



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Vinicius Martins Pereira

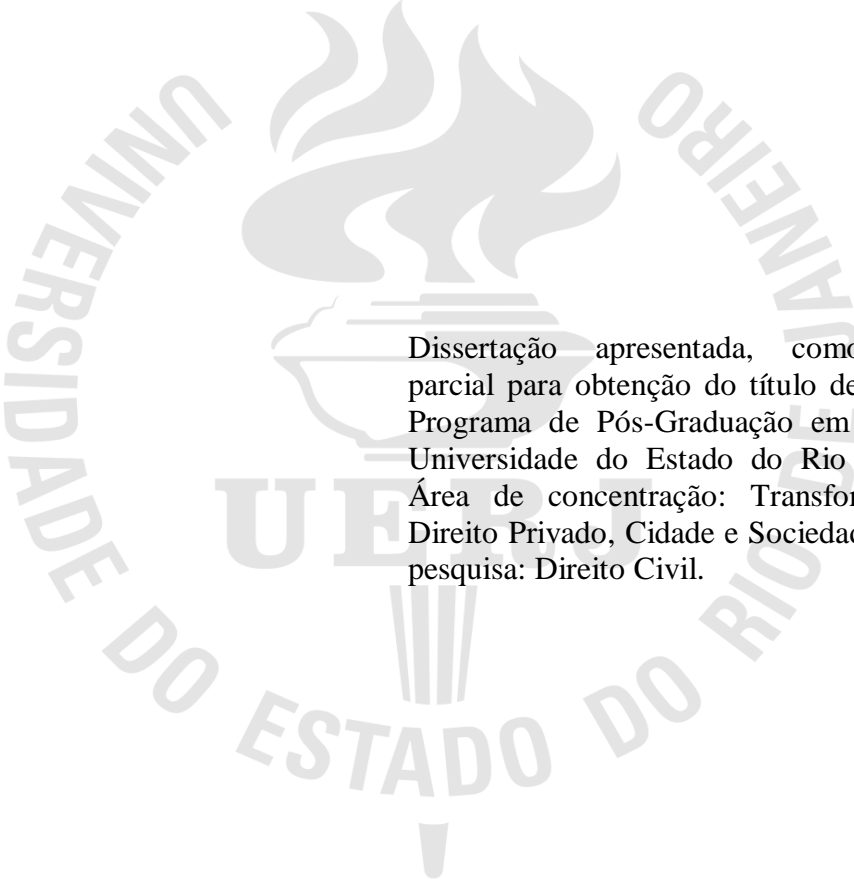
**Exoneração e limitação do dever de indenizar:  
entre riscos e equilíbrio**

Rio de Janeiro

2014

Vinicius Martins Pereira

**Exoneração e limitação do dever de indenizar:  
entre riscos e equilíbrio**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Schreiber

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P436e Pereira, Vinicius Martins.

Exoneração e limitação do dever de indenizar : entre riscos e equilíbrio /  
Vinicius Martins Pereira. – 2014.  
116 f.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Schreiber.  
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Responsabilidade (Direito) - Teses. 3. Negociação  
- Teses. 4. Direito civil - Teses. I. Schreiber, Anderson. Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Vinicius Martins Pereira

**Exoneração e limitação do dever de indenizar:  
entre riscos e equilíbrio**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Aprovada em 18 de setembro de 2014.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Anderson Schreiber (Orientador)  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Marcelo Junqueira Calixto  
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2014

## DEDICATÓRIA

Às mulheres da minha vida,

Fernanda e Laura

## AGRADECIMENTOS

O estudo do direito, com a necessidade de se debruçar sobre livros e textos, exige momentos de profunda solidão. Contudo, cursar o mestrado não é uma tarefa que se completa sozinho. Há muitos para agradecer.

Inicialmente, aos meus avós, Walter e Brasília, Sylvio e Graciosa, aos meus pais, Paulo e Vera, e ao meu irmão, Frederico, que sempre serviram de exemplos e são grandes incentivadores. Meus pais e avós me ensinaram a importância de estudar, me passaram o gosto pela leitura e a curiosidade de querer se manter sempre aprendendo. Meu irmão sempre me incentivou e entendeu os momentos que não podíamos nem mesmo conversar por eu precisar me dedicar aos estudos. Aos meus pais, repito aqui o que sempre lhes digo: quero ser um pai tão bom quanto vocês.

À Fernanda, sequer tenho palavras. Desde o início do nosso relacionamento me incentiva em cada projeto acadêmico e profissional. Esteve ao meu lado em absolutamente todos os momentos durante esses dois anos e meio. Como Doutora, entendeu minhas eventuais ausências, me cobrou dedicação aos estudos, me fez deixar de pensar no mestrado quando precisei de uma pausa e me passou carinho e confiança nos momentos difíceis. Como professora, me ensinou o que é amar. Sem ela, com certeza o caminho teria sido muito mais espinhoso. E no final do curso me deu o maior presente que poderia pedir: a Laura, fruto do nosso amor infinito.

Os amigos também foram fundamentais. Andjel, Caiaffa, Cunha, Guto, Lucas, Virgílio, Louis, Bernardo, Mousinho, Boina, irmãos que a vida me deu. Entenderam minhas ausências, mudaram planos e compromissos para podermos nos encontrar, comemoraram cada conquista minha como se fosse deles. Esses caras são a certeza que se precisar de apoio, nada me faltará.

Academicamente, minha vida começou na PUC-Rio, instituição que guardo um imenso carinho e gratidão. Lá tive a sorte de encontrar professores brilhantes que me fizeram querer seguir estudando e aprendendo. Principalmente Maria Celina Bodin de Moraes, Marcelo Trindade, Jose Roberto Castro Neves, Ronaldo Cramer e Marcelo Ferro. A este último devo um agradecimento especial: além de ser um grande mestre e inculcar nos alunos a curiosidade que apenas os grandes professores sabem fazer, mesmo com sua agenda apertada sempre se mostrou extremamente atencioso em cada solicitação. Desde conselhos profissionais e acadêmicos, passando pela ajuda para ingressar no mestrado, pude contar com

ele sempre que precisei. Suas aulas me despertaram a vontade de futuramente ensinar Direito Civil. Um professor na acepção da palavra.

Na UERJ não foi diferente. Um centro de excelência acadêmica, desde os alunos até os professores. Não à toa é a instituição responsável por disseminar no Brasil, com absoluto sucesso, a metodologia do direito-civil constitucional. Em absolutamente todas as disciplinas que cursei encontrei extraordinários professores. Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho e Carlos Konder. Todos, sem exceção, transformaram as aulas em debates de alto nível e me ensinaram muito mais do que imaginei aprender, não apenas nas aulas e nos grupos de estudo, como também em conversas informais nos corredores. Essa excelência se manteve no meu orientador, Anderson Schreiber. Desde a aceitação em me orientar, em cada oportunidade que nos encontrávamos ele me fazia refletir com questionamentos e provocações, preferindo que eu buscasse as respostas ao invés de simplesmente me indicá-las. Sou muito grato por toda a ajuda e ensinamentos. Devo um agradecimento também à professora Gisela Sampaio, que compôs a banca de qualificação desta dissertação e sugeriu sua transformação para torná-la mais interessante e desafiadora com dicas importantes que muito acrescentaram.

Também na UERJ encontrei brilhantes alunos e amigos, com quem tive o privilégio de dividir angústias, dúvidas e aprender muito. Marcelo Dickstein, Vivianne Abílio e Fabio Azevedo, além de opinarem sobre diversos pontos dessa dissertação, proporcionaram amizades que certamente permanecerão além do ambiente acadêmico. Além deles, Antônio dos Reis, Eduardo Nunes, Marcela Maffei, Aline Terra e Miguel Laboriau proporcionaram ótima convivência e debates que me fizeram refletir muito.

Ainda tive o privilégio de uma co-orientação não oficial de um amigo e também Professor da UERJ, Eduardo Takemi Kataoka. Desde a sugestão do tema até os últimos dias de elaboração dessa dissertação pude contar com seu auxílio próximo, que, sabe-se lá como, encontrou tempo para me receber entre as constantes pontes aéreas. Agradeço aos comentários precisos, as indicações de bibliografia e as indagações para minha reflexão, típicas de um notável professor.

Não posso deixar de agradecer ao Castro, Barros, Sobral, Gomes Advogados, nas pessoas dos seus sócios José Augusto Leal, Alexandre Catramby e Olympio Carvalho, que apesar da exigência profissional, sempre me incentivaram a ingressar no mestrado e permitiram me dedicar aos estudos necessários. Ao Olympio, agradeço a indicação de fontes e por servir como importante fonte de debates sobre as teses desenvolvidas nessa dissertação. À

Michele, bibliotecária do escritório, agradeço o carinho e obstinação em encontrar os textos mais difíceis que precisei ao longo de todo o curso.

Por fim, mas jamais em ordem de importância, agradeço ao Fluminense Football Club, instituição responsável pelos poucos, mas indispensáveis, momentos em que consegui me desvencilhar das preocupações inerentes ao mestrado e a outros problemas da vida. Como, com toda propriedade, diz a quarta estrofe do seu hino, *O Fluminense me domina*.



## RESUMO

PEREIRA, Vinicius Martins. *Exoneração e limitação do dever de indenizar: entre riscos e equilíbrio*. 2014. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

A presente dissertação tem por objetivo analisar a cláusula de não indenizar, expressão utilizada como gênero do qual são espécies a cláusula que exonera e a que limita o dever de indenizar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. O estudo se justifica em virtude da cada vez mais frequente utilização deste ajuste para regular negócios jurídicos e por não existir um marco legislativo a respeito da matéria. A controvérsia inicial diz respeito à validade da convenção, que é resultado da ponderação do direito de autorregular suas relações e o princípio da reparação integral. Os seus principais requisitos de validade são a inexistência de dolo do agente causador do dano e a não violação a normas de ordem pública. A convenção pode incidir sobre a obrigação principal, salvo quando esta for personalíssima ou quando a indenização for a única forma de o credor obter o resultado equivalente à prestação

Para ser eficaz, a convenção deve, ainda, guardar relação de equilíbrio e proporcionalidade entre os riscos assumidos e o benefício daquele que se submete ao risco de não ter ou ter parcialmente reparado os danos que lhe foi causado. O inadimplemento, absoluto ou relativo, é basicamente o risco contratual ao qual se submetem todos os contratantes e, nesse contexto, a cláusula de não indenizar tem como função alterar a distribuição dos riscos já fixados pelo legislador. A negociação dos riscos submete-se a alguns limites, destacando-se a possibilidade de os riscos serem previstos, o respeito aos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, bem como a necessidade de ultrapassar o juízo de merecimento de tutela (*meritevolezza*). Nos contratos de adesão, a cláusula pode ser prevista, desde que a obrigação que atinge não seja personalíssima ou que tenha a indenização como única forma de o credor obter o equivalente a prestação. Já nas relações de consumo, é possível a limitação do dever de indenizar nos vícios de produtos e serviços, desde que o consumidor seja pessoa jurídica e a situação seja justificável, o que ocorre quando há negociação entre as partes, o consumidor é beneficiado com uma expressa vantagem e é assistido por consultor jurídico que lhe aponte os riscos inerentes àquela convenção.

Palavras-chave: Contratos. Responsabilidade civil. Cláusula de não indenizar. Limites à negociação dos riscos contratuais. Contrato de adesão. Relação de consumo.

## ABSTRACT

PEREIRA, Vinicius Martins. *Disclaimer and limitation of duty to indemnify: between risks and balance*. 2014. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This dissertation aims at analyzing the non-liability clause in the Brazilian legal system, term used as a genre which are species clause that exonerates and that limits the liability in the. The study is justified due to the increasingly frequent use of this adjustment to regulate legal transactions e because there is not a legislative framework on this matter. The initial controversy concerns the validity of the agreement, which is the result of balancing the right to self-regulate their relationships and the principle of the full compensation. Its main validity requirements are the lack of intention of deceit and the non-violation of public order rules. The agreement may have effect on the principal obligation, unless that is highly personal or when compensation is the only way to creditor obtain the equivalent result. To be effective, the agreement must furthermore maintain balance and proportionality between risks and benefit of the one who agrees to take the risk of not having or have partially repaired your damages. The default, absolute or relative, is the contractual risk that all contractors submit and, in this context, the function of the non-liability clause is to change distribution of risks set by law. Trading risks undergoes some limits, specially the possibility of predict the risks, the respect of principles of good faith and contractual balance, as well as the need to overcome the judgment of worthiness tutelage (*meritevolezza*). In adhesion contracts, the clause can be agreed, unless the obligation is very personal or the compensation is the only form the creditor would obtain the equivalent provision. In consumer relationships, it is possible to limit liability, provided that the consumer is a legal person and the situation is justifiable, what happens when there is an effective negotiation between parties, the consumer is granted an expressed advantage and a legal counsel assists the consumer about the risks inherent thereto.

Keywords: Contracts. Liability. Non-liability clause. Limits in trading contractual risks.  
Contract of adhesion. Consumer relationship.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI	Agravo de Instrumento
AC	Apelação Cível
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemão)
CC	Código Civil de 2002
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Des	Desembargador
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
Min	Ministro
RE	Recurso Extraordinário
Rel	Relator
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJ-RS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJ-SP	Tribunal de Justiça de São Paulo

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
1	<b>A CLÁUSULA QUE EXONERA OU LIMITA O DEVER DE INDENIZAR NA SOCIEDADE DE RISCOS</b> .....	17
1.1	<b>A sociedade de riscos e a necessidade de se proceder à objetivação do equilíbrio contratual</b> .....	17
1.2	<b>Aspectos estruturais da cláusula que exonera ou limita o dever de indenizar</b> .....	20
1.3	<b>Validade e requisitos da cláusula que exonera ou limita o dever de indenizar</b> ....	34
1.4	<b>O problema do equilíbrio das prestações, a justiça contratual e a proporcionalidade nos contratos</b> .....	48
2	<b>A CLÁUSULA QUE EXONERA OU LIMITA O DEVER DE INDENIZAR COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE RISCO</b> .....	53
2.1	<b>O risco contratual</b> .....	54
2.2	<b>A função da cláusula de não indenizar</b> .....	59
2.3	<b>Os limites à distribuição negocial do risco contratual</b> .....	64
3	<b>A CLÁUSULA QUE EXONERA OU LIMITA O DEVER DE INDENIZAR NOS CONTRATOS DE ADESÃO E DE CONSUMO</b> .....	77
3.1	<b>O cabimento da cláusula de não indenizar nos contratos de adesão</b> .....	77
3.2	<b>A cláusula de não indenizar em relações de consumo. Interpretação do art. 51, I do CDC</b> .....	64
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	102
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	108

## INTRODUÇÃO

Modernamente, os fatos jurídicos não podem ser analisados de acordo com os modelos jurídicos baseados em ordenamentos e conceitos jurídicos que ainda carecem de releitura funcional, isto é, para que sejam identificadas as suas funções<sup>1</sup>. Tal constatação torna imprescindível considerar a relatividade e historicidade dos institutos jurídicos, o que possibilita sua adequação à conjuntura cultural e social diversa de quando foi criado e desenvolvido<sup>2</sup>. Há, assim, que se funcionalizar os conceitos de direito civil para que estejam adequados às escolhas realizadas pela Constituição<sup>3</sup>, o que impõe ao operador do direito a necessidade de reler o sistema de acordo e à luz, não apenas do Código Civil, mas também dos princípios constitucionais eleitos pela sociedade.

Nos séculos XVIII e XIX, a visão que se tinha a respeito do contrato, refletida no Código de Napoleão de 1804, era consequência dos ideais econômicos e sociais vigentes naquele período. O Estado Liberal, baseado na livre iniciativa e na busca ilimitada pelo lucro, tinha como valores a liberdade e a igualdade formal. A autonomia dos contratantes, especialmente no seu sentido negativo, de não intervenção estatal, era a expressão máxima dessa visão, praticamente imponderável<sup>4</sup> <sup>5</sup>. O indivíduo era livre quando não havia

---

<sup>1</sup> Sobre a função promocional das constituições, v. BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Barueri, SP: Manole, 2007, pp. 13 e seguintes.

<sup>2</sup> Para mais detalhes a respeito da historicidade e relatividade dos conceitos jurídicos, v. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 137-143.

<sup>3</sup> “Desse modo, os institutos do direito civil deixam de ser fins em si mesmo, mercedores de tutela por sua própria estrutura, e passam a ser identificados como instrumentos destinados a realizar finalidades maiores, consagradas estas no texto constitucional” (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28).

<sup>4</sup> “A noção de contrato, como expressão da liberdade contratual ou da autonomia privada, foi desenvolvida no contexto histórico preciso do Estado moderno, mais precisamente na fase do Estado liberal. Seu ápice coincidirá com o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XX, quando se elaborou a teoria do negócio jurídico e se consagrou a ideia de autonomia privada como princípio fundamental do direito privado. O contrato foi estruturado segundo o esquema bifronte da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passou a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobriu-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado ou da coletividade. Vinculou-se o contratante ética e juridicamente; vínculo que tanto era mais legítimo quanto fruto de sua liberdade e autonomia. Essa exaltação do contrato como modelo individualista por excelência da sociedade chega ao clímax no final do século XIX, com o filósofo Fouillé, que exerceu forte influência no espírito dos juristas. Ele defendida a concepção de serem contrato e justiça termos equivalentes: ‘quem diz contratual diz justo’ e ‘toda justiça deve ser contratual’.” (LÓBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19-20).

impedimentos expressos para o autorregramento. Como observa Pietro Perlingieri, a autonomia privada “há muito tempo é considerada um como dogma pela doutrina civilística: a sua noção está estritamente ligada àquela de iniciativa privada e de atividade dos sujeitos como expressão da própria liberdade. A sua origem histórica e ideológica pode ser reconduzida às doutrinas que, em perspectiva individualista, colocam a vontade do sujeito no centro do ordenamento.”<sup>6</sup>

O positivismo jurídico, baseado na aproximação entre Direito e norma, sem levar em consideração a moral<sup>7</sup>, não mais atendia às necessidades sociais e pleitos populares, o que fez emergir o pós-positivismo como solução por meio da superação do conhecimento tradicional, adicionando ao Direito e às normas ideias baseadas na justiça e igualdade material<sup>8</sup>. Com isso, deu-se importância aos valores, que, por sua vez, se materializam em princípios.

A dogmática civil-constitucional impõe a releitura de toda a normativa civil à luz dos ditames constitucionais, ensejando no jurista uma preocupação menor com o aspecto estático e maior com o dinâmico das relações jurídicas, de modo a verificar, no atuar das partes, se as situações jurídicas subjetivas cumprem sua função e, com isso, ultrapassam o juízo de merecimento de tutela. Em suma, passa-se a exigir a análise funcional dos institutos jurídicos,

---

<sup>5</sup> A título exemplificativo da impossibilidade de se alteração do contrato, firmado com base na autonomia privada, basta observar que a conhecida cláusula *rebus sic stantibus*, definida pelo brocardo *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligetur* (“os contratos que têm trato sucessivo ou são a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas” – MAIA, Paulo Carneiro. Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 15. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 137) foi desenvolvida no Direito Romano, mas ignorada pelo Código de Napoleão, por se entender que a vontade dos contratantes e a obrigatoriedade dos contratos valiam como lei entre as partes e não poderiam ser alteradas. (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 304.

<sup>6</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 339.

<sup>7</sup> “O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca da objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade.” (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 239-240).

<sup>8</sup> “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*.” (Ibidem, p. 242).

de modo a permitir que sejam identificados, no caso concreto, os interesses merecedores de tutela de acordo com a tábua axiológica constitucional.

Esse movimento atingiu em cheio o direito contratual. A nova construção teórica do contrato, baseada no renovado conceito de relação obrigacional<sup>9</sup>, exige mútua cooperação dos contratantes de acordo com os diferentes interesses na concreta relação jurídica<sup>10</sup>, sendo seguro afirmar que ambas as partes possuem direitos e deveres comprometidos com o adimplemento das obrigações e da finalidade do negócio jurídico.<sup>11</sup> Superou-se a noção de que na relação contratual havia um antagonismo ou relação de prevalência entre credor e devedor, passando-se a tutelar também a confiança no cumprimento do pactuado de acordo com as legítimas expectativas das partes, gerada quando da sua celebração<sup>12</sup>. Viu-se o desenvolvimento e consolidação dos três novos princípios contratuais: a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio das prestações, convivendo com os conhecidos conceitos da autonomia privada, da intangibilidade do contrato e da relatividade dos seus efeitos<sup>13</sup>.

Não foi apenas o direito contratual que sofreu alterações nas suas bases de sustentação. A responsabilidade civil, como destacado por Orlando Gomes<sup>14</sup>, sofreu um giro de 180 graus alterando-se sua atenção, então exclusivamente direcionada ao ato ilícito, para a necessidade

---

<sup>9</sup> Clóvis do Couto e Silva descreve a relação obrigacional “conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor” (*A Obrigação como Processo*. 2. ed., Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 20).

<sup>10</sup> Ainda que na relação entre contratantes paritários a exigência de mútua colaboração seja mitigada, ela não é ignorada. É que o explicam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “A concorrência por posições prevalentes em certo grau de disputa em prol de interesses contrapostos é inerente a qualquer negócio jurídico. E se é evidente que, em relações de consumo, o direito deve atuar de forma protetiva, em atenção à vulnerabilidade do consumidor, utilizando-se dos mecanismos próprios (e mesmo dos impróprios, se outros não estiverem disponíveis por qualquer razão) para reequilibrar a relação entre as partes, é igualmente evidente que, nas relações paritárias, o direito não vem proteger qualquer das partes, mas exigir de ambas uma atuação honesta e leal (eis o que exige a boa-fé objetiva) e conforme aos valores consagrados pelo ordenamento civil-constitucional.” (*A Boa-Fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

<sup>11</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, v. V, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 26-56.

<sup>12</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 297.

<sup>13</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios no novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. In: *Revista dos Tribunais*, n. 750. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr. 1998, p. 116.

<sup>14</sup> Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 294.

de reparar o dano injusto ou injustificado<sup>15</sup>. Nesse contexto, emerge a relevância do princípio da reparação integral<sup>16</sup>, cujo fim é “estabelecer uma relação de equivalência entre a extensão dos danos sofridos pela vítima (elemento do ato ilícito e pressuposto da responsabilidade civil) e a indenização correspondente (prestação da obrigação de indenizar)”<sup>17</sup>.

Extraído do *caput* do art. 944 do Código Civil<sup>18</sup> e do art. 5º, V e X da Constituição da República<sup>19</sup>, o princípio da reparação integral, ou indenizabilidade irrestrita<sup>20</sup>, guarda grande

---

<sup>15</sup> Na visão predominante até o século XX, a responsabilidade civil sempre teve por fim punir o causador do dano. Por isso, até então, quando não se encontrava um culpado para o ato ilícito, a vítima deveria suportar os prejuízos dali decorrentes, entendimento decorrente da visão baseada exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos patrimoniais, tão caros à sociedade da época. Como afirma Maria Celina Bodin de Moraes, “há um século o princípio geral na matéria era sintetizado pela expressão ‘nenhuma responsabilidade sem culpa’; na atualidade, vigora o princípio de que ‘a vítima não pode ficar irressarcida’. A mudança também foi, pois, estrutural.” (Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 428).

<sup>16</sup> “O princípio em torno do qual se articula o instituto da responsabilidade civil é o princípio da reparação integral, que agrega ao *valor fundante* dessa disciplina o *valor sistemático* e o *valor dogmático*. É *fundante* o valor do princípio porque serve para explicitar em uma síntese altamente expressiva a razão de ser da responsabilidade civil como instituto jurídico, apontando para o seu núcleo básico ou característica central. Desde os mais arcanos tempos, a busca da reparação integral mais completa possível dos danos sofridos pela vítima de um evento danoso, a saber, de uma equivalência entre dano e a indenização, é tida como uma das concreções da própria ideia de justiça. É *sistemático* o valor do princípio porque organiza o ‘campo’ jurídico da indenização por danos em torno de um critério unificador ou harmonizador, qual seja a reparação [que deve ser] integral, conquanto o critério possa ser modulado segundo determinadas variáveis. Permite, pois, por via de uma argumentação fundamentada, a recondução dos casos particulares a um padrão de racionalidade relativamente unitária (e, por isso, ‘sistemática’), embora não dissolva, por exemplo, a tríplice distinção entre a indenização dos danos puramente materiais (em que a concretização do princípio da reparação integral é relativamente simples), a dos danos pessoais (tais quais a ofensa à vida ou à saúde, que, embora conservando sua natureza econômica, têm elevada carga existencial), e a dos prejuízos extrapatrimoniais (que, conquanto não possuam conteúdo econômico ou patrimonial, são ‘valorados’, e não propriamente ‘avaliados’ em uma cifra pecuniária). Por isso é que, embora sofrendo os influxos de um escalonamento derivado da conjugação com a maior ou menor carga de existencialidade envolvida no dano concretamente considerado, o princípio da reparação integral, tem ao seu encargo viabilizar certa unidade de valoração às diferentes escalas indenizatórias, unidade que é essencial à tarefa, jamais esgotada, da construção de um sistema como *ordenamento* jurídico. E o princípio da reparação integral, enfim, dotado de valor propriamente *dogmático*, pois tem sido a diretriz fundamental utilizada pela jurisprudência para quantificação da indenização do Direito brasileiro relativa aos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais, inclusive nos casos de danos pessoais. (MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio da obra SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5-6).

<sup>17</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

<sup>18</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.  
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

<sup>19</sup> Art. 5º. (...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;



relação com o tema deste trabalho, já que, a cláusula que exonera ou limita o dever de indenizar apresenta-se como uma restrição à sua completa incidência. Consoante já prevê o parágrafo único do art. 944 do Código Civil, não é novidade a possibilidade de a indenização decorrente do inadimplemento contratual não ser integral, sendo justamente esta a consequência da aplicação da convenção objeto da dissertação.

Este trabalho terá como objetivo principal analisar a cláusula de não indenizar<sup>21</sup>, à luz da metodologia do direito civil-constitucional<sup>22</sup>, dividindo-se em três eixos. No primeiro capítulo, serão examinados elementos do seu aspecto estrutural, tais como seu alcance, conceito, formas mais comuns de sua manifestação, sua validade e seus requisitos. Essa será a oportunidade de discorrer a respeito da possibilidade de o ajuste incidir sobre a obrigação principal do contrato, tema controvertido na doutrina. Além disso, será trazido um requisito de eficácia até então não tratado: a necessidade de uma equilibrada e proporcional relação entre a vantagem obtida com a aceitação da cláusula de não indenizar e o risco assumido com o ajuste

No segundo capítulo, a questão dos riscos é abordada com maior profundidade. Iniciando-se pela dificuldade de se propor um conceito de risco, por ser um termo polissêmico estudado por diversas ciências, examinar-se-á o risco contratual, que, basicamente, relaciona-se à incerteza quanto ao adimplemento da obrigação. Posteriormente, seguindo uma necessidade imposta pela nova ordem jurídica e pela metodologia do direito civil-constitucional, será feita uma análise funcional da cláusula de não indenizar, com a desiderato de demonstrar que o ajuste tem a finalidade de servir como uma forma de transferir os riscos do inadimplemento do devedor para o credor. Por isso, será necessário abordar os limites à disposição e negociação dos riscos contratuais pelas partes num negócio jurídico.

---

<sup>20</sup> “Como é de lugar comum, o ‘*ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais*’ e os incs V e X do art. 5º da CF consagram o ‘*princípio da indenizabilidade irrestrita*’, segundo o qual as indenizações por dano material e moral devem ser a estes proporcionais” (voto do Min. Cezar Peluso no RE 351.750/RJ, grifos originais).

<sup>21</sup> Este trabalho utilizará a expressão “cláusula de não indenizar” como gênero das cláusulas que exoneram ou que limitar o dever de indenizar.

<sup>22</sup> “a partir da interferência da Constituição no âmbito antes reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública há de ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República. Afinal, o código civil é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo. E a solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional.” TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 9

Já no terceiro e último capítulo, a cláusula objeto do trabalho será examinada no contexto das relações nas quais a preocupação do ordenamento é proteger a parte teoricamente mais fraca, quais sejam, os contratos de adesão e de consumo. Apesar de nos contratos de adesão, boa parte da doutrina entender que sempre há a prevalência do predisponente em relação ao aderente, essa peculiaridade, por si só, não deve tornar inválida, pelo menos na grande maioria das vezes, o ajuste exonerando ou limitando o dever de indenizar, o que dependerá do exame do art. 424 do Código Civil<sup>23</sup>. Já a cláusula de não indenizar na relação de consumo deve ser analisada com a interpretação dos arts. 25 e 51, I do CDC<sup>24</sup>, podendo-se mencionar, neste momento, que, a nosso ver, este dispositivo representa uma exceção à regra contida naquele, razão pela qual serão apresentados possíveis parâmetros para verificar a existência das “situações justificáveis” ali previstas.

Ao final da exposição, serão apresentadas nossas conclusões, com o intuito de sistematizar os resultados alcançados, destacando-se que alguns aspectos dessa dissertação relacionadas ao direito constitucional e ao direito processual civil não serão objeto de análise mais aprofundada, sem, contudo, deixarmos de fazer as necessárias referências.

---

<sup>23</sup> Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

<sup>24</sup> Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuem a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

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

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

## 1 A CLÁUSULA QUE EXONERA OU LIMITA O DEVER DE INDENIZAR NA SOCIEDADE DE RISCOS

### 1.1 A sociedade de riscos e a necessidade de se proceder à objetivação do equilíbrio contratual

A expressão “sociedade de risco” foi cunhada por Ulrich Beck em 1986, logo após o acidente de Chernobyl, quando publicou o livro de mesmo nome<sup>25</sup>, obra que passou a influenciar as análises de riscos globais e sociais.

A sociedade contemporânea trouxe, ao lado de relevantes avanços tecnológicos e científicos capazes de melhorar a vida de todos, grandes riscos e perigos para toda a coletividade, ensejando medo e apreensão. Não apenas de desastres naturais, como terremotos ou tsunamis, mas também de danos que podem ser de grande magnitude. Uma má prestação de serviço de auditoria pode causar a falência de instituições financeiras e, com isso, pânico nos mercados de valores mobiliários, desemprego em massa e miséria. Isso sem falar nos riscos causados com pesquisas genéticas, com novos medicamentos e com alimentos transgênicos.

Na sociedade de riscos, desenhada por Beck, o desenvolvimento industrial é acrescentado pelas inovações científicas e tecnológicas. E como se vê atualmente, as consequências de tais progressos são imprevisíveis. Essa imprevisibilidade induz Beck a expor que a frase que resume a sociedade deixou de ser *tenho fome* e passou a ser *tenho medo*. Em suma, o dinamismo social, com todo progresso que lhe é peculiar, é um grande fator de risco atualmente.

No âmbito do direito civil, esse contexto inicialmente atingiu a responsabilidade civil. Com o desenvolvimento da responsabilidade objetiva, a ocorrência de danos de maior magnitude e a necessidade de repará-los integralmente, os empresários começaram a manifestar grande preocupação com os gastos necessários para cobrir essas perdas. Atualmente, se calcula o valor de um produto com a provisão dos custos dos acidentes que

---

<sup>25</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de riscos: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

normalmente ocorrem, o valor médio das indenizações, os gastos com a contratação de advogados nas ações indenizatórias, etc.

Nesse mesmo movimento, os empresários enxergaram a necessidade de dar maior previsibilidade às suas atividades, e, com isso, viu-se o incremento do seguro de responsabilidade civil<sup>26</sup>, uma tentativa de transferir os riscos inerentes à sua atuação para um terceiro, segurador, que ficaria responsável pelo pagamento das indenizações às vítimas dos danos.

Outra forma de conferir maior segurança aos empresários em relação a eventuais danos que possam vir a causar é, contratualmente, excluir ou limitar a sua obrigação de repará-los. Nesse momento ganha relevância a cláusula de não indenizar, que, consoante será demonstrado a seguir<sup>27</sup>, apresenta-se como uma eficaz forma de repartir os riscos contratuais de forma diversa daquela fixada pelo legislador.

A despeito de vivermos na sociedade na qual todos tentam minimizar seus riscos, tentando repassá-los a terceiros ou alocá-los na outra parte, os pactos, inclusive nessa repartição negocial dos riscos, devem respeitar o princípio do equilíbrio contratual, um dos novos princípios que alteraram a forma de enxergar a teoria dos contratos<sup>28</sup>.

Extraído da própria Constituição da República<sup>29</sup>, o princípio do equilíbrio contratual, denominado também de equilíbrio das prestações ou da equivalência material, traz ao jurista a

---

<sup>26</sup> Por muito tempo, securitização e responsabilidade civil foram vistos como instrumentos incompatíveis, antagonizados até. Fundando-se a responsabilidade civil na ideia de recriminação moral do ofensor, a transferência do dever de reparar a um segurador parecia mesmo contrária à própria essência da responsabilização.

A grande ironia reside em que o próprio desenvolvimento da responsabilidade civil veio ampliar a interferência técnica securitária em seus domínios. A ânsia por desestimular as condutas culposas e, em momento posterior, o propósito de assegurar a reparação integral à vítima vieram exigir somas ressarcitórias elevadas com as quais os agentes lesivos não estavam preparados ou dispostos a arcar. Mais recentemente, ao consolidar-se a alteração funcional da responsabilidade civil, com um progressivo abandono do escopo repressivo da conduta culposa em favor da proteção à pessoa lesada, eliminaram-se os obstáculos ideológicos que impediam a transferência do ônus econômico da reparação a um terceiro inocente.

Tem contato, nesta esteira, com ampla difusão o chamado seguro de responsabilidade civil, por meio do qual o segurado contrata a assunção – econômica ou, em alguns ordenamentos, até mesmo jurídica – pelo segurador das obrigações derivadas da sua eventual responsabilização no exercício de certa atividade.” SHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, pp. 222-223.

<sup>27</sup> v. item 2.2 *infra*.

<sup>28</sup> Não será objeto dessa dissertação analisar o princípio do equilíbrio contratual, tema rico que careceria de estudo específico a seu respeito. Para maiores aprofundamentos, dentre outros, v. BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2006; e ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>29</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

necessidade de ultrapassar a análise puramente formal do contrato<sup>30</sup> para que se examine o equilíbrio, a equidade e a proporcionalidade, conceitos vistos como uma tríade do direito contratual<sup>31</sup>.

No entanto, na grande maioria das vezes, este princípio tem sido abordado pela doutrina e jurisprudência apenas sob o ponto de vista das teorias da lesão e da onerosidade excessiva, preso a determinados dispositivos do Código Civil, interpretação que certamente se afasta dos valores constitucionais eleitos pela sociedade<sup>32</sup>.

O problema, com isso, é que o princípio se mantém demasiadamente apegado ao paradigma da vontade, que vigorou basicamente a partir do final século XVIII e durante a maior parte do século XIX, com declínio a partir do seu último quarto até o final do século XX<sup>33</sup>. Com efeito, não há como, atualmente, permanecer vigorando o mesmo entendimento de mais de um século a respeito de um princípio tão caro à sociedade, eleito, inclusive, como um dos objetivos fundamentais da República. O direito das obrigações já superou essa

---

<sup>30</sup> O que o princípio do equilíbrio contratual “almeja, através do equilíbrio do negócio, é a justiça contratual, a partir do abandono do pressuposto de que ‘quem diz contratual diz justo’. Rompe-se, também, com a acepção puramente formal da justiça, segundo a qual bastava que as partes fossem iguais perante a lei para que o contrato merecesse a tutela do Direito e realizasse a justiça concreta.” CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 113). Além disso, busca-se, ao máximo possível, uma correspondência entre as prestações seguindo critérios objetivos, sabendo-se ser utopia uma absoluta equivalência entre as prestações (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 222).

<sup>31</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2006, p. 157.

<sup>32</sup> “Muito mais tímida, contudo, tem sido a produção doutrinária e jurisprudencial em torno do princípio do equilíbrio das prestações. Sua invocação pelos tribunais parece limitada a uma função decorativa, sendo empregado tão somente para ‘justificar’ a aplicação dos institutos da lesão (art. 157), do estado de perigo (art. 156) e da resolução por onerosidade excessiva (arts. 478-480), institutos que são detalhadamente regulados pelo Código Civil e que dispensariam, por isso mesmo, uma ‘justificativa’ principiológica, cuja necessidade de apresentação só se explica por um excesso de apego dos magistrados à lógica contratual do passado, com a qual tais institutos eram incompatíveis. Em outras palavras: é difícil encontrar na nossa jurisprudência um acórdão em que o princípio do equilíbrio das prestações tenha alguma utilidade real, que não a de simplesmente ‘confirmar’ aquilo que já foi dito pelo legislador em normas mais específicas, confirmação que, de resto, seria inteiramente dispensável.

Na doutrina, a situação não é diferente: com raríssimas exceções, os autores festejam o princípio do equilíbrio das prestações, mas passam logo e muito apressadamente ao funcionamento dos institutos específicos (lesão, estado de perigo, etc.), como se o tal princípio esgotasse nisso. Ora, ou o princípio do equilíbrio das prestações tem aplicações que ultrapassam esses institutos regulados pelo legislador ou não é efetivamente um princípio e deve, nesse caso, deixar de ser apresentado como tal. Não há aqui caminho intermediário. De duas, uma: ou é princípio ou não é.” SCHREIBER, Anderson. O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 120.

<sup>33</sup> Segundo Patrick Atiyah, o período do nascimento, do desenvolvimento e do ápice da liberdade contratual orientada pela vontade livre deu-se de 1770 a 1870, reservando-se o período de 1870 a 1970 para a chamada era do declínio da liberdade contratual. Tais períodos, em verdade, se relacionam com o desenvolvimento das concepções econômicas na história da humanidade, principalmente porque o contrato é instrumento de troca de riquezas. (ATIYAH, P. S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 256)

excessiva importância do elemento volitivo<sup>34</sup>, restando a um dos mais relevantes princípios contratuais seguir o mesmo caminho.

Eis o grande desafio do jurista ao aplicar o princípio do equilíbrio contratual atualmente. Fugir do sistema voluntarista, vigente numa ideologia antiga que já foi amplamente revisitada e que correlaciona o equilíbrio necessariamente à vontade para encontrar uma desproporção objetiva, isto é, que não se apegue unicamente ao vício de vontade e deixe de remeter à inexperiência, à necessidade ou a circunstâncias extraordinárias que poderiam ser vislumbradas pelos contratantes.

Esse aspecto é muito importante na análise da cláusula de não indenizar, pois ela pode representar um desproporcional ônus para quem aceita não ter ou ter parcialmente reparado o dano decorrente do inadimplemento do outro contratante. Isso porque esse tipo de ajuste pode, inadvertidamente, servir para regular situações em concreto nas quais ocorrem danos de magnitude fora dos parâmetros de normalidade e recorrência naquele contexto, gerando um contrato desequilibrado, ainda que não seja possível enquadrar os fatos nos institutos da lesão e da onerosidade excessiva.

## 1.2. Aspectos estruturais da cláusula que exonera ou limita o dever de indenizar

Dentro da sociedade de riscos que vivemos atualmente, a possibilidade de uma parte transferir a outra os riscos por eventual dano consequente ao inadimplemento contratual tem sido cada vez utilizada, aflorando a importância da cláusula contratual que exonera ou limita o dever de indenizar dos contratantes.

---

<sup>34</sup> “A concepção de obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na *boa-fé objetiva*.

[...]

Diversamente, a doutrina mais inovadora sustenta que a lei, o princípio da boa-fé, ou mesmo o costume, determinam *de modo autônomo* os efeitos do comportamento, sem vinculá-los à vontade das partes. Nestes atos, a pesquisa do elemento volitivo é, portanto despicienda, uma vez que ‘na contemporânea civilização de massas, segundo as concepções do tráfico jurídico, existem condutas geradoras de vínculos obrigacionais, fora da emissão de declarações de vontade que se dirijam à produção de tal efeito, antes derivadas de simples ofertas e aceitações de fato’, o que equivale a dizer que ‘a utilização de bens e serviços massificados ocasiona algumas vezes comportamentos que, pelo seu significado social típico, produzem as consequências jurídicas de uma caracterizada atuação negociatória, mas dela se distinguem’”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 394-399).

A despeito de ter origem no direito romano<sup>35</sup>, somente no último século a cláusula de não indenizar ganhou maior relevância, certamente em virtude da grande evolução social e econômica pela qual a sociedade passou, gerando o incremento das mais variadas atividades, tanto no campo industrial, como no da prestação de serviços e, com isso, surgiram, mais danos.

Se o direito romano é a origem remota da cláusula de não indenizar, modernamente a mesma passou a ser frequentemente utilizada pelos ingleses, sobretudo nos contratos de transporte marítimo<sup>36</sup>, ainda no século XIX e, mais destacadamente, no período pós Revolução Industrial<sup>37</sup>, quando se intensificou o processo de industrialização em massa e de segurança na exploração de atividades criadoras de riscos.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, na Europa, a maioria dos legisladores preferiu editar uma norma geral a respeito da cláusula de não indenizar. Em Portugal<sup>38</sup>, onde há um vívido debate a respeito da sua validade, a exoneração e limitação do dever de indenizar é tratada nos arts. 800 e 809 do Código Civil<sup>39</sup>, sendo possível notar que a previsão do item 2

---

<sup>35</sup> “No que toca ao objeto do nosso estudo, é importante notar que, fazendo-se solicitada, especialmente, pelo extraordinário vulto das obrigações decorrentes da responsabilidade civil, a irresponsabilidade convencional foi conhecida e aplicada no direito romano, como se vê de numerosos textos consagradores de cláusulas elisivas ou limitativas, *quae detrahunt non adjiciunt aliquid obligationi* (Lei 72, XVIII, 1, *De contr. empt.*). O princípio da liberdade das convenções encontrava consagração em várias passagens do *Digesto*, que autorizavam especificamente o afastamento convencional do direito comum em matéria de responsabilidade, como, *a.e.*, esta ressalva aposta na lei *Contractus: Nisi quid nominatim convenit vel plus vel minus in singulis contractibus, nam servabitur quod initio convenit: legem inim contractus dedit* (*De regulis juris*, L. 17).” DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: chamada cláusula de irresponsabilidade. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 14. Também destacando a origem no direito romano, v. PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina 2005, pp. 19-22.

<sup>36</sup> Há registro da aceitação da cláusula de não indenizar pelo Tribunal de Cassação italiano em 1904 (OSTERMANN, Leopoldo. A proposito delle clausole d’irresponsabilità in materia marittima. In *Rivista del Diritto Commerciale*, v. III, 1905, p. 78. Disponível em <[https://archive.org/stream/bollettinodellep1907bibl/bollettinodellep1907bibl\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/bollettinodellep1907bibl/bollettinodellep1907bibl_djvu.txt)>. Acesso em 26.03.2014).

<sup>37</sup> “Tais dificuldades ou talvez a sensata verificação de que a configuração actual deste problema tem mais modestas raízes históricas nas relações jurídicas decorrentes das actividades industriais, comerciais (e instrumentais destas), característica da fase industrial do capitalismo, levam a que a generalidade dos autores circunscreva historicamente a sua análise – prescindindo ou não da referida digressão histórica. [...] O desenvolvimento económico determinou, pois, numa época em que o seguro não constituía ainda solução para ocorrer a todos os riscos empresariais que os empresários procurassem este instrumento de auto-proteção que era a exclusão da sua responsabilidade pelos danos causados no exercício de actividades, cujos meios técnicos eram incipientes e que os homens controlavam com dificuldade.” (PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina 2005, pp. 22-24).

<sup>38</sup> Para uma análise extensiva sobre a cláusula de não indenizar em Portugal, v. PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina 2005; e MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimpr., 2011.

do art. 800 não difere muito do Código Civil de 2002, que, seguindo uma disposição da Lei de introdução às normas de Direito Brasileiro<sup>40</sup>, no art. 2035, parágrafo único<sup>41</sup>, também considerou nula qualquer disposição contratual que viola a ordem pública.

Na Itália<sup>42</sup>, além de vedar o ajuste para casos de dolo ou culpa grave, a impossibilidade de violação à norma de ordem pública também é mencionada pelo legislador, como se verifica pelo art. 1.229 do *Codice Civile*<sup>43</sup>, enquanto que na Alemanha<sup>44</sup>, o art. 276-3 do BGB<sup>45</sup> ressalva que o dolo invalida a exoneração ou limitação do dever de indenizar, mas

<sup>39</sup> ARTIGO 800º (Actos dos representantes legais ou auxiliares)

1. O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor.

2. A responsabilidade 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.

ARTIGO 809º (Renúncia do credor aos seus direitos)

É 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 nº 2 do artigo 800º.

<sup>40</sup> Decreto-Lei n. 4657/42, Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

<sup>41</sup> Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

<sup>42</sup> Para um panorama a respeito da cláusula de não indenizar na Itália, v. ALPA, Guido. *Droit italien*. In GHESTIN, Jacques e FLECHEUX, Georges (dir.) *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*. LGDJ, 1990, pp. 137-151.

<sup>43</sup> Art. 1229. Clausole di esonero da responsabilità

E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave (1490, 1579, 1681, 1694, 1713, 1784, 1838, 1900).

È nullo (1421 e seguenti) altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari (1580) costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico (prel. 31).

Tradução livre:

Art. 1.229. Cláusula de exoneração de responsabilidade

É nulo qualquer acordo que exclui ou limita preventivamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave (1490, 1579, 1681, 1694, 1713, 1784, 1838, 1900).

É nulo (1.421 e seguintes), ainda, qualquer pacto preventivo de exoneração ou limitação de responsabilidade nos casos em que o fato do devedor ou de seus auxiliares (1.580) constitui violação de obrigações derivadas de normas de ordem pública (prel. 31).

<sup>44</sup> Para um panorama a respeito da cláusula de não indenizar na Alemanha, v. SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Droit allemand*. In GHESTIN, Jacques e FLECHEUX, Georges (dir.) *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*. LGDJ, 1990, pp. 45-76.

<sup>45</sup> § 276 Verantwortlichkeit des Schuldners

1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer



o art. 278<sup>46</sup> parece permitir o ajuste quando há dolo dos auxiliares ou de terceiros, pois afirma que a responsabilidade destes se dá na mesma extensão da do devedor, mas exclui o art. 276-3.

Na França<sup>47</sup>, assim como o Brasil, não há uma norma geral a respeito da validade ou não da cláusula de não indenizar, o que acaba por fazer com que doutrina e jurisprudência sejam responsáveis por tratar do assunto, levantando discussões no que tange sua adequação ao ordenamento jurídico e seus requisitos de validade.

Ainda analisando o direito estrangeiro, é possível notar uma divergência a respeito do objeto da cláusula de não indenizar, ou sobre o que é efetivamente alcançado pelo ajuste. No início do século passado, doutrinadores franceses<sup>48</sup> estimavam que a cláusula afetaria a própria responsabilidade e não o dever de indenizar que lhe é subjacente<sup>49</sup>.

Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.

(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

(3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.

Tradução livre:

§ 276 Responsabilidade do devedor

1) O devedor é responsável pelo dolo e pela negligência se não há previsão de um maior ou menor grau de responsabilidade ou se a mesma não pode ser inferida a partir de outros aspectos da obrigação, incluindo, mas não se limitando à garantia ou a assunção de risco de aquisição. O disposto nas seções 827 e 828 aplica-se com as necessárias modificações.

2) A pessoa age de forma negligente se não demonstrar um cuidado razoável.

3) O devedor não pode ter sua responsabilidade excluída previamente se agiu com dolo.

<sup>46</sup> § 278 Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte

Der Schuldner hat ein Verschulden 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.

Tradução livre:

§ 278 Responsabilidade do devedor e terceiros

O devedor possui a mesma medida de culpa dos seus representantes legais ou pessoas que ele utiliza para cumprir sua obrigação. O disposto no § 276 seção 3 não se aplica.

<sup>47</sup> Para um panorama a respeito da cláusula de não indenizar na França, v. AYNES, Laurent. Droit français. In: GHESTIN, Jacques e FLECHEUX, Georges (dir.) *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*. LGDJ, 1990, pp. 7-16.

<sup>48</sup> CAPITANT, Henri. *Cours de doctorat en droit. La responsabilité*. 1926-1927, p. 172. ESMEIN, Paul. *Les clauses de non-responsabilité*. In *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926, p. 319. SARDOU, Prosper. *Des clauses modificatives de la responsabilité en matière contractuelle*. Aix, 1903. DEMONGUE, René. *Traité des obligations en general*, t. 5. Paris: 1925, p. 450. Apud DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, pp. 36-37.

<sup>49</sup> Antônio Pinto Monteiro parece concordar com essa visão ao asseverar que “acordos sobre a responsabilidade civil podem ter lugar antes da ocorrência do facto danoso”. Em passagem adiante, contudo, o próprio autor afirma que o pacto incide sobre o dever de indenizar: “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.” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, pp. 97-98.)

No Brasil, esta posição não recebeu adeptos, pois escaparia do âmbito da autonomia privada prever excludentes de responsabilidade. Na verdade, somente a lei tem o poder de afastar a responsabilidade<sup>50</sup>, pelo que se conclui que o ajuste tem por finalidade afastar o dever de reparar, corolário da responsabilidade. É o que afirma 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.

[...]

Compreende-se que seja declarado irresponsável, isto é, sem responsabilidade, quem pratica um delito em legítima defesa. É o que a lei estabelece. Mas a convenção não o pode fazer. Não é lícito às partes afastar a responsabilidade, isto é, estimular 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 a consequência da responsabilidade.<sup>51</sup>

Nesse sentido, e na esteira de outros doutrinadores<sup>52</sup>, importante destacar que a denominação *cláusula de irresponsabilidade*, bastante difundida nas obras que analisam o

---

<sup>50</sup> É o que ocorre, por exemplo, no art. 188 do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Ressalte-se a posição de TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa, Moraes, Maria Celina Bodin de *et. al.*, para quem o art. 188 do Código Civil trata-se de excludente de ilicitude e não de responsabilidade. (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, 2. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 348).

<sup>51</sup> DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: chamada cláusula de irresponsabilidade. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, pp. 38-39. No mesmo sentido: AZEVEDO, António Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. In: *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord). São Paulo: RT, 2011, v. 4, p. 28; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, v. II, 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 341; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 563. PERES, Fabio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 52-53. AVELAR, Leticia Marquez de. *A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 47-48.

<sup>52</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. In *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord). São Paulo: RT, 2011, v. 4, p. 28. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 562-563. OLIVEIRA, Claudia Vieira. Cláusula de não-indenizar. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. V. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1991, p. 32.

tema<sup>53</sup>, não é a mais feliz para denominar a cláusula que exonera ou limita o dever de indenizar, já que pode suscitar dúvidas a respeito do alcance do pacto, sendo mais adequado tecnicamente utilizar a nomenclatura referente ao dever de indenizar.

Uma vez verificado que este ajuste incide sobre a obrigação de reparar o dano, e não sobre a responsabilidade em si, importante apresentar seu conceito, que envolve alguns pontos importantes. Inicialmente, não vislumbramos qualquer impedimento para uma relação não contratual prever a exoneração ou limitação do dever de indenizar, razão pela qual não consideramos que sua existência deva se dar unicamente num contexto contratual<sup>54</sup>. A depender do entendimento que se adote a respeito da natureza da convenção de condomínio<sup>55</sup>, este pode ser um claro exemplo da incidência da cláusula de não indenizar numa relação não contratual, que, inclusive, tem sido admitida desde o início da década de 90 no STJ<sup>5657</sup>.

---

<sup>53</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1955, p. 359. LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira: permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio? In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. V. 125. São Paulo: Malheiros, jan./mar. 2002, pp. 7-24. MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011. PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina 2005.

<sup>54</sup> No mesmo sentido, v. PERES, Fabio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 118-127. Em sentido contrário, apenas vislumbrando a cláusula de não indenizar para relações contratuais, v. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*; atualizador Gustavo Tepedino. 10. ed. ver. atual. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 305.

<sup>55</sup> Essa polêmica foi bem resumida por Caio Mario da Silva Pereira: “alguns consideram a convenção uma relação contratual (Serpa Lopes e Campos Batalha). E na sua origem assemelha-se ela, na verdade, a um contrato, porque nasce do acordo de vontades. Mas a sua ligação com o contrato é apenas formal. Na essência, ela mais se aproxima da lei. Com efeito, repete-se com frequência e autoridade que o contrato faz lei entre as partes, pois que quanto a terceiros é ‘res inter alios’. Já o mesmo não se dá com a convenção que desborda dos que participaram de sua elaboração ou de sua votação. Estendendo-se para além dos que assinaram e seus sucessores e sub-rogados, vai atingir também pessoas estranhas. Não encontraria, por exemplo, explicação na teoria do contrato uma disposição regulamentar proibitiva do uso do elevador social para subida de certos volumes, pois que uma tal ‘cláusula contratual’ seria oponível ao signatário da convenção, ao seu sucessor ‘inter vivos’ ou ‘causa mortis’, ao seu locatário, etc. Mas a um estranho ela não se aplicaria. E, no entanto, obriga. É porque algo mais existe do que uma relação contratual. (...) Dada a sua própria natureza, as regras de comportamento de cada edifício têm sentido normativo. Obrigam aos que compõem aquele condomínio e aos que habitam o edifício ou de se utilizam, ainda que eventualmente.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 125).

<sup>56</sup> vide REsp 13.027, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter.

<sup>57</sup> Fabio Peres, com base em Henri, Lèon e Jean Mazeaud e Antônio Pinto Monteiro, cita um interessante exemplo da incidência da cláusula de não indenizar em relação não contratual: “Imagine-se a hipótese de duas ou mais fábricas, localizadas em regiões contíguas, que utilizem máquinas pesadas nasua atividade produtiva, causando barulhos e abalos consideráveis nos terrenos vizinhos. Nesse caso, entendemos que se faculta às aludidas indústrias pactuarem expressamente a limitação ou exoneração do dever de indenizar com relação a eventuais danos decorrentes dos ruídos e tremores provocados por tais equipamentos, sendo despidendo afirmar que o alcenace de tal convenção estaria constricto às partes contraentes, não prejudicando quaisquer direitos de terceiros, inclusive no que se refere a questões ambientais ou de ordem pública.” (PERES, Fabio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 121.)

Ademais, não se pode olvidar o caráter *numerus apertus* das cláusulas de não indenizar, sendo impossível antecipar as formas como as mesmas serão previstas, especialmente num cenário de grande dinamismo e desenvolvimento social, acompanhado de perto pela criatividade dos empresários<sup>58</sup>. Essa peculiaridade, se não impossibilita, pode tornar inócua a tentativa de apresentar um conceito para a cláusula de não indenizar, que pode ser superado pelo surgimento de uma nova modalidade de apresentação da convenção<sup>59</sup>.

José de Aguiar Dias define como “a mais feliz” a definição de Felix Cluzel, para quem “as cláusulas de irresponsabilidade são as convenções pelas quais o devedor eventual da obrigação de indenizar obtém do credor eventual da mesma obrigação a renúncia à ação de perdas e danos”<sup>60</sup>.

Sem mencionar a adequação da expressão cláusula de irresponsabilidade, entendemos que este conceito ainda apresenta o equívoco de considerar que o ajuste refere-se à renúncia à ação de perdas e danos. Em nosso ver, a cláusula atinge a obrigação de indenizar e não a ação indenizatória<sup>61</sup>. A rigor, seria de duvidosa constitucionalidade uma disposição contratual que vedasse à parte o acesso à justiça para discutir o que entende ser seu direito.

Antônio Pinto Monteiro, mais recentemente, também apresentou seu conceito para a cláusula de não indenizar, definindo-a como “estipulações negociais destinadas a excluir ou limitar, em certos termos, mediante acordo prévio das partes, a responsabilidade em que, doutra forma, o devedor incorreria, pelo não cumprimento (cumprimento defeituoso ou mora) das suas obrigações.”<sup>62</sup>. Como visto acima, a única restrição que apresentamos à definição é

<sup>58</sup> “Poderá afirmar-se, com GARCIA AMIGO, que a variedade que estas cláusulas podem assumir é ‘quase infinita’. Na verdade, nas palavras deste autor, ‘o engenho dos empresários mostra a sua exuberante fantasia, criando uma riqueza extraordinária de cláusulas contratuais, com o fim último de fazer recair sobre os credores, clientes, os prejuízos que a lei, através da responsabilidade contratual, põe a seu cargo’, pelo que, conclui, pretender uma classificação completa de todas essas cláusulas seria *un empeño inalcanzable*.” (MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, p. 103).

<sup>59</sup> Após fornecer seu conceito, Wanderley Fernandes ressalta: “A despeito de nossa proposição, entendemos que a realidade e a criatividade nos negócios decerto poderão trazer novas condições ou termos que não mais caberão em uma fórmula, devendo o advogado ou jurista dedicar-se mais à compreensão do que à definição abstrata de fenômenos jurídicos.” (FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113).

<sup>60</sup> CLUZEL, Felix. *Essai pour les clauses d'irresponsabilité*. Paris, 1913, apud DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: chamada cláusula de irresponsabilidade. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 37.

<sup>61</sup> No mesmo sentido, FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112

<sup>62</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, p. 100.

fazer incidir o ajuste sobre a responsabilidade e não sobre o dever de reparar. Por outro lado, como observa Wanderley Fernandes, “essa definição apresenta o mérito de afastar a confusão com a figura da transação, por deixar evidente que o acordo é anterior à ocorrência do dano”<sup>63</sup>.

Sendo assim, ainda que correndo o risco de a prática demonstrar que o conceito se encontra superado, entendemos mais adequada a definição de Wanderley Fernandes, para quem as cláusulas que exoneram ou limitam o dever de indenizar são “convenções pelas quais as partes, em certos termos, previamente à ocorrência de um dano, excluem o dever de indenizar ou estabelecem limites, fixos ou variáveis, ao valor da indenização.”<sup>64 65</sup>

Nessa definição é possível verificar que a cláusula de não indenizar é um gênero do qual são espécies a cláusula que exonera o dever de indenizar e a cláusula que limita o dever de indenizar. A distinção entre elas, no entanto, não é simples de ser feita a partir apenas de um critério quantitativo, como fazem Fernando Pessoa Jorge<sup>66</sup> e José de Aguiar Dias ao afirmar, este, que “[as cláusulas limitativas de responsabilidade] só se distinguem da cláusula de irresponsabilidade porque esta, em suma, não é mais do que a exageração da limitação, a ponto de suprimir as perdas e danos”<sup>67</sup>.

António Pinto Monteiro indica que a diferença se encontra no plano dos princípios, sendo, pois, qualitativa, o que pode “obstar a uma visão da cláusula limitativa meramente

---

<sup>63</sup> FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 112-113.

<sup>65</sup> Tem sido comum, para que não restem dúvidas a respeito do seu entendimento, a doutrina diferenciar a cláusula de não indenizar de institutos afins, especialmente a cláusula penal, o seguro de responsabilidade civil, a transação, a cláusula de arrependimento, o consentimento do ofendido e o ônus da prova. Para tanto, v. MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, pp. 116-150. PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina 2005, pp. 134-172. DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, pp. 127-130. PERES, Fabio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 64-84. AVELAR, Leticia Marquez de. *A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 67-95. FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 118-150.

<sup>66</sup> PESSOA JORGE, Fernando. A limitação convencional da responsabilidade civil. In: *Separata do Boletim do Ministério da Justiça* n° 218. Lisboa, 1979, p. 6.

<sup>67</sup> DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 125.

como um *minus* em relação à cláusula de exclusão.”<sup>68</sup>. Segundo o autor português, a cláusula de exclusão do dever de indenizar pode fazer com que a vítima abdique do próprio direito à indenização, o que colocaria em xeque o princípio da responsabilidade civil, enquanto que a limitação do dever de indenizar representa uma atenuação deste princípio<sup>69</sup>. Nesse sentido, partindo da importância que a função preventiva possui na teoria da responsabilidade civil, a exoneração representaria sua eliminação completa, o que, com base nas lições do autor húngaro Gyula Eörsi poderia, dependendo da importância que determinado ordenamento jurídico confere à responsabilidade civil, acarretar na invalidade da cláusula exoneratória do dever de indenizar<sup>70</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro também parece ter optado por diferenciar as hipóteses de exclusão e de limitação do dever de indenizar não apenas de forma quantitativa. Tanto é assim que o art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor<sup>71</sup> vedou apenas a exoneração, permitindo expressamente, em situações justificáveis, a limitação, mesmo caminho adotado pelo art. 734 do Código Civil<sup>72</sup> ao proibir qualquer cláusula excludente de responsabilidade, silenciando-se a respeito da limitação.

---

<sup>68</sup> MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, p. 176.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>70</sup> “A final word concerning the distinction between clauses which exclude liability *in toto* and those which merely restrict it. The question may be asked whether these are two distinct categories or are but two manifestations of the same phenomenon. Theoretically, the answer depends on the justification given to liability. For those who attach a great importance to the preventive or educative function of liability, who see an important deterrent in it, the difference is or ought to be crucial, as in the case of total exclusion of liability the preventive function of liability is absent whereas in the case of partial exclusion this function remains operative. This statement on legal policy would lead to the conclusion that in legal systems attaching utmost importance to the preventive function there should be no room for a total exclusion of liability” (EÖRSI, Gyula. *The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability*. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi2.html>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

Tradução livre:

Uma palavra final sobre a distinção entre as cláusulas que excluem a responsabilidade *in toto* e aquelas que meramente a restringe. A pergunta pode ser feita se há duas categorias distintas ou se são apenas duas manifestações do mesmo fenômeno. Teoricamente, a resposta depende da justificativa dada para a responsabilidade. Para aqueles que conferem grande importância à função preventiva ou educativa da responsabilidade, que veem um impedimento muito importante nela, a diferença é ou deve ser crucial, pois no caso da total exclusão de responsabilidade a função preventiva da responsabilidade estará ausente, enquanto que na exclusão parcial essa função permanece operativa. Essa constatação levaria a conclusão de que em sistemas legais que conferem maior importância a função preventiva não haveria espaço para a exclusão total da responsabilidade.

<sup>71</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

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

À luz da diferenciação que partiu do legislador, não nos parece adequado tratar indistintamente vedação e limitação do dever de indenizar. A diferença de tratamento, aliás, foi recentemente corroborada pelo STJ, ao afirmar ser “certo que a cláusula exonerativa da responsabilidade da transportadora não se confunde com o preceito contratual voltado à limitação do valor da indenização devida, consagrado pela prática mercantil internacional.”<sup>73</sup> Ainda no âmbito daquela Corte, encontram-se alguns julgados<sup>74</sup> apontando para a impossibilidade de a cláusula limitativa ser fixada num montante irrisório, sob pena de equivaler a uma cláusula exoneratória. Esta preocupação denota, ainda que de forma implícita, o entendimento de não equiparar os ajustes que exoneram e limitam o dever de reparar.

Entendemos, com efeito, que o tratamento e análise da cláusula de não indenizar, englobando a exoneratória e a limitativa, não pode se dissociar do caso concreto em exame. Como visto acima, a prática mostra que às vezes, uma cláusula limitativa pode apresentar um valor irrisório e, com isso, configurar uma exoneração do dever de indenizar que não ultrapassa o juízo de merecimento de tutela. Não há como, de antemão, fechar os olhos e apontar que a limitação é sempre válida, pois escapariam hipóteses em que a limitação estaria mascarando uma exoneração que, no caso, poderia carecer de validade. Nesse sentido é a opinião de Aguiar Dias:

“As cláusulas limitativas são de uso frequente nos transportes. Consistem, comumente, na fixação, à forfait, de soma determinada, para constituir a indenização, em caso de perda, extravio, avaria ou atraso.

Apesar da aceitação que lograram na doutrina e na jurisprudência, não temos dúvida em sustentar a sua nulidade, quando a soma arbitrariamente fixada resulte em verdadeira lesão para o credor, principalmente quando se trate de transporte, cujo contrato geralmente é de natureza a excluir a liberdade de discussão por parte do interessado no serviço. Tudo está, como insistentemente mostramos, a propósito da cláusula de irresponsabilidade, na verificação das condições de validade dos contratos em geral. Faltando-lhe requisito exigido pela seriedade ou razoabilidade, a conversão é nula. Quando a cláusula limitativa é voluntariamente calculada em soma sistematicamente inferior ao dano eventual, dissimula fraude e deve ser considerada nula.”<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

<sup>73</sup> Recurso Especial nº 1.076.465, 4ª Turma, Rel Min Marco Buzzi, julgado em 08.10.2013.

<sup>74</sup> V. Recurso Especial nº 12.220, 4ª Turma, Rel Min Athos Gusmão Carneiro, julgado em 01.10.1991; Recurso Especial nº 39.082, 2ª Seção, Rel Min Nilson Naves, julgado em 09.11.1994; Recurso Especial nº 660, 4ª Turma, Rel Min Barros Monteiro, julgado em 17.10.1989.

<sup>75</sup> DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 129. No mesmo sentido, citando Savatier, é a lição de Elcir Castello Branco: “As cláusulas limitativas não se confundem com a cláusula de irresponsabilidade, porque não objetivam suprimir o

Sendo assim, seja porque não se mostra mais adequado diferenciá-las apenas pelo critério quantitativo, seja porque a cláusula exonerativa representa uma renúncia a direito ainda mais significativa por parte do prejudicado, o que a faz merecer uma interpretação mais cautelosa, entendemos adequado não tratar de forma idêntica as duas espécies do ajuste, diferenciando-as na sua interpretação, inclusive sob o ponto de vista da viabilidade dos riscos assumidos pelas partes e do equilíbrio contratual, o que será melhor explicitado nos itens 1.4 e 2.2.

Uma análise de contratos com esse tipo de ajuste demonstra que, de acordo com a criatividade dos empresários, há diversas formas possíveis de as cláusulas de não indenizar se manifestarem<sup>76</sup>, sendo mais conhecida a simples limitação do dever de indenizar a um valor máximo, já fixado ou estabelecido como percentual do dano sofrido.

Outra modalidade comum de aplicação da cláusula de não indenizar é a exclusão da reparação de algum tipo de dano, o que, na prática, significa uma limitação. Vigora no *caput* do art. 944 do Código Civil<sup>77</sup> o princípio da reparação integral e no art. 402 do Código Civil<sup>78</sup> a norma de que a indenização deve abarcar tanto os danos emergentes como os lucros cessantes. Assim, indaga-se se as partes poderiam, inicialmente, afastar algumas dessas parcelas da indenização, já que no art. 402 apenas a lei é citada como fonte de exceção, diferentemente, por exemplo, do *caput* do art. 393 do Código Civil<sup>79</sup>, que menciona a vontade das partes. Nos parece, no entanto, que a lei aludida naquele dispositivo é a necessária para

---

elo resultante do dano, isentando um das partes. Colimam a discriminação de certas obrigações ou a fixação de valores que compõem o dano.

Quando observam o princípio da equidade e não assumem caráter potestativo, tendo respaldo legal, as cláusulas limitativas são aceitas, porque revelam um modo convencional de compor a obrigação.

Quando as cláusulas limitativas importam em verdadeira lesão aos direitos do prejudicado, não são válidas pelo abuso que representam. Relacionando-se com o modo de calcular o dano em soma sistematicamente inferior ao mesmo, dissimula fraude, podendo reputarem-se nulas. (Savatiér, *Traité de la responsabilité civile*, 1939, t. 2, p. 255, n° 665)” (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 15. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 67).

<sup>76</sup> Para uma detalhada enumeração das modalidades das cláusulas de não indenizar, v. PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina 2005, pp. 31-119; e MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimpr., 2011, p. 103-115.

<sup>77</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

<sup>78</sup> Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

<sup>79</sup> Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.  
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.



alterar a regra de que as perdas e danos abrangem danos emergentes e lucros cessantes e não para vedar a limitação do dever de indenizar por excluir algum tipo desses danos, sendo, válida, portanto, a limitação.

Além da exclusão de algum tipo de dano, outra forma comum da cláusula de não indenizar se dá com a equiparação de algumas situações concretas a hipóteses de fortuito ou força maior<sup>80</sup>, o que é denominado por Ana Prata como “casos de força maior assimilados” ou “presunções de fortuito”<sup>81</sup>.

No entanto, talvez a forma mais utilizada atualmente para mitigar o dever de indenizar seja a limitação aos danos diretos, excluindo-se os indiretos.

Diante da relevância prática deste ajuste, que envolve o intrincado tema do nexo causal<sup>82</sup>, convém distinguir, ainda que brevemente, os danos diretos dos indiretos. Dano direto é considerado aquele que advém necessária e imediatamente do evento a que se imputa o dever de indenizar, isto é, do inadimplemento em si. Neste caso, não há qualquer tipo de intermediação entre a atividade causadora do dano e o resultado danoso, sendo direto o nexo de causalidade. Há, em resumo, uma causalidade direta entre o inadimplemento e o dano dele derivado.

Pode-se dizer que no direito brasileiro deve-se provar a necessidade da causa para averiguar a extensão dos danos, porquanto “o art. 403 do Código Civil, na esteira do regime anterior (art. 1.060 do Código Civil de 1916), vincula-se à teoria da causalidade necessária, por considerar ressarcíveis ‘os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela [inexecução] direto e imediato’. À conta da locução ‘direto e imediato’ afasta-se o ressarcimento sempre que causa autônoma mais próxima interrompa o nexo de causalidade, rompendo, assim, a necessariedade entre causa e efeito danoso. Exige-se, portanto, para a ressarcibilidade do dano liame de necessariedade entre causa (conduta) e efeito (dano).”<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Um bom exemplo é conferido por António Pinto Monteiro: “A vendedora não se responsabiliza pelos atrasos ou impossibilidade de efectuar os fornecimentos dentro dos prazos previstos por resultado de incidentes de fabrico, greves, ‘lock-out’, atrasos no fornecimento dos seus fornecedores e por qualquer caso de força maior. O comprador aceita que, em tais circunstâncias, não tem direito a exigir qualquer indemnização.” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, p. 110).

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>82</sup> Vide a este respeito CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>83</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*; atualizador Gustavo Tepedino. 10. ed. ver. atual. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 112. No mesmo sentido, ressalta Agostinho Alvim: “A Escola que melhor explica a teoria do dano direto é a que se reporta à necessariedade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas do dano direto, como se verá. Para explicar a teoria do dano direto e imediato, nos

Por outro lado, o dano indireto é aquele que, a despeito de ter sido provocado pelo evento a que se deseja imputar a necessidade de ressarcimento, ocorre em virtude de um fato danoso precedente, uma atividade que serve como causa imediata. Em importante digressão, anota Gisela Sampaio da Cruz ao diferenciar os danos diretos dos indiretos:

embora muitos sejam os fatores que contribuem para a produção do dano; nem por isso se deve chamar de causa todos eles, mas tão-só os que se ligam ao dano em uma relação de necessariedade, a romper o equilíbrio existente entre as outras condições. (...) A causa direta e imediata nem sempre é a mais próxima do dano, mas, sim, aquela que necessariamente o ensejou, pois não é a distância temporal entre a inexecução e o dano que rompe o nexos causal. A ideia central, enunciada e repetida pelos autores, é, pois, a de que o aparecimento de outra causa é que rompe o nexos causal e não a distância entre a inexecução e o dano. O dano indireto pode ser passível de ressarcimento, contanto que seja consequência direta de um ato ilícito ou de uma atividade objetivamente considerada.

Não é o tempo propriamente que revela a responsabilidade pela causação do dano, mas a proximidade lógica. Em regra, conforme salienta Agostinho Alvim, os danos indiretos ou remotos não são indenizáveis, porque quase sempre deixam de ser efeito necessário, em decorrência do aparecimento de concausas, mas se isso não ocorrer, eles devem ser indenizados.<sup>84</sup>

A doutrina destaca, ainda, não sem a oposição de Ana Prata<sup>85</sup>, que podem ser consideradas cláusulas de não indenizar a inversão convencional do ônus da prova, afastando a presunção de culpa que recai sobre o devedor<sup>86</sup> após o inadimplemento contratual e a redução dos prazos de decadência<sup>87 88</sup>. Ainda como uma modalidade indireta da cláusula de

---

aceitamos a teoria ou subteoria da necessariedade da causa (...). Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com a relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Ela é a causa necessária desse dano, porque ele a ela se filia necessariamente; é a única causa, porque opera por si, dispensadas outras causas. Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1955, p. 356).

<sup>84</sup> *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 102-104.

<sup>85</sup> “Convenção pela qual o credor assume o ônus da prova da culpa do devedor, invertendo assim o comum regime probatório no domínio da responsabilidade contratual. Cláusula vulgarmente assimilada a uma limitação da responsabilidade pela consideração dos efeitos práticos que tem aptidão para desencadear, na realidade, tal assimilação não tem qualquer fundamento: com objetos completamente diferentes, tais cláusulas configuram-se, também na sua eficácia jurídica, como duas realidades absolutamente diversas;” (Ibidem, pp. 96-97).

<sup>86</sup> “Na responsabilidade contratual, a culpa, de regra, é presumida; inverte-se, então, o ônus da prova, cabendo ao credor demonstrar, apenas, que a obrigação não foi cumprida; o devedor terá que provar que não agiu com culpa, ou, então, que ocorreu alguma causa excludente do próprio nexos causal.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 308).

<sup>87</sup> “Naturalmente que não está aqui em causa uma convenção limitativa de responsabilidade em sentido próprio; o que as partes fazem é, apenas, 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. Mas, na medida em que se limita esse

não indenizar, António Pinto Monteiro inclui o ajuste que segrega alguns ativos do devedor para garantia patrimonial de eventual dano decorrente do inadimplemento, limitando, na verdade, sua responsabilidade, a alguns bens<sup>89</sup>.

No direito português, em virtude do art. 800 prever, no item 1, a responsabilidade do devedor por atos cometidos por seus representantes ou contratados e, no item 2, a possibilidade de exclusão ou limitação dessa responsabilidade quando o ato danoso tenha sido cometido por terceiro contratado pelo devedor para lhe auxiliar na prestação do objeto do contrato, ganha destaque da doutrina<sup>90</sup>, inclusive quanto aos requisitos de validade<sup>91</sup>. Ainda no campo da cláusula de não indenizar por atos de auxiliares, Ana Prata<sup>92</sup> destaca a existência da *negligence clause*, originária do direito inglês e muito utilizada no transporte marítimo, que

---

prazo, imita-se, conseqüentemente – no tempo –, a responsabilidade do devedor.” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, p. 112).

<sup>88</sup> A despeito de António Pinto Monteiro se referir a alteração do prazo prescricional e decadencial, é certo que no Brasil, por força do art. 192 do Código Civil (Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes), somente o prazo decadencial pode ser objeto de convenção. Ainda a respeito do prazo decadencial, cumpre destacar que o mesmo não pode ser objeto de alteração convencional quando a lei o houver fixado, tendo em vista “os imperativos de ordem pública que fundamentam a regra do art. 209” (TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa, Moraes, Maria Celina Bodin de *et. al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, 2. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 425).

<sup>89</sup> “Embora estas convenções se não coloquem no mesmo plano das cláusulas limitativas de responsabilidade, o certo é que da restrição da responsabilidade a determinados bens do devedor pode resultar, sempre que esses bens sejam suficientes, uma limitação da indenização do credor”. (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, pp. 113-114). Este posicionamento é seguido no Brasil por Fabio Henrique Peres (*Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 103-106) e Letícia Marquez de Avelar (*A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 59-61).

<sup>90</sup> PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina 2005, pp. 58-59.

<sup>91</sup> António Pinto Monteiro apresenta uma digressão a respeito da validade dessa estipulação a partir do “tipo de relacionamento entre as pessoas utilizadas para cumprimento da obrigação e o devedor”, se de subordinação ou dependência. Aquele que é subordinado juridicamente, como, por exemplo, o empregado, não pode ter a responsabilidade excluída ou limitada, pois “o auxiliar não deve considerar-se pessoa *alheia* ao devedor, não podendo os seus actos, conseqüentemente, qualificar-se de actos de *terceiro*, contrapostos ao actos *próprios* do devedor”. Por outro lado, há vezes em que “o devedor socorrer-se-á dos serviços de pessoas *alheias* à sua organização, *independentes da sua empresa*, as quais actuarão com *autonomia*, apesar de colaborarem com o devedor no cumprimento da obrigação.” Portanto, concluir o professor português, “toda a questão se resumirá, afinal, a nosso ver, em determinar a *qualidade* dos auxiliares utilizados pelo devedor. Concordamos que, respondendo este pelos actos de *terceiro*, essa responsabilidade possa excluir-se em maior *amplitude* do que no caso de se tratar de actos próprios – mas *terceiro não é todo e qualquer auxiliar*.” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, pp. 287-289).

<sup>92</sup> PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina 2005, pp. 59-64.

visa exonerar ou limitar o dever de indenizar do armador em razão de atos causados pelo capitão ou elementos da tripulação do navio.

### 1.3 Validade e requisitos da cláusula que exonera ou limita o dever de indenizar

O princípio da autonomia privada, bojo no qual se fundamenta a liberdade de contratar, é o sustentáculo para projeção contínua da cláusula de exclusão e limitação do dever de indenizar<sup>93</sup>. Ainda que passe por verdadeira revisão, notadamente nos seus limites<sup>94</sup>, a autonomia privada permanece como importante fonte de obrigação da relação contratual, sendo imperioso ressaltar, como faz José de Azeredo Perdigão, que a vontade esta a serviço do direito e não o direito a serviço da vontade<sup>95</sup>.

Como no Brasil não há uma norma geral permitindo ou vedando a cláusula contratual que exonera ou limita o dever de indenizar, a questão passa a ser definir se a convenção se encontra dentro do limite ao qual a autonomia privada se submete.

Na França<sup>96</sup>, onde, tal como o Brasil, não há previsão legislativa genérica a respeito, esse debate é travado desde o início do século passado, havendo quem defenda que a cláusula de não indenizar, por si só, é violadora da ordem pública, já que seria imoral e perigoso

---

<sup>93</sup> “A cláusula de não indenizar tem sido admitida no Brasil e em outros países pela doutrina e pela jurisprudência dentro de certos limites com base no princípio da autonomia da vontade e na liberdade de contratar.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 564). No mesmo sentido, já previa José de Aguiar Dias: “A cláusula de irresponsabilidade é, por excelência, consagração do princípio da autonomia da vontade ou, mais especificamente, da liberdade contratual, consagrada entre nós até constitucionalmente” (DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: chamada cláusula de irresponsabilidade. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 61).

<sup>94</sup> De acordo com Pietro Perlingieri “a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais” (*Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 277). No mesmo sentido, salienta Luigi Ferri que “o problema da autonomia privada é antes de tudo um problema de limites” (*La Autonomia Privada*. Tradução Castelhana. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969).

<sup>95</sup> O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 6. Lisboa, 1946, p. 26.

<sup>96</sup> Em Portugal o debate é travado por dois dos maiores doutrinadores daquele país, Ana Prata e António Pinto Monteiro. No entanto, o foco da divergência é a interpretação ao art. 809 do Código Civil luso, sem correspondente no Código Civil de 2002, pelo que deixaremos de abordar esta divergência neste trabalho. Para mais informações, v. PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina 2005, pp. 453-668 e MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimpr., 2011, pp. 159-258.

exonerar alguém pela má execução do contrato antes mesmo do início da prestação<sup>97</sup> e por ofender o princípio proibitivo de lesão ao patrimônio de outrem, traduzido no brocardo *neminem laedere*<sup>98</sup>. Contudo, prevalece a corrente que sustenta a validade da cláusula de indenizar como expressão da autonomia privada de acordo com aquele ordenamento jurídico<sup>99</sup>.

No Brasil, ainda que em menor intensidade, a doutrina também diverge a respeito da validade do ajuste. Ruy Rosado de Aguiar Junior já afirmou que “a existência da cláusula de não indenizar, celebrada anteriormente à resolução, é contrária à lei e, assim como a renúncia prévia ao direito de resolver, não pode ser aceita.”<sup>100</sup>

Um argumento, ainda não aventado pela doutrina, seria a impossibilidade de a ponderação entre os princípios da autonomia da vontade e da indenizabilidade irrestrita<sup>101</sup>, base da discussão a respeito da cláusula de não indenizar, acarretar na absoluta ausência de indenização, o que ocorre quando a cláusula exonera o dever de indenizar.

Nessa situação, considerando que o princípio da reparação integral seria reduzido em sua totalidade com a exclusão do dever de indenizar, a ponderação se mostraria excessivamente restritiva, inadmissível no direito brasileiro. Isso porque numa ponderação de princípios, especialmente quando referentes a direitos fundamentais, não cabe a total e absoluta restrição de um deles, sob pena de atingir seu núcleo essencial e, assim, o processo de ponderação se mostrar desconforme à Constituição da República. Isso porque qualquer ponderação de princípios deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental objeto de restrição no processo de sopesamento. Trata-se, em expressão conhecida na doutrina, do “limite dos limites”<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> Este entendimento é defendido por Aubry et Rau, Laurent, Pardessus, Ruben de Couder (*Cours de droit civil français*. 5 ed. Paris, 1897-1922, *apud* DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: chamada cláusula de irresponsabilidade. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, pp. 47-48).

<sup>98</sup> STARCK, Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. *Apud* PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 342.

<sup>99</sup> Esta sustentada, principalmente, por Henri e Leon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas (*Leçons de droit civil: obligations*. 9 ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 759).

<sup>100</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 271.

<sup>101</sup> Princípio que, segundo alguns julgados do STF, pode ser extraído do art. 5º, V e X da Constituição da República, o que lhe daria a natureza de direito fundamental. Vide, a este respeito, os RE 351.750 e 447.584.

<sup>102</sup> “Um limite que a doutrina impõe à ponderação de interesses é o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja

O argumento, contudo, não colhe. Mesmo na cláusula exoneratória do dever de indenizar, não se pode falar em absoluta ausência de vantagem por parte daquele que sofreu o dano, já que houve algum tipo de benefício em contrapartida à cláusula que prevê a absoluta ausência de indenização. Com isso, não se pode afirmar que a parte não foi, em qualquer aspecto, reparada, mesmo que previamente. Também sob esse prisma, portanto, não há vedação à cláusula de não indenizar, ainda que exoneratória, modalidade mais gravosa à vítima do dano.

Como se vê, a previsão contratual que exonera ou limita o dever de indenizar mostra-se, em última análise, uma ponderação<sup>103</sup> entre o direito de ser integralmente indenizado em caso de dano, conforme previsto no *caput* do art. 944 do Código Civil<sup>104</sup> e, de outro lado, o direito de autorregular suas atividades e interesses, decorrente do exercício da autonomia privada<sup>105</sup>, mais especificamente, da autonomia contratual.

Segundo Pietro Perlingieri, a autonomia contratual possui relevância constitucional sob dois aspectos: o positivo, relacionado ao fundamento e à tutela constitucional da autonomia; e o negativo, responsável por impor limites ao exercício dessa autonomia. Ademais, cada interesse negocial, refletido na autonomia, corresponde a um valor que possibilita verificar se os interesses estão de acordo com a Constituição e se ultrapassam o juízo de merecimento de tutela. Com isso, a autonomia contratual passa a ter uma tutela constitucional indireta, tornando ilegítimas restrições desprovidas de uma específica

---

pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o ‘limite dos limites’, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição.” (SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 111).

<sup>103</sup> “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 protecção 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.” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, p. 69).

<sup>104</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

<sup>105</sup> “No momento em que é exaltado o papel fundamental da pessoa humana na ordem jurídica, não parece razoável entender sua autonomia como uma concessão ou atribuição do Estado, mas sim como o reconhecimento do poder do sujeito privado de auto-regular-se, nos limites da lei, aqui entendida em sem sentido amplo, e que tem na Constituição da República sua expressão maior.” (BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas* – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 410.

justificativa constitucional relevante, à luz da diversidade de situações que a autonomia se explica<sup>106</sup>.

Sendo assim, em que pese as respeitáveis opiniões em contrário, nos parece que a cláusula de não indenizar, expressão da autonomia negocial e contratual, se encontra em conformidade com os fins previstos na Constituição da República de 1988, porquanto visa ao desenvolvimento econômico, em respeito à livre iniciativa, criando um ambiente mais seguro e previsível às pessoas, físicas e jurídicas, que atuam na área civil e empresarial. Com efeito, não entendemos que o dever de reparar integralmente o dano constitua uma obrigação de ordem pública e, portanto, imponderável no direito brasileiro, aliás, como não o é nos diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros que acolhem a cláusula que exonera ou limita aquele dever.

Por isso, diferentemente do que já foi afirmado pelo STJ<sup>107</sup>, não vislumbramos necessário que toda e qualquer exoneração ou limitação do dever de indenizar deva ser autorizada por lei.

Outro argumento favorável à cláusula de não indenizar, ressaltado por Letícia Avelar, encontra-se na novidade trazida pelo art. 946 do Código Civil de 2002<sup>108</sup>, já que este dispositivo “autoriza os contratantes a convencionarem sobre a indenização eventualmente devida de uma parte à outra, fixando previamente seu valor”<sup>109</sup>. A despeito de assemelhar-se a uma cláusula penal, não descartamos a possibilidade de o art. 946, na verdade, tratar de uma hipótese de limitação do dever de indenizar, dependendo da forma como as partes preferirem regular no contrato, o que representaria, ainda que timidamente, a posição do legislador de permitir a cláusula de não indenizar no ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>106</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 6 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 342-346.

<sup>107</sup> Civil. Penhor. Extravio da garantia. Clausula limitativa da responsabilidade do credor pignoratício inoperante após a extinção do contrato principal de mutuo. Indenização regida pelo art. 774, IV, CC. Recurso provido. I - o contrato de penhor, acessório ao contrato de mutuo, extinguiu-se na espécie pelo implemento da prestação do mutuário, não subsistindo a clausula limitativa da responsabilidade do credor, de sorte que o extravio do bem empenhado, no período em que o credor pignoratício detinha o bem na qualidade de simples depositário, impõe a indenização ampla determinada pelo art. 774, IV, CC.

II - a regra geral da convivência humana, a qual o direito deve proteção, e 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. (REsp 83.717/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 09.12.1996).

<sup>108</sup> Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

<sup>109</sup> AVELAR, Letícia Marquez de. *A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 141.

Uma vez verificada a adequação do ajuste ao ordenamento jurídico, importante apresentar os requisitos para sua validade, coibindo eventuais abusos por parte do beneficiado pela cláusula.

O primeiro requisito, unanime na doutrina<sup>110</sup>, é a impossibilidade de a convenção contrariar normas de ordem pública e normas cogentes, o que, na verdade, é um requisito de validade de qualquer negócio jurídico. No Código Civil de 2002, o parágrafo único do art. 2.035<sup>111</sup> já veda expressamente a produção de efeitos a convenções que violem a ordem pública, não sendo necessário discorrer muito a respeito do tema. Não será possível, neste trabalho, abordar o conceito de ordem pública, mas não se pode olvidar que se trata de conceito respiratório do sistema jurídico, cujo preenchimento deve estar adequado à *fatispecie* concreta, contribuindo para a realização de justiça<sup>112</sup> e que seu conteúdo deve ser estabelecido a partir da leitura do direito civil à luz da Constituição<sup>113</sup>.

A despeito da dificuldade de conceituar normas de ordem pública, é possível verificar algumas situações em que a cláusula de não indenizar não é admitida justamente por atingi-las. Assim, por exemplo, carece de validade o ajuste que afeta o dever de indenizar decorrente de eventual violação à dignidade da pessoa humana, corporificada no conjunto dos princípios

---

<sup>110</sup> Por todos, cite-se o entendimento de Sergio Cavalieri Filho: “Mesmo na responsabilidade contratual a cláusula de não indenizar sofre limitações. Ninguém desconhece que a liberdade de contratar não é absoluta, mas sujeita às restrições impostas pela ordem pública. Consequentemente, a cláusula de não indenizar só vigora quando relacionada com obrigações passíveis de modificação convencional, isto é, só pode ser estipulada quando a norma de Direito Comum que estabelece a responsabilidade, e que, pela convenção, ficará afastada, não tutele interesse de ordem pública. Em outras palavras, somente a norma destinada à tutela de mero interesse individual, estritamente privado, pode ser afastada pela cláusula de não indenizar; jamais as normas que visam à proteção da ordem pública e dos bons costumes.” (*Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 565).

<sup>111</sup> Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

<sup>112</sup> MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, p. 21.

<sup>113</sup> “Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.” (TEPEDINO Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004).



da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade<sup>114</sup>. Ainda por representar violação a normas de ordem pública, sustenta-se a invalidade da cláusula de não indenizar nas atividades médicas<sup>115</sup>, nos contratos de trabalho<sup>116</sup> e nas situações de violação ao princípio da boa-fé objetiva<sup>117</sup>.

Em relação à invalidade da cláusula de não indenizar que contraria normas cogentes, nos parece o simples fato de serem cogentes impede qualquer disposição em contrário, não havendo espaço para maiores digressões. Nesse sentido, serão inválidas, porque já vedadas pelo legislador, as cláusulas exoneratórias do dever de indenizar no transporte de pessoas (art. 12 da Lei das Estradas de Ferro – Decreto Legislativo 2.681/1912<sup>118</sup>, art. 105 do Código Brasileiro do Ar – Decreto-Lei 32/1966<sup>119</sup>, art. 247 do Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei 7.565/1986<sup>120</sup> e art. 734 do Código Civil<sup>121</sup>)<sup>122</sup>, entendimento corroborado pelo STF, que, em

---

<sup>114</sup> Para maiores informações a respeito dos quatro extratos da dignidade humana, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 327 e seguintes; e O princípio da dignidade humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 81 e seguintes.

<sup>115</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, p. 309; OLIVEIRA, Cláudia Vieira de. Cláusula de não indenizar. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1991, pp. 36-37.

<sup>116</sup> “Empregado de cassino. Admissão para substituir empregado enfermo. Prazo do contrato. Cláusula de não-indenizar. [...] A cláusula de não-indenizar é incompatível com os contratos que originam direito irrenunciáveis, como os de trabalho.” TRT 5ª Região. Processo nº 196/46. Rel. Juiz Lapa Barreto, j. 02.01.1948. In *Revista Forense*, v. 120. Rio de Janeiro: Forense, nov. 1948, pp. 286-289.

<sup>117</sup> PERES, Fabio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 152-153; LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, v. 2. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 684-685.

<sup>118</sup> Art. 12 – A clausula 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 clausulas diminuindo a responsabilidade das estradas de ferro estabelecida na presente lei.

<sup>119</sup> Art. 105. São nulas as cláusulas tendentes a exonerar de responsabilidade o transportador ou a estabelecer limite inferior ao fixado neste Código.  
Parágrafo único. Essa nulidade não acarreta a anulação do contrato do transporte respectivo.

<sup>120</sup> 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 (artigo 10).

<sup>121</sup> Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.  
Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

<sup>122</sup> “Em síntese, no âmbito do contrato de transporte de pessoas, tratando-se ou não relação de consumo, inadmite-se exoneração ou limitação da indenização devida pelos danos morais ou materiais procedentes de lesão à pessoa. A indenização pelos danos materiais decorrentes de perda ou avaria de bagagens e outros

1963, editou a Súmula 161, segundo a qual “é inoperante em contrato de transporte a cláusula de não indenizar”<sup>123</sup>. Outra vedação legal à exoneração contratual do dever de indenizar encontra-se no CDC que, em seu art. art. 51, I<sup>124</sup>, permite apenas a limitação desde que o consumidor seja pessoa jurídica e em situações justificáveis, o que será melhor desenvolvido no item 3.2 *infra*.

É também sedimentado na doutrina que a inexistência de dolo é outro requisito de validade da cláusula de não indenizar, destacando-se razões morais e jurídicas para tanto<sup>125</sup>. O fundamento moral serve para afastar a possibilidade de o ordenamento jurídico proteger quem propositalmente decide não cumprir o acordado e frustra a confiança da contraparte no contrato, já que a cláusula, em último grau, conferiria a faculdade de alguém, a seu bel prazer, adimplir ou não o que prometeu sem se preocupar com as consequências danosas a outrem. O aspecto jurídico diz respeito, inicialmente, a destruição da relação obrigacional, porquanto “retirar do devedor a responsabilidade pelo descumprimento intencional da prestação seria reduzir o vínculo a uma simples obrigação natural, não podendo ser exigido o seu cumprimento e perdendo o sentido técnico de vínculo jurídico entre credor e devedor. A

---

percentes do passageiro mostra-se suscetível de limitação, mas não de exoneração, desde que não caracterizada relação de consumo (art. 734, *caput*, do Código Civil) nas quais, ao revés, se veda tanto a exoneração quanto limitação da indenização.” (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. X: das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 493).

<sup>123</sup> A despeito de ter citado a expressão cláusula de não indenizar, que, segundo entendimento consolidado, engloba a cláusula que exonera e a que limita o dever de indenizar, ao editar a Súmula 161, o STF se referiu tão somente à cláusula exoneratória. Tanto é assim que a jurisprudência do próprio STF (RE 107.361) e do STJ (REsp 12.220), ainda que com certa divergência, admitiram a cláusula contratual que limita o dever de indenizar no contrato de transporte, desde que este limite não seja irrisório e represente, na prática, uma exoneração. Por tal razão não entendemos que a Súmula 161 foi violada pelo art. 734 do Código Civil, que veda a cláusula excludente, mas não a de limitação do dever de indenizar nos contratos de transporte.

<sup>124</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

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

<sup>125</sup> Conforme leciona 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. Mas a condenação da cláusula está, primeiro, na lei, que seria implicitamente violada com a admissão de tal estipulação, uma vez que só a intenção dolosa pode explicar o interesse na previa exoneração do dolo.” (*Cláusula de não indenizar*: chamada cláusula de irresponsabilidade. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 116).

função de tutela do crédito restaria integralmente comprometida. Um contrato que admitisse a total irresponsabilidade em caso de dolo seria qualquer coisa, menos um contrato.”<sup>126</sup>

Como alerta Fábio Peres, tal requisito se aproxima bastante das noções de ordem pública<sup>127</sup> e de boa-fé objetiva, evitando-se que o ordenamento tutele uma situação absurda daquele que prevê uma cláusula de não indenizar sabendo de antemão que não vai cumprir o contrato ou que, no curso da relação obrigacional, simplesmente decida que não a honrará.

Além do dolo, boa parte da doutrina<sup>128</sup> inclui a inexistência de culpa grave do contratante na conduta que gerou o dano como requisito de validade da cláusula de não indenizar, sob fundamento de que dolo e culpa grave devam ser equiparados. Tal equiparação é ponto controvertido na doutrina, notadamente após a edição do Código Civil de 2002, que, no parágrafo único do art. 944, afirmou que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

Este dispositivo reascendeu a discussão a respeito da existência dos graus de culpa (grave, leve e levíssima) no direito brasileiro e da possibilidade da equiparação do dolo à culpa grave. Consoante anota Marcelo Calixto<sup>129</sup>, o grau de culpa já foi utilizado como fundamento para existência da responsabilidade (*an debeatur*), como se deu com a edição da Súmula 145 do STJ<sup>130</sup>, em 1995, para proteger a vítima em virtude da natureza contratual do transporte desinteressado. Contudo, com o art. 736 do Código Civil de 2002<sup>131</sup>, a vítima ficou numa situação prejudicial com a referida Súmula, uma vez que terá que comprovar a culpa do motorista, devendo ser afastada aquela construção jurisprudencial.

---

<sup>126</sup> FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 211-212.

<sup>127</sup> *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 169.

<sup>128</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. In: *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord). São Paulo: RT, 2011, v. 4, p. 29; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 566-567; MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, p. 235-236; 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. 25-28.

<sup>129</sup> *Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único do Código Civil*. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7296](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7296)>. Acesso: em 28 mar. 2014.

<sup>130</sup> Súmula 145: No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.

<sup>131</sup> Art. 736. Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia.

O parágrafo único do art. 944 deve ser entendido como uma medida de equidade para atenuar a responsabilidade do agente de acordo com as circunstâncias do caso concreto, de forma que os graus de culpa possuem relevância apenas para quantificação do dever de indenizar (*quantum debeatur*) e não para sua configuração<sup>132</sup>. Não nos parece correta, portanto, a conclusão de alguns autores de que a norma restaurou a gradação da culpa, associando o grau de culpa do agente à análise da culpa psicológica, traduzida na maior ou menor previsibilidade do resultado danoso ou, ainda, na gravidade da negligência, imprudência ou imperícia<sup>133</sup>.

Assim, preferimos seguir a posição<sup>134</sup> que sustenta a impossibilidade da equiparação entre dolo e culpa grave, por possuírem naturezas distintas e porque o ordenamento jurídico brasileiro não diferencia, para fins de definição da existência ou não de responsabilidade, os efeitos dos atos de acordo com o grau de culpa.

A possibilidade de a cláusula de não indenizar atingir a obrigação principal do contrato também tem sido objeto de cizânia doutrinária, sendo que a maioria dos autores<sup>135</sup> tem defendido a invalidade do ajuste nesta hipótese, pois o contrário “tornaria o contrato um negócio jurídico abusivo, eis que 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 – art. 115, *in fine*, do CC brasileiro)”<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> Este é o entendimento de SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 43-44.

<sup>133</sup> Confira-se, neste sentido, CAVALIERI FILHO, Sergio e DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13, p. 337-338.

<sup>134</sup> Defendida por PEREIRA, Caio Mario da Silva (*Instituições de direito civil*, v. II, 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 313); DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, pp. 97-103; e ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 360.

<sup>135</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. In: *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord). São Paulo: RT, 2011, v. 4, p. 28. DIAS, Jose de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II, p. 672. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 567-568. RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 878. Destaque-se, contudo, o entendimento de Wanderley Fernandes, para quem Jose de Aguiar Dias e Antonio Junqueira de Azevedo não apontam nulidade na limitação da responsabilidade, tão somente na exoneração. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 255.

<sup>136</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato

Não nos parece que o contratante deixar de cumprir o contrato por simples e espontânea vontade deva se relacionar com a impossibilidade de a cláusula de não indenizar alcançar a obrigação principal do contrato. O inadimplemento deliberado, aquele decorrente da vontade de não mais cumprir o acordado, nos parece uma questão de dolo, devendo, nesse caso, ser inválida a cláusula que beneficia aquele que, sabendo que não terá, ou terá parcialmente, que indenizar quem sofre o dano decorrente do seu inadimplemento opta simplesmente por não cumprir sua obrigação.

O que pretendem os defensores deste entendimento é que a limitação ou exoneração do dever de indenizar se dê apenas nas obrigações acessórias<sup>137</sup>, porquanto se atingissem a obrigação essencial a própria relação obrigacional estaria desfigurada ou perderia sua efetividade<sup>138</sup>.

Na doutrina, verifica-se que os elementos da relação obrigacional são sujeitos (credor e devedor), objeto (prestação), vínculo jurídico, fato jurídico, garantia e norma jurídica<sup>139</sup>. Nos interessa aqui saber se a cláusula de não indenizar sobre a obrigação principal representa a falta de efetividade ou descaracterizaria a relação, o que torna necessário analisar o vínculo obrigacional.

Como expõe José Roberto de Castro Neves, “o vínculo existente numa relação obrigacional compreende, de um lado, o direito subjetivo do credor (que pode impor ao devedor uma atuação, ou seja ele tem um poder) e, de outra ponta, um dever jurídico do devedor (que fica sujeito a adimplir a obrigação para satisfazer o credor)”<sup>140</sup>. Para quem

de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. In: *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord). São Paulo: RT, 2011, v. 4, p. 28.

<sup>137</sup> “[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” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 60.

<sup>138</sup> Não poderão excluir-se do contrato obrigações que constituam *elementos essenciais* do negócio *típico* ou *nominado* escolhido pelas partes, sob pena de total descaracterização do mesmo. Isto é, não poderão afastar obrigações que constituam precisamente o elemento de identificação do contrato. Seria um verdadeiro ‘monstro jurídico’, nas palavras de Mazeaud, o contrato de compra e venda em que o vendedor excluísse a obrigação de transferir a propriedade da coisa vendida; o mesmo se diga, por exemplo, da hipotética supressão, pelo locador, do dever de proporcionar à outra parte, num contrato de locação, o gozo da coisa. Tais obrigações integram o dever principal de prestação, definem o tipo contratual, implicando o seu eventual afastamento uma total desfiguração do negócio.” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011, p. 125.

<sup>139</sup> Esses elementos variam de acordo com o autor. Para Fernando Noronha, adotando as lições de Manuel de Andrade, os elementos são sujeito, fato jurídico, objeto e garantia. O autor catarinense, inclui, ainda, a função ou finalidade da obrigação (*Direito das obrigações*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 35-36). Segundo José Roberto de Castro Neves, os elementos são sujeitos, fato, norma jurídica, vínculo e objeto (*Direito das obrigações*. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 20).

defende a invalidade da cláusula de não indenizar caso esta atinja a obrigação principal, o ajuste retiraria o dever jurídico que o devedor possui, já que o credor não teria como impor o cumprimento da prestação e não seria, ou seria parcialmente, indenizado pelo devedor, mitigando a possibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos.

Discordamos desse posicionamento. A rigor, a cláusula não afeta o dever jurídico daquele que se obrigou e não retira do credor a possibilidade de lançar mão de outros instrumentos jurídicos para obter a prestação ajustada, como a execução específica, a execução à custa de outrem, o uso de astreintes, e a cláusula resolutiva.

O uso de tais possibilidades independe do dever de indenizar decorrente dos danos causados pelo inadimplemento, como, por exemplo, prevê o art. 249 do Código Civil<sup>141</sup> ao permitir a cumulação da indenização após a execução específica<sup>142</sup>. Na verdade, sobretudo após o Código Civil de 2002, a execução específica da obrigação tem sido a regra no ordenamento jurídico<sup>143</sup>, acompanhando a evolução da legislação processual de 1994, complementada em 2002<sup>144</sup>.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>141</sup> Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

<sup>142</sup> “O legislador reformulou a norma do CC1916, permitindo que a indenização seja cumulada à execução específica, desde que evidentemente, haja danos a reparar em virtude da mora ou da recusa do devedor.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de et. al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, 2 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 522).

<sup>143</sup> “Pode-se afirmar, portanto, que no sistema atual a regra é a tutela específica, a execução in natura, salvo se essa tutela se tornar impossível.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de et. al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, 2 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 517).

<sup>144</sup> Em 1994, foi inserido o art. 461 e em 2002 o §5º do art. 461 e o art. 461-A do CPC:

Art. 461. 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.

§ 1º 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.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 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.

A possibilidade de o credor da obrigação utilizar a resolução contratual contra quem não cumpre a obrigação e, ainda assim, exigir a restituição da sua prestação, também não afeta o dever de indenizar, pois as prestações, de devolução e de indenização, são diversas e cumulativas, como se infere pelo art. 475 do Código Civil<sup>145</sup>. Por isso, consoante as lições de Ruy Rosado de Aguiar Junior, “a parte não-inadimplente, autora da ação de resolução, tem direito, além de libertar-se da sua obrigação e de receber em restituição a prestação já cumprida, de ser indenizada por perdas e danos.”<sup>146</sup>

O mesmo se dá em relação às astreintes que, a despeito de também representarem uma obrigação pecuniária, não possuem natureza indenizatória, mas sim punitiva ou coercitiva<sup>147</sup> e, portanto, não sofrerão os efeitos da cláusula de não indenizar.

Tudo indica, portanto, que a possibilidade de requerer indenização em caso de descumprimento contratual não é a única garantia que o ordenamento jurídico confere ao credor da obrigação e, ainda que seus danos sejam parcialmente ou não sejam reparados, a efetividade do vínculo se mantém, por meio do uso de outras alternativas já previstas à disposição do credor.

Ademais, lembramos que a cláusula penal, instituto que guarda grande semelhança com a limitação contratual do dever de indenizar por, na prática, representar restrição à

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Art. 461-A. 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.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 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.

<sup>145</sup> Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

<sup>146</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 266. Igual entendimento possuem TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de et. al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 122-123.

<sup>147</sup> “A medida coercitiva representada pela multa, concebida para induzir o devedor a cumprir espontaneamente as obrigações que lhe incumbem, principalmente as de natureza infungível não tem caráter reparatório. Vale dizer, sua imposição não prejudica o direito do credor à realização específica da obrigação ou ao recebimento do equivalente monetário, e tampouco à postulação das perdas e danos. A multa, em suma, tem natureza puramente coercitiva”. (WATANABE, Kazuo, in GRINOVER, Ada Pellegrini Ginover et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 862).

indenização<sup>148</sup>, é aceita, sem contestações, quando pactuada em relação à obrigação principal<sup>149</sup>. E a cláusula penal compensatória atua justamente no caso de inadimplemento total da obrigação<sup>150</sup>, sem que se cogite sua invalidade por representar a desnaturação da relação obrigacional.

Nesse caminho, seja porque há institutos no ordenamento jurídicos capazes de manter a efetividade e natureza da relação obrigação, seja porque já é conhecida a possibilidade de o dever de indenizar decorrente do inadimplemento da obrigação principal ser limitado, como pode ocorrer na cláusula penal, consideramos válida a cláusula de não indenizar incidente sobre a obrigação principal.

No entanto, precisamos ressaltar as hipóteses em que os remédios disponíveis no ordenamento jurídico não serão aptos a disponibilizar ao credor um meio eficaz de obter a prestação contratual. Tal possibilidade pode ocorrer nos casos de obrigações de cunho personalíssimo, nas quais apenas o devedor pode cumprir a obrigação e uma ponderação dos valores envolvidos no caso concreto não leva a execução específica, como nas situações em que a obrigação não é personalíssima, mas o seu inadimplemento representa a completa perda da utilidade da prestação<sup>151</sup>, restando tão-somente a indenização para obtenção do resultado equivalente.

---

<sup>148</sup> Tanto a cláusula penal como a limitativa do dever de indenizar têm como principal efeito ater o dever de reparar danos decorrentes do inadimplemento: “Outro aspecto importante na comparação entre as figuras diz respeito à equivalência dos efeitos da cláusula penal e da cláusula de limitação de responsabilidade quando o valor do dano excede ao limite do *quantum* da indenização ou ao valor estipulado na cláusula penal.” (FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 130). “A cláusula penal é a estipulação prévia dos danos. Serve ao mesmo propósito de equilíbrio em que se inspira a cláusula de irresponsabilidade, porque suprime a incerteza da liquidação, evitando o risco de, na apuração do prejuízo, se computarem consequências que esteja além ou aquém das naturezas derivadas do acontecimento prejudicial, a saber, o inadimplemento.” (DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 21).

<sup>149</sup> “O objeto da cláusula penal é a promessa de uma pena convencional. Cuida-se de pena negocial que substitui o insucesso da obrigação principal como prestação a ser cumprida pelo devedor faltoso. É comum que seja fixada em dinheiro, mas eventualmente as partes poderão estipular que a pena se traduza na entrega do objeto, na prestação de determinada atividade do devedor ou mesmo na perda de uma situação jurídica.” (ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53.)

<sup>150</sup> Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

<sup>151</sup> Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.



Nestes casos, mantida a sua recusa em adimplir o avençado, o inadimplemento teria como efeito apenas o dever de pagar perdas e danos<sup>152</sup>, razão pela qual, aí sim, consideramos que a cláusula teria o efeito de desvincular a própria obrigação, já que não restariam outras alternativas ao credor a não ser buscar a indenização.

A nosso sentir, salvo nas hipóteses acima, a cláusula de não indenizar serve para atuar especialmente sobre as obrigações principais, que, na prática, são aquelas cujo inadimplemento gera danos mais relevantes aos contratantes. Relegar o ajuste que exonera ou limita o dever de reparar o dano às obrigações acessórias, nos parece, é retirar sua importância e restringir demasiadamente o direito de as partes regularem suas relações.

#### 1.4 O problema do equilíbrio das prestações, a justiça contratual e a proporcionalidade nos contratos

Além dos requisitos de validade acima, as prestações que envolvem a cláusula de não indenizar devem guardar equilíbrio e proporcionalidade. Antônio Junqueira de Azevedo, ao analisar a hipótese concreta de uma cláusula exoneratória do dever de indenizar firmada em benefício de ambos os contratantes, ressaltou justamente que a reciprocidade faz ser respeitado o princípio do equilíbrio contratual<sup>153</sup>, pois “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*”<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> “Assim sendo, segundo a lei civil, nas obrigações em que somente o devedor pode realizar a prestação, sua recusa teria como consequência tão-somente sujeitá-lo a indenizar perdas e danos, ficando afastada a execução específica; nas demais, tal obstáculo à satisfação do credor poderia ser ultrapassado, ficando este autorizado a executar a prestação à expensas do devedor ou, se preferir, optar pelo sucedâneo das perdas e danos.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et. al. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, 2. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 519).

<sup>153</sup> “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 um das partes em desvantagem exagerada em relação à outra.” 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: *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord). São Paulo: RT, 2011, v. 4, p. 27.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 28.

Nesse sentido, para que o contrato não nasça desequilibrado, deve haver uma contrapartida à estipulação da cláusula de não indenizar, de forma a assegurar o equilíbrio econômico<sup>155</sup> na relação contratual<sup>156</sup>. O art. 12 do Decreto-Legislativo 2.681/1912, por exemplo, exige a diminuição de tarifa como contrapartida<sup>157</sup>.

Mas a contrapartida, por si só, não é suficiente. Ela deve ser equilibrada, justa e proporcional<sup>158</sup> à vantagem obtida com a exoneração ou limitação do dever de indenizar. E não estamos tratando do valor que será indenizado, mas sim da justiça e o equilíbrio do ponto de vista da consequência da limitação ou exoneração do dever de indenizar, isto é, para que o contrato não apenas nasça equilibrado, mas também que se mantenha após a ocorrência do dano.

Melhor se explica. Entendemos que deve haver equilíbrio e justiça entre a vantagem proporcionada ao contratante por aceitar a limitação ou exoneração do dever de indenizar da contraparte e o risco assumido com este ajuste. A questão também envolve o limite dos riscos que podem ser negociados pelas partes em um contrato, o que será melhor tratado no item 2.3 do capítulo seguinte.

---

<sup>155</sup> Citando esse requisito como de validade e não de eficácia, v. PERES, Fabio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 139. No mesmo sentido, Alberto do Amaral Junior: “No âmbito do direito comum, a doutrina sustenta que a cláusula de não indenizar somente se aperfeiçoará se contar com o consentimento das partes, devendo ainda corresponder a uma vantagem paralela a ser obtida pelo outro contratante” (A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 10). Na maioria das vezes, destaca a doutrina, essa contrapartida seria uma diminuição do preço, mas nada impede que as relações empresariais, tão dinâmicas nos dias atuais, apresentem outros formatos com essa mesma finalidade.

<sup>156</sup> José de Aguiar Dias afirma que a vantagem obtida em contrapartida à previsão da cláusula de não indenizar é a causa e que esta deve ser lícita para que a cláusula de não indenizar seja válida: “Com efeito, para validade da cláusula, cumpre que a causa seja lícita. Também é exato que *causa* é vantagem oferecida por uma parte e em vista da qual a outra contrata. Mas é errôneo dizer que a *causa*, na cláusula de não indenizar, esteja na prestação contratual propriamente dita, v.g., a obrigação de transportar, no contrato de transporte. A causa não pode ser esta, porque a cláusula exonera o devedor precisamente das consequências da inexecução dessa obrigação. Ora, não se pode considerar causa senão o motivo por que o credor consente na exoneração, isto é, a vantagem, diversa da obrigação, em vista da qual o credor acha razoável aceitar a cláusula.” (*Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 59-60).

<sup>157</sup> 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.

<sup>158</sup> “As ideias de equilíbrio, equidade e proporcionalidade formam uma complexa tríade no direito dos contratos contemporâneo, aproximando o jurista da reflexão filosófica, que desde sempre elegeu a justiça como um dos seus problemas centrais.” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157).

Aqui já é possível estabelecer que em caso de grave e injusto desequilíbrio entre o benefício do contratante ao aceitar a mitigação do dever de indenizar os danos que eventualmente vier a sofrer e os riscos por ele assumidos, não nos parece que a cláusula de indenizar deva ser considerada eficaz.

Sabemos que a aferição deste benefício, na prática, é uma tarefa difícil. Em verdade, uma das maiores dificuldades da teoria geral dos contratos é determinar o equilíbrio entre as prestações e, como consequência, a justiça contratual<sup>159</sup>. Por isso, Claus-Wilhelm Canaris sustenta que não se deve “exigir-se que os resultados justos sejam assegurados, mas contentar-se com a consequência de que as injustiças graves sejam evitadas.”<sup>160</sup>

Nesse caminho, importantes as lições de Karl Larenz, para quem a justiça substancial objetiva pode ser analisada de duas formas: pela equivalência entre prestação e contraprestação e por meio da distribuição justa de ônus e riscos<sup>161</sup>.

Na cláusula de não indenizar, o risco assumido por um dos contratantes é não ser ou ser parcialmente indenizado caso a contraparte lhe gere danos. Em contrapartida, certamente aquele que aceitou uma disposição nesse sentido é favorecido de alguma forma, mais comumente com um desconto no valor do negócio celebrado.

Sendo assim, há que se observar um equilíbrio entre os riscos assumidos e o benefício obtido em contrapartida. Obviamente que este não deve ser o valor dos danos que foram exonerados ou limitados, de forma a ser uma equação perfeita. Contudo, certamente não se pode tutelar uma cláusula que esconda riscos muito superiores ao que originalmente são transferidos e que, uma vez concretizados, torna o contrato desequilibrado e injusto sob qualquer ponto de vista<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> “Se a justiça costuma ser representada pela balança de braços equilibrados, a justiça contratual traduz precisamente a ideia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação obrigacional.” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 215).

<sup>160</sup> A liberdade e a justiça contratual na ‘sociedade de direito privado’. In MONTEIRO, António Pinto (coord.). *Contratos: actualidade e evolução/actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 58.

<sup>161</sup> LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 60.

<sup>162</sup> Um exemplo ajudará na explicação. Imagine-se que uma empresa fabricante de turbinas de aviões venda dois exemplares para produtora de aviões, que, por sua vez, os comercializa a uma companhia aérea para voos domésticos em um país contrário ao uso de energia nuclear. O contrato estipula que a produtora de aviões terá direito de regresso contra a fabricante de turbinas caso venha a ser cobrado pela companhia de aviação ou seus consumidores, mas que o dever de indenizar da fabricante de turbinas será limitado a R\$ 1 milhão, valor hipoteticamente razoável e recorrente para cobrir indenizações decorrentes de uma eventual queda da aeronave por vício nas turbinas fornecidas. Um dia as turbinas apresentam vício e o avião cai sobre uma usina nuclear,

Aplicam-se, aqui, as lições de Fernando Noronha, que, preocupado com a liberdade dos contratantes, parte da presunção de que, em um contrato paritário, caso as partes tenham a possibilidade de estabelecer os benefícios e encargos, isto é, garantida a justiça formal<sup>163</sup>, a relação contratual é justa. No entanto, tal presunção se rompe “quando, ainda que tais condições [de justiça formal] estejam presentes, outros fatores gerem gritante desproporção entre prestação e contraprestação (como acontece quando vem a ser destruída a relação de equivalência em que as partes haviam fundado o seu negócio).”<sup>164</sup>

A incidência do princípio da proporcionalidade aos contratos aponta para mesma direção. Como salienta Pietro Perlingieri, “il principio di proporzionalità vige nel senso non di imporre una equivalenza delle prestazioni, ma di vietare una sproporzione macroscopica e ingiustificata tra queste. Il principio finisce con il valere al fine di evitare eventual sproporzioni eccessive.”<sup>165</sup>

Roberto Rosas sustenta que o princípio da proporcionalidade pode ser traduzido como a proibição do excesso contratual<sup>166</sup>, tornando-o adequado para coibir que um dano excessivo, fora de qualquer previsibilidade e normalidade para aquela relação, possa deixar de ser (integralmente) reparado por incidência da cláusula de não indenizar<sup>167</sup>. Nesses tipos de casos,

---

construída no país que era declaradamente contrário ao uso de energia nuclear, gerando um acidente que afeta todos os habitantes da cidade onde a usina se localiza. Certamente, o dano será incomensuravelmente superior a R\$ 1 milhão. Nesse caso, em que as partes conseguem razoavelmente prever o valor que um inadimplemento poderia gerar a outra, mas na prática esse valor se mostra muito superior e desequilibrado, entendemos que a cláusula de não indenizar não produzirá efeitos, por violar os princípios do equilíbrio, da proporcionalidade e da justiça contratual.

<sup>163</sup> “a justiça formal tem por única preocupação assegurar às partes igualdade no processo de contratação” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 220).

<sup>164</sup> *Ibidem*, pp. 225-226.

<sup>165</sup> PERLINGIERI, Pietro. Equilíbrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 12 (outubro/dezembro 2002). Rio de Janeiro: Padma, pp. 143-144. Tradução livre: O princípio da proporcionalidade vigora no sentido não de impor uma equivalência das prestações, mas de proibir uma desproporção macroscópica e injustificada entre elas. O princípio encerra a aplicação a fim de evitar eventual desproporção excessiva.

<sup>166</sup> ROSAS, Roberto. Razoabilidade e proporcionalidade no Código Civil de 2002. In: ARRUDA ALVIM, Jose Manuel de; CÊSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coords.) *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 557.

<sup>167</sup> Como já apontado acima, José de Aguiar Dias destaca a necessidade de a cláusula respeitar a proporcionalidade, ou razoabilidade, sob pena de nulidade do ajuste: “As cláusulas limitativas são de uso frequente nos transportes. Consistem, comumente, na fixação, à forfait, de soma determinada, para constituir a indenização, em caso de perda, extravio, avaria ou atraso. Apesar da aceitação que lograram na doutrina e na jurisprudência, não temos dúvida em sustentar a sua nulidade, quando a soma arbitrariamente fixada resulte em verdadeira lesão para o credor, principalmente quando se trate de transporte, cujo contrato geralmente é de natureza a excluir a liberdade de discussão por parte do interessado

há que se analisar a finalidade econômico-social do negócio jurídico para verificar se a exoneração ou limitação do dever de indenizar deve atingir determinado dano, fazendo com que o contrato mantenha sua relação de equilíbrio e equivalência.

Em síntese, portanto, há que se afastar a possibilidade de a cláusula de não indenizar gerar um resultado manifestamente desequilibrado e injusto, porque muito distante do que era sequer possível prever de acordo com os critérios de normalidade daquela relação concreta, ocasionando a não reparação integral de um dano bastante superior ao que objetiva e razoavelmente se projetava como decorrente do inadimplemento. Afinal, como observa Anderson Schreiber, “[o] reequilíbrio de um contrato flagrantemente injusto é, mais que um remédio civilístico, um imperativo constitucional, decorrente da solidariedade constitucional (art. 3º, I), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) e da igualdade substancial (art. 3º, III e IV), na sua direta incidência sobre o direito contratual.”<sup>168</sup>

Na distribuição dos riscos assumidos pelas partes, como é o risco de não ser ou ser parcialmente indenizado, as circunstâncias objetivas que levaram à celebração do contrato são ainda mais importantes, já que os novos acontecimentos podem trazer riscos que fugiam à capacidade de previsão pelas partes, especialmente daquela que anuiu com a cláusula de não indenizar, quebrando a base objetiva do negócio jurídico<sup>169</sup>.

Karl Larenz especifica que a alteração das circunstâncias pode afetar justamente as projeções dos contratantes acerca da divisão dos riscos contratuais:

Se posteriormente ocorre uma transformação fundamental das circunstâncias, possibilidade em que não haviam pensado as partes contratantes e que de nenhum modo haviam levado em consideração ao ponderar seus interesses e ao distribuir os riscos, pode ocorrer que o contrato, executado nas mesmas condições, perca por completo seu sentido originário e tenha consequências totalmente distintas das que as partes haviam projetado ou deveriam razoavelmente projetar. É este o velho problema da cláusula *rebus sic stantibus*, da consideração das circunstâncias transformadas, das quais se originam as hipóteses em que uma relação contratual

---

no serviço. Tudo está, como insistentemente mostramos, a propósito da cláusula de irresponsabilidade, na verificação das condições de validade dos contratos em geral. Faltando-lhe requisito exigido pela seriedade ou razoabilidade, a conversão é nula. Quando a cláusula limitativa é voluntariamente calculada em soma sistematicamente inferior ao dano eventual, dissimula fraude e deve ser considerada nula.” (DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: chamada cláusula de irresponsabilidade. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 129).

<sup>168</sup> SCHREIBER, Anderson. O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão. In *Direito civil e constituição*. São Paulo: atlas, 2013, p. 132.

<sup>169</sup> Segundo Larenz, a base objetiva são o “conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe devidamente o contrato, sabendo ou não os contratantes, pois, não sendo assim, não se alcançaria o fim do contrato” (LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento do Contrato*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956).

existente é afetada por uma variação imprevista das circunstâncias com tal intensidade que sua ulterior manutenção não está justificada apesar do princípio, tão importante, de fidelidade ao contrato.<sup>170</sup>

Assim, caso após a conclusão do contrato ocorram modificações capazes de alterar as circunstâncias objetivamente consideradas ou possíveis de serem consideradas pelos contratantes quando da avaliação dos seus interesses e da distribuição dos riscos contratuais, como um dano de magnitude impossível de ser previsto, fazendo com que o pacto perca seu sentido originário e acarrete consequências substancialmente diversas das possíveis de serem antecipadas pelos contratantes, não se pode permitir, em nome da segurança jurídica e da força contratual, a preservação de uma situação manifestamente injusta e desequilibrada.

Frise-se, contudo, que apenas a alteração das circunstâncias que gerem riscos extraordinários e imprevisíveis são capazes de alterar o equilíbrio contratual. Nesse sentido, o próprio Larenz explica que não são quaisquer circunstâncias as integrantes da base objetiva do contrato, excluindo-se, aquelas inerentes ao risco assumido no contrato<sup>171</sup>.

Por isso, entendemos que a cláusula de não indenizar não terá eficácia quando o dever de indenizar sobre o qual ela incidiria se refira a um dano manifestamente desproporcional ou completamente anormal se comparado ao que objetivamente foi previsto pelas partes no momento da sua conclusão, gerando um contrato injusto e excessivamente desproporcional.

A questão passa a ser analisar em que medida os riscos contratuais podem ser transferidos entre os contratantes, o que será tratado no próximo capítulo.

---

<sup>170</sup> LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento do Contrato*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 91.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 159.

## 2 A CLÁUSULA QUE EXONERA OU LIMITA O DEVER DE INDENIZAR COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE RISCO

O contexto de globalização que surgiu na segunda metade do século passado trouxe a ampliação do mercado de bens e serviços a níveis ainda não vistos, o que, por sua vez, levou à atualização do contrato, incluindo ao tradicionalmente acordo de vontades<sup>172</sup> também o atendimento às necessidades globais, especialmente dos setores comercial, de produção e financeiro, que formalizam operações com valores vultosos e que envolvem riscos elevados.

Com a alteração da realidade socioeconômica, responsável por ditar o conteúdo e até mesmo o conceito dos contratos celebrados diariamente na sociedade<sup>173</sup>, torna-se necessário analisar quais os componentes contratuais que estão sendo objeto de preocupação e consideração pelos agentes econômicos ao contratar. É importante atentar para a operação econômica responsável pelo conteúdo material do contrato, como ressalta Enzo Roppo:

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediadamente – para ideia de operação econômica.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> “Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que *o contrato é um acordo e vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir; conservar; modificar ou extinguir direitos*. Dizendo mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico, pode definir contrato como o ‘acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos’”. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, v. III, 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 7.)

<sup>173</sup> “Mas como acontece com todos os conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considera-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autônoma, dotada de autônoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre eles, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito de contrato do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade econômico-social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de ‘contrato’ (o qual, nesta sequência, já se não não afigura identificável com um conceito pura e exclusivamente jurídico)” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 7-8).

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 8. Mais tarde, esclarece o autor que o contrato serve de instrumento para a operação econômica: “Mas se isto é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual, representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior” (*Ibidem*, p. 9).

Assim, ganha relevância analisar um dos elementos mais importante no contexto contratual atualmente: a repartição dos riscos entre as partes. Afinal, com o princípio da reparação integral presente no ordenamento jurídico, o risco de uma parte gerar danos a outra e ter que indenizá-lo tornou-se objeto de grande preocupação aos contratantes, especialmente por, às vezes, fugir da capacidade de previsão das partes a dimensão dos danos que podem ser causados.

## 2.1 O risco contratual

A cláusula de não indenizar, como o próprio nome indica, atua sobre o dever de indenizar decorrente da prática (ou da omissão) de um ato que gerou dano a outro contratante<sup>175</sup>. Normalmente, quando se fala em risco na abordagem da responsabilidade civil, remete-se à responsabilidade objetiva, que, pela amplitude do tema, não será objeto deste estudo. Neste momento, basta realçar que não é a atividade ser considerada de risco que faz nascer o dever de indenizar, mas sim o dano decorrente do exercício desta atividade<sup>176</sup> ou de outra que não envolva um risco a ela inerente.

O termo risco possui vários e diferentes acepções. Niklas Luhmann apresentou relevante definição do ponto de vista sociológico. Em síntese, risco seria toda possibilidade de

---

<sup>175</sup> Discorrendo a respeito dos deveres jurídicos originários e sucessivos, San Tiago Dantas explica que “em toda relação jurídica, que se pode denominar obrigação, existem dois vínculos jurídicos, intimamente associados. O vigor desses 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 do credor e outro assume a posição de devedor, nasce, imediatamente, m 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 [...]. Mas eis que este débito não é cumprido e verifica-se a lesão do direito pelo inadimplemento da obrigação, que ocorre então? Nasce um segundo vínculo, que tem como titular o mesmo credor e que, agora, se estabelece não em relação a um certo ato do devedor, mas em relação ao seu patrimônio. O credor, agora, fica armado do direito de entrar no patrimônio do devedor para buscar os bens necessários à satisfação do seu crédito.” (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. V. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, pp. 21-22).

<sup>176</sup> “Pondere-se, por derradeiro, que o risco, por si só, ainda que inerente, não basta para gerar a obrigação de indenizar, porque risco é perigo, é mera probabilidade de dano. Ninguém viola dever jurídico simplesmente porque exerce uma atividade perigosa, mormente quando socialmente admitida e necessária. Milhões fazem isso sem terem que responder por alguma coisa perante a ordem jurídica. A responsabilidade surge quando o exercício da atividade perigosa causa dano a outrem.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 174).



lesão a interesses causado pela atividade humana, enquanto que perigo seria a possibilidade de dano por eventos naturais<sup>177</sup>. De acordo com o autor, consentir que carros e ônibus circulem na rua seria um risco, por exemplo; já a erupção vulcânica seria um perigo. Com o contexto de globalização atual e mais variadas atividades humanas, os riscos tornaram-se de suma importância e de dimensão internacional, como pode se verificar por um eventual impacto causado por problemas ambientais decorrentes de má condutas humanas ao manusear a extração de petróleo ou riscos ligados a organismos transgênicos.

Juridicamente, o risco não é visto de forma muito diferente. Apesar de sua polissemia, a incerteza é elemento comum nas definições de risco. Segundo Giovanni di Giandomenico, o risco jurídico está relacionado à possibilidade de mudança fática na situação subjetiva de um dos contratantes, o que torna possível verificar sua incidência em duas hipóteses: na responsabilidade objetiva, na qual o mero exercício de determinada atividade atrai o risco para uma das partes na relação jurídica; e quando determinado evento gera dano a um dos contratantes<sup>178</sup>. Já o risco econômico seria a possibilidade de variação econômica, positiva ou negativa, do patrimônio de alguém<sup>179</sup>.

Na *common law*, a noção de risco está mais associada à atividade econômica e ao lucro. Anthony Kronman e Richard Posner definem risco como incerteza quanto a custos, perdas ou prejuízos em uma operação comercial<sup>180</sup>. Outro entendimento inclui o tempo como um fator importante, apontando risco e tempo como lados da mesma moeda<sup>181</sup>. Isso porque agentes econômicos devem lidar com a incerteza, isto é, com o risco, em determinado período de tempo para tomar decisões. Mas é a respeito da possibilidade de avaliação objetiva e certa do risco que a doutrina norte americana se divide, especialmente sobre a avaliação do risco envolver um julgamento nem sempre objetivo, fugindo de critérios unicamente matemáticos<sup>182</sup>.

---

<sup>177</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos*. Berlin e New York: De Gruyter, 1991.

<sup>178</sup> DI GIANDOMENICO, Giovanni. I contratti speciali. I contratti aleatori. In: *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, v. XIV. Torino: G. Giappichulli Editore, 2005, p. 48, *apud* BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 8.

<sup>179</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>180</sup> KRONMAN, Anthony T.; POSNER, Richard A. *The economics of contract law*. Boston: Little Brown, 1979, p. 26.

<sup>181</sup> BERNSTEIN, Peter L. Against the gods, the remarkable story of risks. New York: John Wiley & Sons, 1196, p. 14, *apud* FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

A possibilidade de avaliação precisa do risco é polêmica. Aldo Boselli afirma que a diferença entre os riscos não é qualitativa e sim quantitativa, sendo possível afirmar que os riscos remetem à variação negativa do patrimônio. De acordo com essa teoria, o risco seria definido como a probabilidade de ocorrer um dano, ou seja, como um fenômeno econômico. Nesse sentido, o risco seria equiparado a uma forma de dano, o dano potencial, traduzido na diminuição do patrimônio que a parte pode vir a sofrer em decorrência da existência de algum evento. Como consequência, o risco guardaria relação entre a quantidade de patrimônio exposta e a chance de ocorrer o evento que enseja a diminuição patrimonial, sendo, assim, possível sua exata quantificação.<sup>183</sup>

Enzo Roppo também analisa o risco sob o ponto de vista econômico e jurídico. O risco econômico seria o relacionado ao custo ou à utilidade da prestação, pelo que, entende o autor, cada contrato possui um grau de risco econômico, já que pode ter a parcela majorada ao que anteriormente previsto e o objeto da prestação pode não apresentar a utilidade esperada. Já o risco jurídico atinge a prestação de forma diferente e se encontra presente quando algum evento é responsável pela existência da prestação em si e para si<sup>184</sup>.

Fato é que qualquer obrigação sujeita-se, basicamente, ao risco de ser definitivamente não cumprida ou de ser parcialmente cumprida<sup>185</sup>. Este, nos parece, é o risco mais nítido da

<sup>182</sup> “Temos, assim, duas teorias a respeito do risco: a teoria objetiva, ou do risco real, tal como proposto pela Royal Society, e a teoria do risco subjetivo, ou seja, aquele percebido pelo sujeito de modo empírico e impreciso. Nesse último caso, o risco é entendido como uma construção cultural e que não pode ser reduzido a números, até porque há, no atual estágio do desenvolvimento científico alguns limites para o cálculo de todas as infinitas possibilidades que a realidade apresenta. Em outras palavras, somado a qualquer elemento objetivo, temos de acrescentar o chamado livre-arbítrio, o qual impõe certo caráter de irracionalidade, quando, mesmo advertidos, preferimos exercer uma liberdade que nos pode ferir.  
[...]

Diante desse fato e do reconhecimento de que os agentes podem ser neutros, avessos ou apreciadores dos riscos, a questão retorna aos critérios de sua mensuração, tomando-se também o seu aspecto subjetivo. A sua medida é, então, afetada pela maneira como as pessoas reagem em face de eventos adversos semelhantes. Há, portanto, nesse processo, um julgamento” (FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47).

<sup>183</sup> BOSELLI, Aldo. Alea. In: *Novissimo digesto italiano*, v. VI. Torino: UTET, 3. ed. 1957, p. 470.

<sup>184</sup> ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, pp. 443-444.

<sup>185</sup> A terminologia utilizada para o descumprimento contratual varia na doutrina. No entanto, pode-se afirmar que o inadimplemento absoluto é aquele contrário ao adimplemento, isto é, um definitivo incumprimento da obrigação por parte do devedor. Entre o inadimplemento absoluto e o adimplemento, encontra-se o inadimplemento relativo, ou mora, que ocorre quando a prestação não é cumprida no tempo, lugar ou forma devidos (art. 394 CC), mas ela ainda é útil ao credor e possível de ser adimplida pelo devedor. Há autores que ainda incluem a violação positiva do contrato como uma terceira espécie do gênero inadimplemento, o que depende do entendimento que se dê à mora. Para maiores informações, v. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

relação obrigacional ou contratual<sup>186</sup>. Mesmo nas obrigações de dar coisa certa que já existia quando da celebração do contrato há esse risco. Afinal, de acordo com a primeira parte do art. 234 do Código Civil<sup>187</sup>, a perda não culposa do objeto acarreta a resolução da obrigação. Neste caso, a divisão de riscos entre contratante e contratado se baseia no brocardo *res perit domino*<sup>188</sup>.

Nesse sentido, Guido Alpa sustenta que o risco contratual abrange dois grupos de risco, quais sejam, o risco do inadimplemento, quando uma das obrigações não é cumprida em decorrência da culpa do contratante, por fato caso fortuito, fato de terceiro ou fato do príncipe, e o risco de diminuição da satisfação econômica do negócio pela existência, anterior ou superveniente, de acontecimentos, ainda que imprevisíveis, que mesmo não representando tecnicamente inadimplência, geram uma desordem no negócio jurídico sob o ponto de vista econômico<sup>189</sup>.

A incerteza do risco contratual, ainda segundo Guido Alpa, pode dizer respeito a qualquer tipo de negócio, incluindo os de execução diferida ou instantânea, e pode incidir sobre os aspectos objetivo e subjetivo. Basicamente, a incerteza decorre do receio e de previsões pessoais, de circunstâncias ignoradas por credor e devedor a respeito da obrigação, circunstâncias estas anteriores ou posteriores ao negócio. O autor menciona, ademais, a

---

<sup>186</sup> Patrick Atiyah afirma que a simples contratação já é um fator e alocação de riscos:

“it may be said that contracts and promises are essentially risk-allocation devices, like simple bets. [...] The second ground for maintaining the binding force of an executory contract is, as I have suggested, that such a contract is essentially a way of allocating a risk, or perhaps of transferring a risk from one party to another in advance.” (ATIYAH, P.S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979, pp. 3-5). Tradução livre:

“pode ser dito que contratos e promessas são essencialmente dispositivos de alocação de riscos, como simples apostas. O segundo argumento para manter a força vinculante de um contrato ainda não adimplido é, como sugeri, que esse contrato é essencialmente uma forma de alocar riscos, ou talvez de transferir riscos de uma parte para outra com antecedência.

<sup>187</sup> Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

<sup>188</sup> “Na hipótese da perda da coisa, preocupa-se o legislador em definir quem arca com o prejuízo gerado. A respeito para a questão varia conforme o momento em que se dê a perda. Se ocorre após a transferência da propriedade, quando já integrada ao patrimônio do credor, a obrigação foi cumprida e nada mais se pode imputar ao devedor. É o credor, proprietário do bem, que, tendo a coisa em sua esfera de atuação, tem igualmente a possibilidade de protegê-la, de modo que a ele se atribui o ônus de suportar os riscos da perda da coisa, conforme o adágio latino *res perit domino*. Exceção a esta regra ocorre quando o credor logra demonstrar que, embora a coisa tenha se perdido sob o seu domínio, a perda decorre de vício que já existia no momento da transferência, hipótese em que se aplica a disciplina dos vícios redibitórios, respondendo o devedor pelos prejuízos decorrentes da perda (arts. 441-446 do Código Civil).” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações*: artigos 233 a 420, volume IV; coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 41).

<sup>189</sup> ALPA, Guido. Rischio. In *Enciclopedia del diritto*, v. XL. Milano: Giuffrè, 1989, p. 1146.

importância do sujeito sobre o qual recai o risco, destacando-se que nem sempre a parte que assume o risco mediante critérios econômicos é a que suporta o risco de acordo com critérios jurídicos<sup>190</sup>.

Sendo um trabalho das partes estabelecer a divisão dos riscos contratuais, sua noção aproxima-se do conceito de equilíbrio, de forma que o negócio em concreto não viole tal princípio<sup>191</sup> e sirva para alocar em uma das partes riscos excessivos sem a devida contraprestação. Na verdade, a repartição dos riscos não é estabelecida apenas por meio das cláusulas contratuais, como também pelo tipo contratual eleito para governar a relação, pela definição da causa em concreto e pela qualidade das partes<sup>192</sup>. Exemplificando, poderia ser mais justo impor risco maior ao empresário do que ao indivíduo sem qualquer conhecimento de determinado setor<sup>193</sup>. Guido Alpa, nesse sentido, cita exatamente a cláusula de não indenizar como exemplo de técnica de alocação de riscos<sup>194</sup>.

O Código Civil não apresenta um princípio geral a respeito da divisão dos riscos. Cada tipo contratual possui previamente estabelecido uma forma diferente de repartir os riscos entre as partes. A compra e venda, por exemplo, de acordo com o art. 492 do Código Civil,<sup>195</sup> tem como premissa a lógica do *res perit domino*<sup>196</sup>. Contudo, na compra e venda de bens futuros, que podem nem vir a existir, inverte-se essa lógica, já que mesmo se os bens não existirem o preço será devido se o contrato for aleatório. Ou seja, o risco fica todo a cargo do comprador e não do vendedor, como em regra ocorre nos contratos comutativos.

O risco contratual, é possível afirmar, está relacionado à incerteza quanto ao adimplemento ou não da obrigação, ainda que parcialmente. E, conforme pode ser extraído do

---

<sup>190</sup> Ibidem, pp. 1146-1147.

<sup>191</sup> BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 2-4.

<sup>192</sup> DEFFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 33. No mesmo sentido, ALPA, Guido. Rischio. In *Enciclopedia del diritto*, v. XL. Milano: Giuffrè, 1989, p. 1150.

<sup>193</sup> BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 2-4.

<sup>194</sup> ALPA, Guido. Rischio. In *Enciclopedia del diritto*, v. XL. Milano: Giuffrè, 1989, p. 1147.

<sup>195</sup> Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

<sup>196</sup> Ao comentar esse dispositivo, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et al* ressaltam, justamente, que “o dispositivo decorre da conjugação de duas regras básicas: *res perit domino* (“a coisa perece para o dono”) e efeito meramente obrigacional da venda” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, *et. al. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 153).

art. 389 do Código Civil<sup>197</sup> e destaca Judith Martins Costa, conquanto não seja o único, o dever de reparar o prejuízo causado é o efeito principal do inadimplemento imputável<sup>198</sup>.

Diz-se inadimplemento imputável porque a obrigação de indenizar surgirá quando o não cumprimento por parte do devedor decorrer de culpa *lato sensu* (imputação subjetiva) ou quando este tenha assumido um risco decorrente do exercício de determinada atividade (imputação objetiva). Quando o não cumprimento da obrigação não puder ser imputável ao devedor, não se tratará de inadimplemento, mas sim de extinção da obrigação, com retorno das partes ao *status quo*<sup>199</sup>.

Atuando a cláusula de não indenizar justamente sobre o principal efeito do inadimplemento contratual, há que se perquirir qual a sua função no ordenamento jurídico, de modo a verificar se ela ultrapassa o juízo de merecimento de tutela que deve ser respeitado por toda e qualquer disposição contratual.

## 2.2. A função da cláusula de não indenizar no direito brasileiro

No primeiro capítulo deste trabalho procurou-se analisar os aspectos estruturais da cláusula de não indenizar, apresentando seu conceito, objeto, efeitos e requisitos de validade. No entanto, é sabido que os institutos jurídicos devem ser examinados não apenas do ponto de vista estrutural, mas principalmente do funcional<sup>200</sup>, de forma a esclarecer a razão de sua existência e a forma de sua melhor aplicação.

Pietro Perlingieri apresenta dois diferentes aspectos nas situações jurídicas subjetivas, que não devem ser confundidos: o estrutural (como é), que identifica a estruturação de poderes e deveres do seu titular, e o funcional (a que serve), que aponta o fim a que se destina

---

<sup>197</sup> Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

<sup>198</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, v. V, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 140-141.

<sup>199</sup> Conforme ressalta Mario Julio de Almeida Costa, somente no caso de incumprimento imputável ao devedor existe um verdadeiro e característico não cumprimento. COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 966.

<sup>200</sup> Destacando essa realidade, v. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri, SP: Manole, 2007.

a situação jurídica em concreto<sup>201</sup>. O aspecto funcional é particularmente importante para a qualificação da situação, isto é, para a determinação da sua função no âmbito das relações concretas<sup>202</sup>.

Como consequência, leciona Gustavo Tepedino, os poderes atribuídos ao titular do direito subjetivo serão definidos de acordo com a função desempenhada por cada situação jurídica. Na verdade, a funcionalização das estruturas jurídicas guarda relação próxima com a função social<sup>203</sup>. Os legítimos interesses individuais dos titulares só merecerão tutela na medida em que representarem interesses socialmente relevantes. “Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos).”<sup>204</sup>

Seguindo esse raciocínio, há que se ultrapassar o exame apenas estrutural da cláusula de não indenizar para igualmente perquirir sua finalidade, isto é, encontrar sua função no ordenamento para que, também a partir daí, sejam estabelecidos os seus limites e, sobretudo,

---

<sup>201</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 6 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 59-61. Tal preocupação foi ressaltada pelo autor em outra oportunidade:

“Estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno do fato. O *como é?* evidencia a estrutura, o *para quê serve?* evidencia a função. Como para o fato, também para a relação [...] é possível identificar um perfil estrutural e um funcional. Estrutura e função da relação e estrutura e função do fato não devem ser confundidas, ainda que se deva observar que a correlação entre o fato e a relação, no procedimento de individuação da disciplina do caso concreto, imponha a consideração global dos dois perfis.” (Pietro Perlingieri. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 94).

<sup>202</sup> “hoje o perfil funcional é o mais relevante nessa distinção, pois utiliza o recorte fático para refletir sobre a específica função daquela situação no ordenamento jurídico, com todas circunstâncias que o caso determina, através de um profícuo diálogo entre a norma e a realidade, de modo que este é o ponto de partida para a qualificação da situação jurídica subjetiva. A ideia fundamental é que a função pode acompanhar as mudanças da sociedade, sendo portanto, um conceito contextual e socialmente construído.

Funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, qual seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva não apenas individual, mas também solidarista e relacional. Por isso, descobrir sua função é mais importante do que investigar seus aspectos estruturais: ‘a concepção de função de um instituto, além de remeter a seus efeitos, liga-se, também, à finalidade daquele instituto: enquanto a estrutura reflete o instituto ‘como é’, a função indica ‘para que serve’. Não se trata de abandonar o exame da estrutura, mas de ultrapassar essa etapa no processo hermenêutico.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: *Diálogos sobre direito civil*, volume III. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 06-07).

<sup>203</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 400.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 401.

para que se faça o juízo de merecimento de tutela<sup>205</sup> a respeito do ajuste de acordo com os interesses concretos de determinado caso.

Sendo o exercício da autonomia privada a base para inserção da cláusula de não indenizar nos contratos, relevantes as lições de Gustavo Tepedino e Pietro Perlingieri, que afirmam, respectivamente, que “a autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional.”<sup>206</sup> e que “os atos de autonomia têm um denominador comum na necessidade de serem direcionados a realizar interesses e funções merecedores de tutela e socialmente úteis; e na utilidade social há sempre a exigência de que atos e atividades não estejam em contraste com a segurança, a liberdade, a dignidade humana”.<sup>207</sup>

Quando as partes negociam um determinado contrato, é intuitiva a tentativa de contingenciar os riscos contratuais a que se sujeitam naquela operação. Na medida do possível, os contratantes tentam alocar os riscos conforme seus interesses, estabelecendo, de acordo com as suas previsões, o que cada uma deve suportar e em qual medida.

Como visto acima, um dos principais aspectos do risco contratual é a possibilidade de a obrigação não ser cumprida ou não ser adequadamente cumprida. E considerando que o inadimplemento imputável que causa dano a outra parte tem como efeito criar o dever de repará-lo, pode-se afirmar que o pagamento de eventual indenização é um dos riscos que as partes tentam calcular ao estabelecer seu preço e contratar. Afinal, caso a prestação falhe ou não atenda ao contratante naquilo que foi determinado, o inadimplente muito provavelmente terá que reparar os danos que ensejou. O risco de ter que arcar com esse custo é colocado pelo agente no momento da contratação.

Em outros termos, embutido no preço encontra-se não apenas o valor do produto e de outros custos de produção, tais como o valor do aluguel do estabelecimento, salários de empregados e tributos incidentes sobre a operação, como também a sua previsão de reparação daquele que eventualmente venha a ser prejudicado pela sua atividade.

---

<sup>205</sup> “Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela (*meritevole*).” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 92).

<sup>206</sup> Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 311.

<sup>207</sup> *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 348.

Afinal, a busca pela redução matemática do risco em um contrato não se dá apenas com a adoção de medidas visando ao controle de qualidade do serviço ou produto negociado, como também com a possibilidade de eventual indenização a ser paga em decorrência de algum problema ser limitada a determinado patamar, afastando a incerteza de ter que indenizar integralmente um dano cuja dimensão sequer é conhecida.

Esse expediente confere aos contratantes maior previsibilidade dos riscos dos negócios que realizam, tornando as operações mais racionais do ponto de vista empresarial. Quando um dos contratantes assume o risco de que eventuais danos por ele experimentados não sejam integralmente reparados, a outra parte terá certeza de que não precisará arcar com a indenização desses danos, salvo se tiver atuado com dolo, se o ajuste contrariar a ordem pública ou se os danos ocorridos forem excessiva e manifestamente desproporcionais ao pactuado pelas partes<sup>208 209</sup>.

Em suma, a cláusula de não indenizar significa para o agente econômico a certeza de que se agir com a diligência esperada não terá, ou terá parcialmente, que suportar futura indenização à outra parte, ainda que o dano tenha originado de inadimplemento seu.

Economicamente<sup>210</sup>, portanto, a exoneração ou limitação do dever de indenizar realiza uma adaptação na divisão de riscos diversa da que ocorre normalmente, por fixação legal, como destaca José de Aguiar Dias:

Ora a cláusula de irresponsabilidade é, principalmente, uma transposição de riscos. O que de mais característico nela se encontra é exatamente a transação sobre o risco. Parece-nos que os autores têm esquecido esse aspecto no momento em que ele mais deve ser lembrado. Efetivamente, é no exame da validade da cláusula de irresponsabilidade que mais oportunamente se pode recordar que ela é a aceitação,

---

<sup>208</sup> Vide itens 1.3 e 1.4 *supra*.

<sup>209</sup> Tal aspecto foi mencionado por Fabio Henrique Peres ao tratar das cláusulas contratuais que exoneram ou limitam o dever de indenizar: “Visam, assim, garantir uma maior segurança, tanto negocial quanto jurídica, aos sujeitos de determinada relação, distribuindo entre as partes os possíveis encargos decorrentes de eventuais danos. Permite, inclusive, a realização de cálculos matemáticos e projeções no sentido de quantificar os riscos financeiros envolvidos em determinada situação preestabelecida, cuja previsibilidade anterior muitas vezes pode ser determinante na decisão empresarial. Dessa forma, ao estabelecer regras de redistribuição, na forma pretendida pelas partes, dos eventuais prejuízos materiais decorrentes de determinada relação preestabelecida, as cláusulas de não-indenizar podem servir de verdadeiro instrumento de fomento da economia, viabilizando a atividade produtiva.” (PERES, Fabio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 44).

<sup>210</sup> A preocupação econômica sempre foi objeto de cada vez maior uso da cláusula de não indenizar, como reconhece Ana Prata: “O desenvolvimento econômico determinou (...) que os empresários procurassem este instrumento de auto-proteção que era a exclusão da sua responsabilidade pelos danos causados no exercício de atividades, cujos meios técnicos eram incipientes e que os homens controlavam com dificuldade.” (PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina 2005, pp. 23-24).



pela parte a que normalmente o risco contratual não prejudica, de uma inversão de papéis, mediante a qual esse risco passa a seu cargo, deixando de ser, como de regra, percalço do outro contratante.

[...]

A cláusula é a aceitação do prejuízo. Não há explicação capaz de diferenciá-la do consentimento à ausência de reparação. E a aceitação do prejuízo é aceitação de risco, no sentido de álea ou eventualidade contratual, pois pode deixar de ocorrer.<sup>211</sup>

Nessa toada, entendemos que a função primordial<sup>212</sup> da cláusula que exonera ou limita o dever de indenizar é alterar a repartição geral dos riscos contratuais previamente estabelecida pelo legislador, qual seja, de que aquele que, em decorrência de seu inadimplemento, absoluto ou relativo, causa dano ao outro contratante deve repará-lo em sua integralidade. O ajuste, ao fim do dia, é uma forma de transigir a respeito dos riscos envolvidos no contrato. A cláusula, diga-se, não afasta ou mitiga o risco do inadimplemento, mas sim da consequência do inadimplemento, isto é, da necessidade de reparar os danos decorrentes do inadimplemento contratual.

Mesmo sem mencionar esse aspecto funcional, Enzo Roppo também relaciona a exoneração ou limitação contratual do dever de indenizar à repartição dos riscos:

O problema que ora se põe é o de individualizar quais as hipóteses em que existe responsabilidade por não cumprimento contratual, quais as condições, cuja verificação permite dizer que a parte que não cumpriu regularmente a prestação devida pelo contrato é, por isso, obrigada a indenizar os danos sofridos pela contraparte. Tal problema é, tal como o que consiste em definir os pressupostos da resolução do contrato, um problema de repartição, entre os contratantes, do risco

---

<sup>211</sup> DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: chamada cláusula de irresponsabilidade. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980, pp. 105-106. Em sentido semelhante, Antônio Junqueira de Azevedo afirma que a cláusula de não indenizar “no fundo, constitui uma transação sobre os riscos” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability)*, ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. In: *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord). São Paulo: RT, 2011, v. 4, p. 28).

<sup>212</sup> Raquel de Moraes Laudanna destaca, como finalidade do ajuste, a garantia da segurança jurídica: “Portanto, diante das noções conceituais até o momento abordadas, nota-se que a finalidade da cláusula de não indenizar é garantir maior segurança, tanto negocial quanto jurídica, aos sujeitos de determinada relação, distribuindo entre as partes os possíveis encargos decorrentes de eventuais danos. Permitem, inclusive, a realização de cálculos matemáticos e projeções, no sentido de quantificar os riscos financeiros envolvidos em determinada situação preestabelecida, cuja previsibilidade anterior muitas vezes pode ser determinada na decisão empresarial. (LAUDANNA, Raquel de Moraes. *A Cláusula de Não Indenizar*. In: *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*, n. 09 jan./mar. 2011. São Paulo: Fiuza, pp. 194-195). No mesmo sentido, afirma Wanderley Fernandes que “as cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade exercem função muito importante, tal como as cláusulas penais, pois permitem às partes ter previsibilidade no tocante aos efeitos do eventual inadimplemento, seja ele absoluto ou caracterizado como mora” (FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 97-98).

conexo com os acontecimentos que surgem entre o momento da conclusão do contrato e o momento da sua execução. Mas trata-se aqui de um risco com conteúdo diverso: não já o risco que se exprime na alternativa entre extinguir ou manter o negócio, e, portanto, entre perder e manter o direito à contraprestação; mas ao invés, *o risco que se traduz no problema de saber se as perdas económicas que uma parte sofre por efeito da falhada realização do negócio, ou de uma realização imperfeita, devem ser definitivamente suportadas por esta parte, ou devem ser, antes, transferidas para a contraparte, a quem seja imputada a responsabilidade e, por isso, a obrigação de indemnização.*  
[...]

Também as regras que estabelecem se tal indemnização é devida ou não – as regras, exatamente sobre a responsabilidade por não cumprimento do contrato – operam uma repartição dos riscos entre os contraentes<sup>213</sup>

A questão, então, passa a ser os limites da disposição negocial dos riscos pelas partes, de maneira que tal transferência de riscos ultrapasse o juízo de merecimento de tutela.

### 2.3 Os limites à distribuição negocial do risco contratual

Verificada a possibilidade de as partes alterarem o regime legal de distribuição dos riscos, indaga-se até que ponto o exercício da autonomia privada poderia chegar ao repartir os riscos entre os contratantes.

A alocação dos riscos decorrentes do inadimplemento já foi previamente fixada em lei. Em cumprimento aos artigos 389 e 944 do Código Civil<sup>214</sup>, aquele que não cumpre, ou cumpre mal, sua obrigação e, com isso, gera dano a outra parte deve repará-lo integralmente<sup>215</sup>. Além disso, há hipóteses em que a própria lei veda a possibilidade desta regra ser mitigada, como nos fatos dos produtos e serviços na relação de consumo<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 272, grifos originais.

<sup>214</sup> Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

<sup>215</sup> De acordo com Ana Prata, em virtude da facilidade de absorção do dano pelo seu causador e pelo maior nível de conhecimento dos danos que o devedor possui, essa é a mais adequada e eficiente repartição de riscos na responsabilidade contratual:

“Impor ao devedor a responsabilidade pelo incumprimento conduz, pois, a uma organização empresarial mais perfeita, a um prevenir da produção ou prestação de bens ou serviços defeituosos, a um melhor aproveitamento dos recursos produtivos.

[...]

Na verdade, mesmo nos casos em que o dever de indenizar não pode ser alterado não há como afirmar que a dinâmica da repartição dos riscos jamais será modificada de acordo com os interesses dos contratantes. Considerando que as relações de consumo são de massa, os riscos podem ser alocados de outras maneiras, especialmente através do grande número de contratações a serem efetuadas. Ademais, ainda é possível verificar a técnica da repartição de riscos relacionados ao contrato por meio de outros instrumentos, como, por exemplo, a utilização de garantias reais, o uso de contratos aleatórios, a criação de sociedade subsidiária integral ou de propósito específico e a inserção da cláusula *solve et repete* no negócio jurídico.

A despeito da previsão legal sobre o dever de reparar integralmente os danos, há vários aspectos positivos na negociação entre as partes para alterar a dinâmica dos riscos contratuais assumidos por cada uma delas, destacando-se, além da cláusula de não indenizar, a possibilidade do uso do seguro de responsabilidade civil e maior previsibilidade na fixação do preço<sup>217</sup>.

Conclui-se, portanto, como faz Francesco Galgano, que “a repartição do risco pelo inadimplemento, assim prevista no Código Civil, pode dentro de certo limite ser modificada pela vontade das partes”<sup>218</sup>.

Tratando-se de direito patrimonial disponível, não vislumbramos impedimentos em os contratantes adequarem a repartição de riscos às suas conveniências e necessidades econômicas, notadamente numa negociação que envolva partes paritárias e anteceda a formalização de contratos com relevante grau de complexidade ou de grande vulto, como ocorre na maioria das vezes em que é prevista a cláusula de não indenizar.

---

De um ponto de vista de política legislativa, é defensável um regime de absoluta proibição das cláusulas exoneratórias ou limitativas da responsabilidade contratual, quando esta – como é a regra na generalidade dos ordenamentos – se funda na culpa do devedor ou de seus auxiliares.”

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 419-425.

<sup>216</sup> Vide item 3.2 *infra*.

<sup>217</sup> “A negociação de um nível adequado de ressarcimento possível dos danos pode significar, assim, benefícios para mútuos às partes. De um lado, dando previsibilidade ao possível causador do dano, o que lhe permite, igualmente, a contratação de seguros em condições mais favoráveis, e, de outro, propiciando também à outra parte uma eficiente equação dos riscos, pois não será incorporado ao preço o custo da contingência conectada a um evento que poderá ou não ocorrer, ao mesmo tempo que poderá ter ressarcidos os danos em níveis julgados adequados no momento da formação do contrato.” (FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96).

<sup>218</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. Padova: Cedam, 1981, p. 202. No original “La repartizione del rischio pel l’inadempimento, così come attuata dal codice civile, può entro certi limiti essere modificata pel volontà delle parti.”

Contudo, inicialmente, há que se verificar quais riscos podem ser alocados harmoniosamente pelas partes, e, mais especificamente, se até mesmo aqueles riscos que fogem da possibilidade de previsão pelos contratantes podem ser objeto de negociação e transferência.

Em virtude do disposto na parte final do art. 393 do Código Civil<sup>219</sup>, as partes podem convencionar o deslocamento do risco do fortuito ou da força maior do credor para o devedor. Nesse caso, mesmo que o cumprimento do contrato decorra de algum evento inevitável, para qual o devedor não tenha concorrido, ele terá que responder perante ao credor. Trata-se de homenagem “a autonomia privada, reconhecendo a norma legal a possibilidade de a solução adotada como regra não ser a que melhor se coaduna com os interesses concretos envolvidos em determinado negócio.”<sup>220</sup>

Tal permissão poderia induzir a conclusão pela possibilidade de transferência de todo e qualquer risco contratual, até mesmo dos de impossível previsão no momento da contratação. No entanto, como destaca a melhor doutrina, “mesmo assim, só se considerarão assumidos pelo devedor os riscos previsíveis na época da celebração do contrato. Se a inexecução se der por causa imprevisível àquele tempo, a transferência dos riscos não se implementará”<sup>221</sup>.

Mesma posição adota Eduardo Takemi Kataoka:

Por outro lado, é de se assinalar que o risco negociável é apenas aquele razoavelmente previsto do ponto de vista dos fatos. Mesmo em um contrato aleatório, por exemplo, é possível a oposição de lesão ou de onerosidade excessiva. Risco e caos são dois conceitos diferentes na Ciência do Direito.

A doutrina mais moderna, ao contrário do que sustentava a mais tradicional, alerta para necessidade de tutela do equilíbrio das prestações mesmo nos contratos aleatórios. A peculiaridade nisso tudo é a de que um dos elementos que definem o conteúdo da prestação da parte é o quanto de risco que foi transferido para outra.

[...]

O risco passível de negociação é aquele previsível pelas partes no momento da formação do vínculo. Os riscos excepcionais exigem outras respostas do sistema, sendo alheios à autonomia privada<sup>222</sup>

---

<sup>219</sup> Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

<sup>220</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, 2. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 712.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 712.

Nesse caminho, entendemos que os riscos que fogem à capacidade de previsão pelas partes quando da contratação não podem ser objeto de negociação, já que essa jamais foi, do ponto de vista objetivo, a finalidade econômico e social do contrato e por representar nítido desequilíbrio impor a alguém a responsabilidade por um risco que qualquer das partes jamais considerou ocorrer<sup>223</sup>.

Não é porque o contrato envolve a transferência de riscos que todo e qualquer acontecimento, mormente aqueles imprevisíveis, devem ser arcados pela parte que assumiu os riscos contratuais. O equilíbrio das prestações se aplica inclusive aos contratos aleatórios<sup>224</sup>, nos quais as partes assumem, no início da relação contratual, o risco de dar cumprimento a uma prestação desproporcional ao valor da contraprestação<sup>225</sup>.

Ora, se o equilíbrio contratual incide num contrato no qual as partes, sabidamente, se comprometem a cumprir obrigações que podem vir a ser desproporcionais em relação à contrapartida, não nos parece que o mesmo princípio poderá ser afastado numa relação comutativa, permitindo a assunção de riscos que jamais foram objeto de negociação pelos contratantes e se mostram desproporcionais e excessivos.

Importante ressaltar que tal posicionamento não significa dizer que a transferência dos riscos será sempre limitada a determinado patamar. Não se impede que grande parcela, ou até mesmo todo o risco contratual, desde que previsível, seja transferido a somente uma das

<sup>222</sup> KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 173-174.

<sup>223</sup> A possibilidade de as partes, em algumas ocasiões, não conseguirem prever todos os riscos envolvidos em determinada relação contratual foi observada por Patrick Atiyah:

“There are many cases in which the parties have not even appreciated the risk of the problem arising, let alone the risk that the law may deal with it in a particular way, and therefore the parties have made no further examination of these questions, not because they decide the benefits are not worth the risk, but because they do not perceive the risks at all.” (ATIYAH, P.S. *Essays on contract*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 368).

Tradução livre:

Há muitos casos em que as partes não analisaram os riscos de problemas que surgem, deixando o risco ser apreciado de acordo com a lei de forma particular e, assim, as partes não fazem qualquer análise aprofundado dessas questões, não porque elas decidiram que os benefícios não valem a pena, mas porque realmente não perceberam os riscos.

<sup>224</sup> “Contudo, o entendimento tradicional, segundo o qual as partes ao se submeter aos designios do azar ficam desprovidas de todas as proteções que visariam resguardar o equilíbrio contratual, vem sofrendo, há certo tempo, fortes críticas. Com efeito, a ideia de que a incerteza gerada pela álea sobre a extensão das obrigações das partes torna impossível a apreciação de qualquer equilíbrio contratual já não mais parece resistir à evidencia de que, em muitos contratos aleatórios, a estipulação das prestações é precedida por um atendo cálculo dos riscos envolvidos. Para muitos autores, tanto da doutrina pátria como da estrangeira, a fala de equivalência entre as prestações de um contrato não impede a apreciação de um certo equilíbrio contratual.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 94.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 89.

partes. Contudo, será necessário que a contraprestação seja significativa, de forma a manter o necessário equilíbrio entre a assunção de tão significativo risco e a vantagem obtida.

Na análise dos limites à negociação dos riscos não é necessário buscar a vontade dos contratantes para investigar se mentalmente os mesmos estavam dispostos a transferi-los, tarefa que seria praticamente impossível e que envolveria aspectos subjetivos, cuja análise foge dos padrões de objetividades relevantes na teoria contratual atual. O que se afirma é que, objetivamente, partindo da análise da normalidade e previsibilidade dos eventos relacionados ao negócio jurídico em concreto, os riscos imprevisíveis não podem ser transferidos simplesmente porque isso escaparia da função econômica e social do contrato e geraria um desequilíbrio ao pacto.

A desnecessidade de analisar a vontade das partes ao aplicar o princípio do equilíbrio contratual foi esclarecida por Anderson Schreiber:

“O problema é que, em nenhum daqueles seis dispositivos [arts. 156, 157, 317, 478, 479 e 480], a repressão ao desequilíbrio das prestações ocorre com base exclusivamente na desproporção objetiva entre as prestações. Em todos aqueles artigos, a codificação cedeu, em alguma medida, à ideologia do passado, acostando ao desequilíbrio contratual outros requisitos, de caráter voluntarista, ou seja, ligados à vontade dos contratantes. Em nenhum daqueles artigos, o legislador dignou-se a rechaçar o desequilíbrio contratual por si só. Sempre tentou justificar sua atuação com base em vícios da vontade, aludindo ora à ‘inexperiência’ ou ‘necessidade’ de um dos contratantes, ora a circunstâncias ‘extraordinárias’ que não podiam ser previstas pelas partes no momento do ajuste negocial. Em outras palavras: os seis dispositivos do Código Civil brasileiro habitualmente citados como fonte do princípio do equilíbrio das prestações não reprimem o desequilíbrio objetivamente, reprimem-no apenas enquanto resultado de uma ‘falha’ na manifestação de vontade dos contratantes.

Caminhou mal o Código Civil, nesse particular. A beleza de um princípio do equilíbrio das prestações está justamente em se desprender da gênese voluntarista do negócio jurídico para buscar a justiça do contrato não no acordo de vontades que lhe dá origem, mas no seu conteúdo objetivo. Não foi por outra razão que o princípio do equilíbrio das prestações, também chamado princípio da equivalência material, chegou a ser apontado como uma das mais importantes contribuições do século XX para a evolução do direito das obrigações.”<sup>226</sup>

Além do princípio do equilíbrio contratual, a negociação de riscos imprevisíveis pode esbarrar no princípio da boa-fé objetiva. Como se sabe, este princípio tem três principais funções: em estreita síntese, servir de norte hermenêutico para interpretação de quaisquer

---

<sup>226</sup> O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 121.

negócios jurídicos (art. 113 do Código Civil), evitar o exercício abusivo de direitos (art. 187 do Código Civil) e ser fonte criadora de deveres jurídicos, os chamados deveres anexos ou laterais<sup>227</sup>.

Um desses deveres anexos relacionados à boa-fé objetiva é o de os contratantes serem adequadamente informados das peculiaridades contratuais, criando-se um ambiente de transparência na negociação<sup>228</sup>. Por isso, quando a transferência dos riscos contratuais atinge parte diversa daquela apontada pelo legislador, há que se respeitar o dever de informar, corolário da boa-fé objetiva, como esclarecem Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:

É o que ocorre nos chamados contratos de risco, em que o contratante assume o ônus de indenizar o credor mesmo que o inadimplemento não derive de sua conduta, mas de evento natural ou alheio, inevitável. É certo, todavia, que tal assunção representa ônus excessivo sobre o devedor e, sua estipulação deverá ser sempre cercada de plena informação e transparência com relação aos riscos assumidos, como, de resto, decorre da disciplina dos contratos aleatórios (arts. 458 a 461) e do princípio da boa-fé objetiva.<sup>229</sup>

Esse contexto induz à necessidade de rechaçar as cláusulas contratuais que transfiram risco de uma parte a outra utilizando expressões ou redações genéricas, sem a necessária especificação do risco a que o contratante passa a se submeter. Tal recomendação se faz ainda mais forçosa em se tratando da cláusula de não indenizar, que é muito mais utilizada em contratos comutativos e não aleatórios, devendo ser claro qual risco é transmitido, evitando-se surpresas indevidas e em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 427-472.

<sup>228</sup> Obviamente, o dever de informar não significa que todos os segredos negociais ou expectativas que legitimamente devem ser mantidas em sigilo sejam entregues a contraparte na negociação. Em um ambiente paritário, os standards de boa-fé são outros, como elucidam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “É evidente que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações mercantis e societárias deve repercutir de modo diverso daquele que se tem vislumbrado no âmbito consumerista. O campo interempresarial não é apenas paritário, no sentido de que não há flagrante desequilíbrio entre as partes a ser corrigido pela atividade jurisdicional, mas se caracteriza, ainda, pela presença de pessoas jurídicas, que, em situação de equilíbrio econômico e jurídico, negociam direitos e obrigações, de forma puramente patrimonial, e até matemática, de modo que à aquisição de cada direito corresponde a um custo que, de uma forma ou de outra, acaba incorporada ao preço da operação.” TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42.

<sup>229</sup> TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*, volume IV; coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 355.

O princípio da boa-fé objetiva, sob o ponto de vista da tutela da confiança<sup>231</sup>, também é relevante na questão da transferência dos riscos, na medida em que se deve assegurar que as partes atuem de forma leal, desprovida de qualquer comportamento abusivo e da vontade de causar lesão ou desvantagem excessiva no outro contratante, respeitando seus legítimos interesses e expectativas legítimas<sup>232</sup>. Nesse sentido é a lição de Judith Martins-Costa:

a tutela da confiança, fundada no princípio da boa-fé, co-natural à aludida tutela, vai permitir ao Poder Judiciário o desenvolvimento de um controle sobre a relação contratual inimaginável em tempos passados. Este controle opera sobretudo no que diz respeito à equitativa distribuição dos riscos, das vantagens e desvantagens dos quais o contrato é a matriz, em atenção à ideia, hoje dominante também nos sistemas de direito codificado, de que o contrato, ‘veste formal das operações econômicas, representa uma espécie de planificação privada da economia nacional, na qual pesos e contrapesos devem ser examinados em perspectiva unitária’<sup>233</sup>

Mais recentemente, ao comentar a possibilidade de as partes transferirem ao devedor os riscos pelo fortuito ou pela força maior, a mesma autora se baseou na boa-fé objetiva, ainda que sem mencionar a confiança, para vedar a alocação dos riscos efetuada em comportamento abusivo:

---

<sup>230</sup> Essa necessidade foi destacada por Anderson Schreiber ao analisar uma cláusula de transferência de riscos contratuais na qual o devedor se responsabilizava em cumprir o contrato mesmo diante de qualquer caso fortuito ou força maior:

“Na hipótese que ora se examina, as partes não celebraram contrato de risco, em sentido estrito. Sua relação contratual não se enquadrava como contrato aleatório, no sentido de que seu objeto não abrangia uma álea incomum aos negócios em geral. Tratava-se de relação comercial das mais tradicionais. Nesse caso, a ressalva contida na cláusula 23 do contrato mostra elevado grau de generalidade: não define um risco específico atribuído ao Grupo Alpha. Por meio de uma estrutura de exceção (*other than...*), atribui-lhe a responsabilidade pela obrigação de pagar pelos produtos remetidos pelo fabricante diante de *qualquer* caso fortuito ou de força maior. Não especifica o risco transferido, apontando apenas o elemento sobre o qual o risco se abate: a obrigação de pagamento.

Em outras palavras, a cláusula 23 não define as espécies de eventos extraordinários (crises econômicas, elevação do dólar, guerras, calamidades naturais) cujo risco de ocorrência esta sendo transferido do fabricante para o seu distribuidor. É, nesse particular, uma assunção genérica de riscos, que não pode legitimar o afastamento do efeito liberatórios de um caso fortuito tão extraordinário quanto a grave crise econômica e política que afetou a República de Honduras e repercutiu sobre os países vizinhos.” (Contrato de distribuição e resolução abusiva. In: SHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 431.)

<sup>231</sup> “E, de fato, a confiança tem desempenhado um papel fundamental na compreensão da boa-fé objetiva como ‘uma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta ou virtuosa’.” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 91.

<sup>232</sup> BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos civis, empresarias e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 175.

<sup>233</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 16, n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1992, p. 29.



A possibilidade de assumir, convencionalmente, o risco pelo caso fortuito ou força maior, encontrável em contratos internacionais, tem merecido, no Direito interno, algumas restrições. Excusado dizer que jamais poderá ser acordada contra o consumidor, sob pena de nulidade, por abusividade. Mesmo nas relações de direito comum será vedada, em nosso entendimento, sempre que caracterizar exercício disfuncional (abuso do direito) por violação da boa-fé objetiva ou do fim econômico-social do contrato (art. 187). Se não se caracterizar a inadmissibilidade/disfuncionalidade do exercício, o tema estará cingido ao campo de exercício legítimo da autonomia privada.<sup>234</sup>

Quer nos parecer que a transferência dos riscos que escaparam à capacidade de previsão das partes na contratação, onerando de forma desproporcional um dos contratantes, não é um exercício funcional da autonomia contratual, além de fugir da finalidade econômico-social do pactuado. Não há como tutelar a pretensão do contratante que, após a assunção dos riscos pela contraparte, aproveita a superveniência de algum fato até então não previsto ou uma eventual redação genérica da cláusula contratual para tentar lhe impor a transferência de riscos que não foram, de fato, transferidos.

Tal postura, entendemos, se aproxima do abuso, que, como observa a doutrina, é um clássico quando se trata de cláusulas exonerativas ou limitativas do dever de indenizar<sup>235</sup>. Considerando que a abusividade prende-se a aspectos objetivos, relacionados à finalidade econômico-social concreta do negócio jurídico<sup>236</sup>, deve ser reconhecida como abusiva e não razoável<sup>237</sup> a cláusula contratual que transfere determinados riscos contratuais para uma parte e é utilizada para justificar eventual pleito para incluir nessa transferência também os riscos não previstos pelos contratantes ou os imprevisíveis.

Nesse contexto, mais uma vez não será necessário perquirir se o contratante tinha vontade de transferir determinado risco para o outro. Para verificar eventual exercício

---

<sup>234</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, v. V, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 314.

<sup>235</sup> “El abuso a través de la irresponsabilidad o de la responsabilidad limitada, de la manera que fuere – a tales o cuales perjuicios o a ciertos montos dinerarios – es, sin lugar a dudas, lo clásico o tradicional em la matéria” (MOSSET ITURRASPE, Jorge. Las Cláusulas Abusivas em la Contratación. In: *Cláusulas Abusivas I – Revista de Derecho Comparado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1991, p. 31).

<sup>236</sup> FONSECA, João Bosco da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 108.

<sup>237</sup> Clovis do Couto e Silva informa que o conceito de cláusula ‘não razoável’ permitiu que se pudesse considerar, no direito norte americano, como não escrita a disposição contratual que ferisse a ‘consciência’ ou “atribuir ao juiz o direito de reduzir-lhe os efeitos a quase nada”, declarando sua invalidade. (SILVA, Clovis do Couto. O princípio da boa-fé e as condições gerais do negócio. In: *Anais Jurídicos – Condições gerais dos contratos bancários e a ordem pública econômica*. Curitiba: Juruá, 1988, pp. 31-32.

abusivo, basta analisar o resultado objetivo do negócio e verificar se houve uma fuga ao seu fim econômico e social. Vejam-se as lições de Gustavo Tepedino:

Para se aferir a regularidade da conduta dos compradores, não há que se cogitar do aspecto subjetivo da recusa do put option, já que o Código Civil, na esteira da dogmática atual, consagra, em seu art. 187, a teoria objetivista para configuração do ato abusivo, reputando determinado exercício como abusivo não em razão da intenção que o motivou (o que se configuraria em um ato emulativo), mas em razão do resultado alcançado, objetivamente contrário à boa-fé, aos bons costumes ou aos fins econômicos ou social a que se destina o direito.<sup>238</sup>

Sendo assim, acreditamos que os riscos fora dos parâmetros de objetividade, normalidade e recorrência em determinado contexto negocial somente são transferidos com a expressa previsão contratual, configurando um comportamento abusivo, porque contraria a finalidade econômico-social da cláusula, tentar impor a determinada parte a assunção de riscos não previstos pelos contratantes e que encontram-se longe dos que são objetivamente objetos de transição naquele tipo de negócio.

Além disso, nos parece que o exercício de uma posição contratual nitidamente dissociada ou contrária ao que objetivamente fora previsto por ambas as partes, de forma a colocar uma delas em extrema, desproporcional ou injusta desvantagem, como assumir riscos que não foram previstos, não ultrapassa o juízo de merecimento de tutela a que as disposições contratuais devem se submeter. Como se sabe, atualmente a verificação de eficácia de determinado negócio jurídico é exercido de forma diferente, não apenas à luz da licitude, mas, igualmente, do juízo de merecimento de tutela, requisitos que não se confundem<sup>239</sup>.

Por meio do juízo de merecimento de tutela é possível controlar o exercício de situações jurídicas<sup>240</sup>, como, por exemplo, a posição contratual que transfere os riscos

---

<sup>238</sup> A cláusula de melhores esforços e a lealdade contratual. In: *Relações obrigacionais e contratos*, v. II (coleção soluções práticas de direito: pareceres). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 165.

<sup>239</sup> “Constitui um princípio geral o fato que as partes possam concluir contratos atípicos, desde que voltados para realização de interesses merecedores de tutela segundo o ordenamento jurídico (art. 1.322, §2, Cod. Civ.). O controle de valor, em um sistema, como o italiano, fundado sobre valores fortes, sobre normas imperativas inderrogáveis, impõe-se ao intérprete. Não basta que o ato seja lícito, mas é necessário que ele, mesmo quando típico, seja merecedor de tutela naquele contexto particular (em consideração daqueles sujeitos, daquele momento, daquela cláusula acrescida, etc.). As particularidades e, portanto, as diversidades podem ter incidido sobre a função e o interesse contratual, de modo a tornar indispensável o controle de valor por parte do juiz.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 370).

<sup>240</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. de 2012, p. 81.

contratuais de uma parte a outra. Para que determinada situação subjetiva fundamentada no exercício da autonomia privada seja acolhida no ordenamento jurídico não basta que não viole alguma norma expressa no ordenamento, consoante explica Pietro Perlingieri:

Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela (*meritevole*)<sup>241</sup>

Por isso, mesmo que se considerasse lícito e não abusivo<sup>242</sup> o pleito de um dos contratantes de aproveitar eventual ajuste que transfere riscos entre as partes, como faz a cláusula de não indenizar, para incluir também riscos imprevisíveis, careceria a ele ultrapassar o juízo de merecimento de tutela, na medida em que não se pode afirmar que aquele tipo de ajuste tem como fim transferir riscos que não foram, de fato, transferidos. Um juízo de valor baseado na tábua axiológica da Constituição da República a respeito desta interpretação não concluiria, em eventual ponderação, que o exercício da autonomia pode mais que a própria autonomia (prever riscos imprevisíveis), pois isso representaria o aniquilamento da função social do contrato<sup>243</sup>, já que não estar-se-ia cumprindo e privilegiando interesses constitucionais e socialmente relevantes, mas tão-somente os daquele contratante.

Assim, vimos como limites à transferência dos riscos à outra parte a possibilidade de os riscos serem previstos pelas partes e o necessário respeito aos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, o que somente poderá ser alcançado no caso concreto, analisando o negócio jurídico e seus meandros, além de ser necessário ultrapassar o juízo de

---

<sup>241</sup> *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 92.

<sup>242</sup> Consoante explica Eduardo Nunes de Souza, há uma diferença entre o ato abusivo e o ato merecedor (ou não) de tutela: neste há uma contraposição entre dois interesses conformes ao direito. “Há que se atentar, porém, à antijuricidade inerente ao exercício abusivo. Não haverá, no abuso, dois *interesses legítimos* contrapostos. O conflito no abuso não reside no choque entre dois direitos, mas no choque entre um regulamento legítimo de interesses (o perfil funcional) e o exercício desconforme a ele, de todo censurável. Difere o abuso, assim, dos casos que contrapõe dois interesses, ambos conformes ao direito, mas que, indicando soluções antagônicas, exigem uma ponderação para determinar qual será merecedor de tutela” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. de 2012, p. 83).

<sup>243</sup> A relação entre o juízo de merecimento de tutela e a função social foi destacada por Pietro Perlingieri: “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade.” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 678).

merecimento de tutela para evitar que uma das partes se submeta e tenha que arcar com riscos desproporcionais e contrários à finalidade econômica-social do ajuste.

Por fim, há que se fazer um registro. Ainda que não seja possível aplicar os institutos da lesão e da onerosidade excessiva para solucionar o desequilíbrio que a cláusula de indenizar pode gerar, já que ambos possuem seus requisitos de incidência que não se amoldam a este contexto, acreditamos que a solução para eventual desequilíbrio contratual em virtude da cláusula de não indenizar incluir riscos não previstos objetivamente pelas partes deve ser buscada nos instrumentos previstos naqueles institutos, de forma a possibilitar a revisão do contrato para proceder ao seu reequilíbrio.

Assim, frente a um ajuste que exonere ou limite o dever de indenizar que se mostre desequilibrado pela inclusão de riscos imprevisíveis às partes, deve o magistrado buscar o reequilíbrio contratual<sup>244</sup>, seja com a transmissão apenas dos riscos ordinários, seja pela necessidade de do pagamento de determinado valor como contrapartida à inclusão de riscos não inicialmente previstos pelas partes para que a cláusula adquira eficácia, o que, certamente, demandará cuidadosa e difícil prova pericial a fim de se arbitrar a quantia correta.

---

<sup>244</sup> “Assim, poder-se-á sustentar, em primeiro lugar, que a revisão – e não somente a resolução – do contrato será exigível, com base na boa-fé (art. 422) e, mais especificamente, com fundamento na norma inscrita no art. 317 (originalmente este último dispositivo se referia à ‘desvalorização monetária’, mas a referência foi suprimida). Os arts. 317 e 422 são, pois, normas que dão apoio à criação de outras hipóteses de revisão do contrato, ampliando-se assim o alcance do art. 478 quando comparado ao alcance que se lhe seria dado conforme uma interpretação meramente literal, que o circunscrevesse, anacronicamente, à antiga teoria da imprevisão.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131).

### 3 A CLÁUSULA QUE EXONERA OU LIMITA O DEVER DE INDENIZAR NOS CONTRATOS DE ADESÃO E DE CONSUMO

Como se viu, a cláusula de não indenizar guarda grande relação com os riscos contratuais, sem deixar de envolver, e mais, exigir, que o pacto no qual esta inserido o ajuste respeite o princípio do equilíbrio contratual. Talvez por isso, alguns autores manifestam preocupação com a aplicação do ajuste em contratos que envolvem uma parte mais forte do que a outra, como nos de adesão e de consumo.

Seguindo esse caminho, Fabio Henrique Peres indica que “somente há espaço para sua admissibilidade [das cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar] no âmbito de relações paritárias, entendidas estas como as situações nas quais as partes se encontram em reais condições de discutir e, conjuntamente, construir o conteúdo negocial, em um processo equitativo”<sup>245</sup>.

Tal assertiva indica que no contrato de adesão e na relação de consumo seria possível prever contratualmente a exoneração ou limitação do dever de indenizar. Tais temas serão tratados a seguir.

#### 3.1 O cabimento da cláusula de não indenizar nos contratos de adesão

Em geral, os contratos possuem, dentre as suas características, o poder de as partes livremente discutirem seus termos e condições, como consequência do exercício da autonomia que embasa a própria teoria geral do contrato. Há liberdade de contratar, com quem contratar e o que contratar.

No entanto, com os progressos oriundos da época seguinte à revolução industrial, quando se viu um vertiginoso incremento das atividades econômicas e industriais, surgiram novas técnicas de negociação de acordo com o desenvolvimento das atividades daquela nova realidade social e econômica<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 137. No mesmo sentido, v. GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. Cláusula de não indenizar. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 565, p. 29.

<sup>246</sup> “Esta técnica de conclusão dos negócios e de disciplina das relações contratuais correspondentes, começa a afirmar-se, de modo significativo, - na prática dos mercados capitalistas - sobretudo na época subsequente à revolução industrial do início do século dezenove. Na Europa desses anos, os progressos das técnicas produtivas, a descoberta de novas fontes de energia e a mais racional e intensa utilização das já conhecidas, a diferente organização do trabalho no interior das empresas, a crescente dimensão destas (e do volume dos capitais nelas

O contrato de adesão surge como resultado dessas novas técnicas, estabelecendo-se como “uma manifestação jurídica da moderna vida econômica”<sup>247</sup> de grande utilidade para toda a sociedade, já que “o emprego difundido dos contratos standard constitui produto ineliminável da moderna organização da produção e dos mercados, na exacta medida em que funciona como decisivo fator de racionalização e de economicidade da actuação empresarial.”<sup>248</sup>

Embora seja uma forma de contratar bastante difundida desde o século XIX, o Código Civil de 1916 não previu o contrato de adesão, cabendo à doutrina sua conceituação e análise. Na verdade, antes de um tipo contratual, o contrato de adesão é uma forma de contratar, de conclusão contratual, sendo um contrato *por* adesão. Nele, um dos contratantes aceita, em bloco, as cláusulas previamente determinadas pela outra parte, ou seja, o contratante adere ao contrato, já pronto, sem a possibilidade de discutir suas cláusulas e colaborar com a sua formação<sup>249</sup>.

Coube ao Código de Defesa do Consumidor definir contrato de adesão, dispondo o art. 54 que o “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

Nesse passo, nota-se que no contrato de adesão há uma discrepância do tipo tradicional de contrato<sup>250</sup>, já que naquele a liberdade é parcialmente comprometida em virtude

empregues) atingem todos os sectores da economia com um impacto sem precedentes. E por reflexo directo destas transformações, cada um dos sectores conhece – em várias formas e medidas – a estandardização das relações contratuais que se desenrolaram no seu seio.” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 313).

<sup>247</sup> PINTO, Carlos Mota. Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica. In: *Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais*. Coimbra, 1973, p. 53.

<sup>248</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 316.

<sup>249</sup> “No contrato de adesão, uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como uma simples *adesão* a conteúdo preestabelecido da relação jurídica”. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 25 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 109. Igualmente, do mesmo autor, *Contrato de Adesão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

<sup>250</sup> “O contrato de adesão não se ajusta à construção dogmática do contrato clássico. Seu traço característico, como salientam alguns escritores, é a preponderância da vontade de uma parte em relação à outra. Nesse contrato as cláusulas são estabelecidas por um contratante e impostas ao outro, que as aceita. Ao contrário do contrato tradicional, exclui o livre debate sobre as cláusulas estipuladas, havendo apenas adesão ao contrato previamente estabelecido da relação negocial. Realmente, no contrato de adesão uma parte se submete às imposições da outra, eliminada qualquer possibilidade de discussão sobre os termos do negócio. AS cláusulas por uma parte estipuladas são aceitas ou rejeitadas em bloco pela outra, São unilateralmente impostas, encontrando-se, então, uma maior restrição ao princípio da autonomia da vontade. A vontade deixa, assim, de ser autônoma, ou seja,

da aceitação ou não dos termos essenciais propostos, sem a possibilidade de alterá-los. Aliás, essa impossibilidade de negociar os principais pontos do contrato induz à conclusão por parte da doutrina de que na relação contratual formalizada por meio de um contrato de adesão uma das partes pode ser considerada mais forte, em detrimento do aderente, tida como a parte mais fraca<sup>251</sup>.

Ainda que, em sua grande maioria, os contratos de adesão sejam celebrados num contexto de relação de consumo, eles também existem fora daquele ramo do direito. É justamente para hipóteses em que o contrato de adesão rege relações diversas das do âmbito consumerista que incidem os arts. 423 e 424 Código Civil.

A possibilidade de o contrato de adesão ser utilizado em relações civis ou empresariais torna necessário analisar a vulnerabilidade do aderente e, em consequência, a necessidade da sua proteção. Aqueles que defendem a impossibilidade de a cláusula de não indenizar no contrato de adesão justificam seu entendimento na assimetria de poderes entre as partes na forma de contratação e na necessidade de que o ajuste seja precedido de uma efetiva negociação<sup>252</sup>.

Não nos parece, contudo, que o aderente sempre possa ser considerado hipossuficiente frente ao predisponente, já que atualmente não é novidade os empresários disporem de consultorias e departamentos técnicos que podem os colocar em níveis semelhantes de conhecimento técnico e jurídico com o contratante que definiu as cláusulas anteriormente, lhes proporcionando informações confiáveis sobre os riscos assumidos.

---

não há liberdade contratual.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III – contratos. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 72).

<sup>251</sup> “Este método ‘por adesão’ – por assim dizer – pereniza a assimetria de forças da fase antes chamada de ‘negociação’ e impede uma verdadeira comunicação (*comum-i-car*, tornar comum) entre os futuros parceiros. Esta forte unilateralidade, tanto nas práticas comerciais pré-contratuais e no *marketing* unilateral, quanto na autonomia (*auto-nomos*, se autodeterminar/modelar) de estipular por si – ou em conjunto – o conteúdo do contrato pereniza esta assimetria de forças entre os dois contratantes da fase de contratação para todo o contrato, pela própria simples ‘adesão’.” (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 77).

<sup>252</sup> “É precisamente nesse contexto que se insere a questão acerca da validade das cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar. Consideramos que somente há espaço para a sua admissibilidade no âmbito das relações paritárias, entendidas estas como as situações nas quais as partes se encontram em reais condições de discutir e, conjuntamente, construir o conteúdo negocial, em um processo equitativo [...] Já nos casos em que não há igualdade negocial entre as partes, a previsão de uma cláusula de não indenizar rompe o equilíbrio econômico do contrato, uma vez que, a princípio, não há contrapartida à sua estipulação. De fato, sendo introduzida pelo contratante economicamente superior, a cláusula não é livremente aceita, mas, ao contrário, é imposta e, assim, s reveste de abusividade, pelo que não pode ser tutelada pelo ordenamento.” (PERES, Fabio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 137-138). No mesmo sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 836.

Não ignoramos haver uma certa vantagem do predisponente já que este definiu, *a priori*, o conteúdo daquela relação contratual e certamente estipulou as cláusulas de acordo com suas necessidades e com um conhecimento prévio dos problemas que aquele tipo de relação pode lhe acarretar, tentando minimizar todos os riscos decorrentes daquela contratação. Analisando exatamente se o contrato de adesão significa, *per se*, a vulnerabilidade do aderente, Claudia Lima Marques aponta para um “momento de estrutural fraqueza”:

Sendo assim, por suas características e originalidade, tanto a de interpretação dos contratos de adesão (controle formal), quanto o controle de conteúdo da equidade dos contratos de adesão merecem especial atenção dos doutrinadores. A pergunta que se põe é se a simples contratação por adesão já é um elemento suficiente a determinar a ‘fraqueza’ (*weaker partie, la partie faible*) ou a vulnerabilidade do outro contratante, comerciante ou consumidor, ou se há outras distinções a se realizarem. A resposta parece ser que a ‘fraqueza’ não é inerente apenas ao método, mas sim relativa, subjetiva, gradual, o que não impede, porém, de considerar que a contratação por adesão em geral é, justamente, o resultado de um ‘momento’ de fraqueza estrutural.<sup>253</sup>

Considerando a característica fundamental do contrato de adesão, qual seja, a estipulação dos fundamentais aspectos do conteúdo contratual por uma das partes, a diferença de forças aqui é mais no plano negocial<sup>254</sup> do que econômico, jurídico e técnico, sobretudo nas relações civis e empresariais. Tanto é assim que Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova sustentam que no contrato de adesão não é necessário que o aderente esteja em situação inferior no plano econômico em comparação com o predisponente<sup>255</sup>.

De qualquer forma, ainda que se entenda existir sempre uma parte mais fraca na relação contratual formalizada por um contrato de adesão, não entendemos que isso seja suficiente para caracterizar como nulo o ajuste que limita ou exonera o dever de indenizar. Tanto é assim que numa relação marcada pela vulnerabilidade, como a de consumo, o

---

<sup>253</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 83-84.

<sup>254</sup> “A marca essencial do contrato de adesão repousa, portanto, na disparidade do poder negocial reconhecido, de um lado, ao predisponente ou estipulante, e, de outro, àquele a quem resta ‘pegar ou largar’, o aderente”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24).

<sup>255</sup> SACCO, Rodolfo; NOVA, Giorgio De. *Il contratto*, t. I, 3 ed. Torini: UTET, 2004, p. 366. Apud, FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 202.



legislador já previu a possibilidade da limitação no art. 51, I do CDC<sup>256</sup>, o que será melhor examinado a seguir.

Judith Martins-Costa, fazendo referência a António Pinto Monteiro, elenca dois motivos e conclui que o simples fato de estar inserida num contrato de adesão não representa a abusividade da cláusula de não indenizar:

A convenção [cláusula de não indenizar], em situações de poderio econômico igual ou semelhante entre os indivíduos, como no caso de contratações entre duas empresas, poderia ser aceita excepcionalmente em contratos por adesão, desde que fossem estabelecidos mecanismos de controle sobre o conteúdo da cláusula. Isso por duas ordens de argumentação:

(i) não é a ausência de negociação prévia, por si só, que torna ‘abusiva’ a cláusula, mas o caráter de *imposição* decorrente ou da vulnerabilidade ou da dependência econômica da contraparte. Muitas vezes a contratação por adesão, nas relações empresariais, é uma fórmula para ganhar tempo, entre contratantes que já se conhecem, negociam habitualmente, e estão concordes quanto ao conteúdo do contrato. A importância decisiva está na distinção entre a contratação por adesão e a adesão a condições gerais dos contratos, essas sim, em regra impositivas e tendo, inclusive, o caráter de ‘cláusulas surpresa’ para o aderente.

(ii) o art. 424 não veda, in limine, essas cláusulas, pois refere a nulidade das cláusulas em que há renúncia antecipada a ‘direito resultante da natureza do negócio’. Ora, a consequência indenizatória não é da ‘natureza’ dos contratos formados por adesão: ela é eficácia do inadimplemento de quaisquer contratos, formados por adesão ou não.

Em consequência, entendemos que, conforme as circunstâncias, a cláusula poderá ferir a licitude, ou não.<sup>257</sup>

Sendo assim, tampouco a conclusão, com a qual não concordamos, de que necessariamente sempre há uma parte mais fraca no contrato de adesão autoriza o reconhecimento de que a cláusula de não indenizar é inválida nesta modalidade de contratação, o que induz a necessidade de analisar a questão de acordo com o art. 424 do Código Civil, segundo o qual “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

---

<sup>256</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

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

<sup>257</sup> *Comentários ao novo Código Civil*, v. V, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 318-319.

O dever de indenizar em caso de dano decorrente do inadimplemento pode ser considerado um direito resultante da natureza do negócio? Ao responder essa pergunta, será esclarecido o cabimento ou não da cláusula de não indenizar nos contratos de adesão.

Inicialmente, há que se lembrar que o negócio jurídico não existe em abstrato<sup>258</sup>, sendo necessário o exame de todas as particularidades em concreto para definir a sua natureza e, em consequência, os direitos dali decorrentes.

Antes de adentrar o exame em concreto dos negócios jurídicos, é necessário analisar seus elementos para extrair quais são os direitos resultantes da sua natureza. Antônio Junqueira de Azevedo, em seu estudo sobre o tema, leciona que os elementos do negócio jurídico são os gerais, comuns a todos os negócios, os categoriais, próprios a cada tipo de negócio, e os particulares, que existem em um determinado negócio sem serem comuns a todos os tipos<sup>259</sup>.

Os elementos gerais, em síntese, são aqueles sem os quais o negócio jurídico sequer existe, podendo ser divididos em intrínsecos, ou constitutivos, e extrínsecos, ou pressupostos. Dentre aqueles se encontram a forma, o objeto e circunstâncias negociais, pois fazem parte (constituem) o negócio jurídico enquanto que nestes o agente, o lugar e o tempo do negócio (eles pressupõem o negócio). Sem qualquer dos elementos acima, o negócio jurídico não existe ou, nas palavras do autor paulista “não há sequer fato jurídico”<sup>260</sup>.

Descendo a escala de abstração, a próxima categoria do negócio jurídico adiciona aos elementos gerais os categoriais, que são próprios a cada categoria do negócio e servem para definir a natureza jurídica do tipo de negócio a partir da análise da sua estrutura em concreto. Os elementos categoriais não decorrem da vontade das partes e sim do ordenamento jurídico já constituído. Como exemplos de categorias dos negócios, cite-se a compra e venda, o depósito, o testamento, a locação e o distrato.

Os elementos categoriais podem ser divididos em duas espécies: os essenciais, ou inderrogáveis, que, como o nome indica, compõem a sua essência e são aptos a definir a categoria dos negócios; e os naturais, ou derogáveis, que a despeito de decorrerem da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade das partes sem que o tipo do negócio

---

<sup>258</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

<sup>259</sup> *Ibidem*, pp. 31-40.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 34.

seja alterado<sup>261</sup>. Como exemplo dos elementos categoriais essenciais inderrogáveis, cita-se o consenso sobre a coisa na compra e venda e a manifestação do *animus donandi* na doação. Já os exemplos dos elementos categoriais derogáveis são, no entendimento de Antônio Junqueira de Azevedo, a responsabilidade pela evicção na compra e venda e nos contratos onerosos e a responsabilidade pelos vícios redibitórios nos contratos comutativos<sup>262</sup>.

Por fim, os elementos particulares são sempre voluntários e inseridos pelas partes sem serem próprios do tipo de negócio jurídico realizado e sem serem capazes de alterar seu tipo. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, é justamente o fato de serem sempre voluntários que os distingue dos elementos categoriais<sup>263</sup>. Por serem previstos pelas partes, ficam à mercê do exercício da autonomia contratual, o que faz ser impossível citar todos os exemplos, destacando-se a condição, o termo e o encargo.

Os elementos particulares são os mesmos elementos acidentais da classificação tradicional. No entanto, “o abandono da expressão *elementos acidentais* justifica-se não só porque esta não tem a conotação que interessa na classificação dada para os elementos do negócio jurídico e segundo a qual se desce do geral ao particular, como também o adjetivo *acidentais*, dela constante, pode levar, nas línguas latinas, os menos avisados a pensar que se trata de elementos de secundária importância.”<sup>264</sup>

Para fins desse trabalho, em especial para examinar o art. 424 do Código Civil, parte-se do pressuposto que o negócio jurídico existe, sendo despidendo aqui tratar dos seus elementos gerais. Interessa, já considerando que os essenciais não podem ser afastados pelas partes, os elementos categoriais derogáveis, ou naturais, e os elementos particulares.

Ao dispor serem nulas, nos contratos de adesão, as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, entendemos que o art. 424

---

<sup>261</sup> “A doutrina tradicional romanística estava absolutamente certa, portanto, quando, com base nas fontes romanas, distinguia, *em cada tipo de negócio*, os elementos essenciais e os naturais. Afinal, não se havia, ainda, chegado à categoria mais abstrata (negócio jurídico). O que havia eram tipos de negócios. Ora, realmente, cada tipo de negócio tem elementos que lhe caracterizam a essência (*essentialia negotii*) e elementos que resultam de sua natureza, sem que, porém, se afastados pela vontade das partes, o negócio mude de figura (*naturalia negotii*). Os primeiros são inderrogáveis, no sentido de que, se derogados, já não teremos aquele negócio, enquanto os segundos são derogáveis, no sentido de que, mesmo repelidos pelas partes, seu regime jurídico continuará o mesmo (logo, quanto a estes elementos, há, para as partes, uma situação de *onus de se manifestar*, se quiserem afastá-los).” *Idem*, pp. 37-38.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 39.

do Código Civil se refere sobretudo aos elementos categoriais do negócio, já que estes são os responsáveis por distinguir a natureza jurídica de cada tipo de negócio.

Ao tratar da expressão natureza do negócio, Gustavo Tepedino destaca as demais passagens na qual o Código Civil a utiliza<sup>265</sup> e sustenta que a “natureza do negócio consiste simplesmente no conjunto de características essenciais à operação negocial realizada”. Nesse sentido, “natureza do negócio quer significar, portanto, tão-somente a espécie negocial, o tipo de contrato efetivamente celebrado pelas partes”<sup>266</sup>. Nota-se que o entendimento do professor se aproxima dos elementos categoriais mencionados na classificação proposta por Antônio Junqueira de Azevedo, que servem para caracterizar a própria natureza jurídica do negócio.

Como se viu, a natureza do negócio, isto é, sua espécie, seu tipo, pode ser obtida pela análise dos seus elementos categoriais essenciais e naturais. Os elementos essenciais são inderrogáveis e, portanto, os direitos que lhes são decorrentes já não podem ser objeto de renúncia. Por isso, considerando a necessidade de o legislador conferir uma maior proteção ao aderente, inferiorizado no momento da negociação do contrato de adesão, justifica-se que nesse tipo de contratação os direitos decorrentes dos elementos naturais sejam igualmente de impossível disposição pelo aderente. Sustentar que apenas os direitos decorrentes dos elementos inderrogáveis estariam abarcados pelo art. 424 do Código Civil, representaria, a nosso ver, uma interpretação dissociada do intuito protetivo que se busca dar ao aderente. Além disso, aquela seria uma norma inócua, já que estaria sustentando ser nulo a renúncia a direito decorrente de elementos irrenunciáveis.

Quer nos parecer, portanto, que o art. 424 não só afasta a renúncia ao direito decorrente dos elementos essenciais inderrogáveis, mas também dos naturais derogáveis<sup>267</sup>, sendo a novidade em relação aos demais contratos a inclusão destes últimos, que poderiam ser afastados num contrato precedido de efetiva negociação entre as partes. Eis, a nosso ver, a diferença prevista no art. 424 do Código Civil: os elementos naturais do negócio jurídico, derogáveis na teoria contratual clássica, são inderrogáveis em se tratando do contrato de adesão, o que se justifica pela falta de negociação exigir uma maior proteção ao aderente.

---

<sup>265</sup> Além do art. 424, o Código Civil a menciona nos arts. 139, I, 413 e 427.

<sup>266</sup> Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: *Revista trimestral de direito civil*, v. 23 (julho/setembro 2005). Rio de Janeiro: Padma, p. 11.

<sup>267</sup> “De modo diverso do que ocorre nos contratos submetidos exclusivamente aos limites clássicos, tende-se a proibir o afastamento das cláusulas que dispõem sobre os elementos categoriais derogáveis nos contratos de adesão, sempre que confirmam direitos ao aderente.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo*, v. 5: a liberdade contratual e a sua fragmentação. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 240)

Destarte, entendemos que a menção do legislador no art. 424 inclui os elementos categoriais derogáveis e inderrogáveis do negócio jurídico, não havendo qualquer embaraço em relação aos elementos particulares, que não guardam qualquer relação com a natureza do negócio, isto é, com o tipo do contrato

Feitos esses esclarecimentos, há que se qualificar o dever de indenizar dentre os elementos do negócio jurídico. Nos parece que ele não pode ser tido como um elemento geral, já que o negócio existe independentemente do ajuste a respeito. Igualmente, acreditamos não se tratar de um elemento categorial, pois a sua previsão não serve para identificar qual a espécie de negócio jurídico foi celebrado.

Em nosso sentir, a cláusula de não indenizar se aproxima do elemento particular do negócio, já que a mitigação do dever de indenizar o dano consequente ao inadimplemento é voluntário e não tem como finalidade alterar o tipo ou a natureza jurídica do contrato celebrado entre as partes. Não vislumbramos o dever de indenizar os danos oriundos da relação contratual como apto a definir a categoria do negócio jurídico, fazendo parte da sua essência ou da sua natureza ou sendo capaz de afetar sua estrutura típica<sup>268</sup>. Por isso, assim como Judith Martins-Costa<sup>269</sup>, não entendemos que o dever de indenizar seja resultante da natureza do negócio<sup>270</sup>. Um contrato de compra e venda de mercadoria não deixa de ser uma compra e venda se há exoneração ou limitação do dever de indenizar danos pelo mal cumprimento da obrigação.

Outrossim, partindo dos ensinamentos de Pietro Perlingieri, não vislumbramos que a cláusula de não indenizar, em regra, tenha como efeito essencial ou função alterar a natureza do negócio jurídico em concreto. Como a qualificação ocorre a partir dos efeitos<sup>271</sup> e o efeito

---

<sup>268</sup> Expressão utilizada por Biondo Biondi para definir os elementos acidentais, que coincidem com os elementos particulares na classificação de Antônio Junqueira de Azevedo. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39).

<sup>269</sup> Vide nota de rodapé n. 246 *supra*.

<sup>270</sup> Posição também defendida por Giuliana Bonanno Schunck. Cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade e sua aplicação no Direito Civil e Empresarial. In: *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*. Belo Horizonte: Forum, ano 9, n. 2, maio/ago. 2012, p. 206.

<sup>271</sup> “Qualificação é a determinação da relevância jurídica do fato, isto é, determinação da normativa. Para esta contribuem a superação do esquema da subsunção e a consideração que a integração dos efeitos não é somente algo ‘posterior’ à qualificação, mas um seu momento essencial. A modificação da disciplina de um contrato pode incidir sobre a sua qualificação toda vez que a mudança, ainda que de uma única cláusula, provocar a mudança do título, isto é, da função econômica do regulamento contratual. Definiu-se, antes, a função do fato como a ‘síntese dos efeitos essenciais’. A definição é particularmente indicativa, uma vez que é mediante esta síntese que se qualifica o fato: é pela síntese dos efeitos essenciais – e, portanto, pela função concreta – que se compreende se o fato jurídico é, por exemplo, uma compra e venda, uma doação ou uma outra figura negocial.”

daquele ajuste é alterar a repartição dos riscos elaborada pelo legislador<sup>272</sup>, reforça-se o entendimento de que o dever de indenizar não integra a natureza do negócio, porquanto não tem como efeito alterar o tipo contratual. Por isso, a cláusula de não indenizar não é atingida pelo art. 424 do Código Civil.

O STJ, ainda que sem analisar especificamente o art. 424, atingiu a mesma conclusão ao julgar o Recurso Especial 1.076.465. Tratava o caso de uma demanda proposta pela seguradora de uma sociedade que contratou o transporte de carga junto à transportadora marítima, mas o objeto foi entregue danificado. Com isso, a seguradora, após honrar o pagamento do seguro junto ao segurado, ajuizou ação regressiva contra a transportadora, que, por sua vez, arguiu a necessidade de limitação da indenização com base na cláusula contratual que assim dispunha. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar a apelação do caso, entendeu que “A inserção de cláusula limitativa do valor de indenizar é ilegal, ferindo a igualdade das partes no contrato de transporte, que ‘in casu’, por ser de adesão, é nula.” No entanto, o Tribunal Superior deu provimento parcial ao recurso para, “reconhecendo a validade da cláusula limitativa de responsabilidade, determinar que o Tribunal local renove o julgamento da apelação, apreciando as razões deduzidas pela transportadora, no que diz respeito à limitação da quantia indenizatória devida”<sup>273</sup>.

Em posicionamento diferente do aqui sustentado, Cristiano de Sousa Zanetti entende que “a definição da responsabilidade é essencial à preservação da natureza do contrato, pois de pouco adianta conferir a titularidade do direito se à parte não é dada a possibilidade de responsabilizar a outra pela inobservância da conduta devida. Rever as regras de responsabilidade tende a alterar o equilíbrio inerente a cada negócio, o que, por força do art. 424 do Código Civil, não é de ser admitido nos contratos por adesão, como regra.”<sup>274</sup>

Acreditamos que a premissa que embasa a conclusão acima não se mostra adequada. Como já apontamos<sup>275</sup>, a cláusula opera sobre o dever de indenizar consequente ao dano e não

---

(PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 658-659).

<sup>272</sup> Vide item 2.2 *supra*.

<sup>273</sup> REsp 1.076.465, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 25.11.2013.

<sup>274</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo*, v. 5: a liberdade contratual e a sua fragmentação. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 252. No mesmo sentido v. AMARAL JUNIOR, Alberto do. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. In: *Revista dos Tribunais*, v. 759. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 68.

<sup>275</sup> Remete-se ao item 1.3, no qual mencionamos nosso entendimento a respeito da possibilidade da cláusula de não indenizar operar na obrigação principal do contrato.

sobre a responsabilidade. Além disso, não nos parece que cláusula de não indenizar retira a possibilidade de impor a conduta devida ao contratante. O ordenamento dispõe de medidas aptas a exigir o cumprimento contratual pelo predisponente ou, ao menos, a execução por terceiro às suas custas, ficando a discussão a respeito da indenização para momento diverso do referente ao adimplemento.

Sendo assim, não compartilhamos o entendimento de que a cláusula de não indenizar inserida no contrato de adesão afeta o seu sinalagma<sup>276</sup> e, com isso, altera a própria natureza do negócio jurídico, razão pela qual não nos parece que o art. 424 do Código Civil veda o predisponente de exonerar ou vedar seu dever de indenizar<sup>277</sup>.

De qualquer forma, há que se ressaltar que a criatividade empresarial num mundo marcado pelo dinamismo social e velocidade de transformações não torna possível afirmar, com absoluta certeza, que a cláusula de não indenizar jamais afetará a natureza do negócio e sempre se mostrará um elemento particular do negócio jurídico. Apesar de não vislumbrarmos tal possibilidade neste momento, não descartamos algum contrato ter suas características essenciais afetadas, quando, então, a cláusula não será válida por contrariar o art. 424 do Código Civil.

Além disso, precisamos fazer a mesma ressalva apresentada ao analisar a possibilidade de a cláusula de não indenizar incidir sobre a obrigação principal do contrato. Caso a obrigação, pactuada por meio de contrato por adesão, possua cunho personalíssimo ou quando a indenização for a única forma de a parte obter a prestação equivalente, entendemos que a

---

<sup>276</sup> Posição defendida por Cristiano de Sousa Zanetti, *ibidem*, p. 240.

<sup>277</sup> Tratando especificamente do contrato de compra e venda, Gustavo Cerqueira chega a conclusão semelhante à aqui defendida:

“A partir da distinção acima, pode-se inferir que o ‘*direito resultante da natureza do negócio*’ para fins do CC 424 compreende seus elementos essenciais e naturais, que, juntos, permitem caracterizar o tipo de negócio e individualizá-lo na sua entidade concreta. No caso da compra e venda, a natureza comutativa do contrato tem as garantias contra os vícios da evicção e pelos vícios ocultos como elementos naturais, que lhe são próprios e não precisam vir inscritos no contrato; essas garantias têm como finalidade assegurar uma operação economicamente equilibrada. Certamente, estes podem ser afastados pela vontade das partes, mas nos contratos de adesão, esse afastamento não resultaria de uma negociação, mas da imposição unilateral pelo predisponente. Essa é a razão da nulidade cominada à renúncia prévia (disposição) de direito resultante da natureza do negócio; ela alcança tanto os elementos essenciais, quanto naturais ao negócio jurídico pactuado por adesão, do contrário não se alcançaria uma efetiva proteção ao aderente. Todavia, o dever de indenizar não parece ser considerado como um desses elementos, porque se trata de efeito do incumprimento imputável. [...] Por ora, podemos afirmar que a cláusula de exclusão da responsabilidade não poderá visar às garantias legais, porque direito resultante da natureza do contrato, mas poderá, em princípio, visar à limitação e à exoneração do dever de indenizar decorrentes de outros tipos de descumprimento do contrato, desde que preenchidas as condições para sua validade e eficácia.” (CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. As garantias e a exclusão da responsabilidade no novo Direito Brasileiro da compra e venda. In *Direito contratual entre liberdade e proteção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos*. Associação de Juristas Alemã-Lusitana (org.) Stefan Grundmann, Margarida dos Santos (coord.). Coimbra: Almedina, 2008, pp. 138-139).

cláusula de não indenizar será nula por representar violação ao art. 424 do Código Civil. Isso porque nesse caso, como exposto acima, o direito de ser indenizado será da natureza do negócio, já que representa a forma de obter a prestação contratual. Admitir o contrário seria retirar do credor a única alternativa para obter o equivalente a prestação e, com isso, a natureza do contrato seria afetada. A cláusula, aqui, teria como efeito essencial retirar o credor a possibilidade de receber a prestação contratada e, assim, a natureza do contrato restaria atingida.

Por fim, como destaca Wanderley Fernandes<sup>278</sup>, uma análise cuidadosa do art. 51, I do CDC evidencia que o legislador também não considera que a cláusula de não indenizar representa a renúncia ou disposição de direitos capaz de gerar a nulidade desse ajuste. Tanto é assim que esse dispositivo considera nulas, porque abusivas, cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor *ou* impliquem renúncia ou disposição de direitos.

Assim, percebe-se que o legislador não considerou que a cláusula de não indenizar significa, *per se*, uma renúncia a direito, pelo que não deve ser diversa a interpretação dada ao Código Civil. Entendimento diverso seria criar um ambiente ainda mais protecionista numa relação civil ou empresarial, regida pelo Código Civil em comparação a relação de cunho consumerista.

Em conclusão, entendemos em regra válida a cláusula que exonera ou limita o dever de indenizar no contrato de adesão, salvo quando a obrigação possuir cunho personalíssimo ou a indenização for a única forma de o credor obter o resultado equivalente à prestação após o inadimplemento do devedor, ocasiões em que será vedada pelo art. 424 do Código Civil por, aí sim, representar um direito decorrente da natureza do negócio em concreto.

### **3.2 A cláusula de não indenizar em relações de consumo. Interpretação do art. 51, I, do CDC**

Na relação de consumo, é a própria Constituição da República que exige maior proteção ao consumidor, estabelecendo sua defesa como um dos princípios gerais da atividade

---

<sup>278</sup> FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 205-206.



econômica<sup>279</sup> e dever do Estado<sup>280</sup>. Tal necessidade foi reconhecida nas décadas de 60 e 70 do século passado<sup>281</sup> e tornou-se assunto de preocupação constitucional na Carta Política de 1988, evidenciando a vontade do constituinte originário de abandonar a visão produtivista e patrimonialista comumente verificada ao se tratar de direitos do consumidor<sup>282</sup>. Até então, imperava a ótica individualista, inclusive do ponto de vista dos direitos consumeristas, sendo praticamente inexistente a consideração do consumidor como pertencente um grupo social com interesses, problemas e dificuldades em comum.

Toda esta proteção deve-se ao conhecido fato de que muitos produtos ou serviços à disposição do consumidor oferecem riscos à sua saúde e segurança. E mais, riscos que os consumidores sequer têm ciência ou capacidade técnica de vislumbrar<sup>283</sup>. Em decorrência dessa situação, afirma-se que aquele que não dispõe do controle dos bens e de conhecimento técnico para mensurar seus riscos encontra-se em posição de vulnerabilidade frente ao fornecedor ou prestador de serviços, fazendo necessário que o direito apresente mecanismos para tornar esta relação mais equilibrada, reduzindo a desigualdade existente.

Essa preocupação motivou, além do constituinte, o legislador ordinário, que editou o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, com o fim principal de proteger a parte vulnerável na relação de consumo, isto é, o consumidor. Afinal, somente aquele considerado

---

<sup>279</sup> Art. 170. 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, observados os seguintes princípios:  
(...)

V - defesa do consumidor;

<sup>280</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

<sup>281</sup> “Considera-se que foi um discurso de Jonh F. Kennedy, no ano de 1962, em que este presidente norte-americano enumerou os direitos do consumidor e os considerou como novo desafio necessário para o mercado, o início da reflexão jurídica mais profunda sobre este tema. O novo aqui foi considerar que ‘todos somos consumidores’, em algum momento de nossas vidas temos este *status*, este papel social e econômico, estes direitos ou interesses legítimos, que são individuais, mas também são os mesmos no grupo identificável (coletivo) ou não (difuso), que ocupa aquela posição do consumidor. MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 25-26.

<sup>282</sup> TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In *Temas de Direito Civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 124.

<sup>283</sup> CARNEVALI, U. *La responsabilità del produttore*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 3.

mais fraco em determinada relação jurídica necessidade de uma proteção frente a outra parte<sup>284</sup>.

Uma vez verificada a necessidade de proteger o consumidor, vulnerável na relação jurídica, passou-se a discutir quem poderia efetivamente ser considerado consumidor e o seu conceito se tornou objeto de grande divergência doutrinária e jurisprudencial. O art. 2º do CDC apenas define consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Apesar de isolada voz em contrário<sup>285</sup>, não mais se discute, até por categórica previsão legal, que a pessoa jurídica pode ser consumidora. No entanto, como partiu da própria legislação a referência à pessoa física e à pessoa jurídica como consumidores, e certamente porque o grau de vulnerabilidade de ambas frequentemente será diferente, o tratamento jurídico a ser conferido às pessoas jurídicas e físicas não pode ser o mesmo.

Há uma cisão na doutrina a respeito da pessoa jurídica como consumidora, dividindo-se entre os maximalistas e finalistas<sup>286</sup>. Para os maximalistas<sup>287</sup>, consumidor é aquele que adquire o produto ou serviço e o utiliza integralmente, não o colocando de volta no mercado, nem mesmo por meio de uma etapa do fornecimento de outro produto ou serviço. Como o CDC é o diploma que regula o mercado de consumo, sua interpretação deve ser extensiva,

---

<sup>284</sup> “Também se pode afirmar que a consagração da defesa do consumidor como um dos pilares fundamentais do sistema jurídico nacional, representa o reconhecimento, pelo constituinte, de que o consumidor é efetivamente a parte vulnerável no mercado de consumo. Só há de ser protegido quem efetivamente se encontra em posição de desvantagem perante a outra parte. Se os contratantes estão em igualdade de condições ao celebrar o acordo, a autonomia da vontade das partes é capaz de assegurar a efetiva proteção, mas se a situação fática não é esta e, ao contrário, de reconhecida desigualdade, necessário que o Estado atue tratando desigualmente os desiguais como forma de possibilitar um harmônico desenvolvimento de ambos, sem a exploração do mais fraco pelo mais forte.” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor*. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coordenadora). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 319).

<sup>285</sup> Geraldo Vidigal sustentou, no primeiro ano de vigência do CDC, que a pessoa jurídica jamais poderia ser consumidora, já que as relações entre empresas são de produção, e nunca propriamente de consumo. VIDIGAL, Geraldo. Lei de defesa do consumidor – sua abrangência. In: *Cadernos IBCB*, v. 22, São Paulo: IBCB, 1991, pp. 5-27.

<sup>286</sup> Registre-se, ainda, a tentativa de alguns doutrinadores de buscar inspiração em elementos fora do direito do consumidor para a definição do consumidor, como o fundo de comércio e o de insumo. Nesse sentido, v. GOUVEA, Marcos Maselli. O conceito de consumidor e a questão da empresa como destinatário final. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23-24. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/dezembro de 1997, pp. 187-192; COELHO, Fabio Ulhoa. A compra e venda, os empresários e o Código do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro/dezembro de 1992, p. 40.

<sup>287</sup> v. MARINS, James. *Responsabilidade da Empresa pelo fato do produto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 73-74; MUKAI, Toshio. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 6-7; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 21-22; NUNES, Luiz Antônio. *A empresa e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Artpress, 1991; CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

notadamente na definição do seu art. 2º, conferindo proteção a toda sociedade de consumo. O destinatário final seria, nesse entendimento, o destinatário fático do produto, isto é, aquele que o retira do mercado e utiliza no meio profissional ou pessoal.

Já para os finalistas, corrente adotada pela maioria da doutrina<sup>288</sup>, a interpretação do conceito de consumidor deve ser mais restrita, pois isso acarretará na proteção ainda maior neste grupo de vulneráveis. A destinação fática, de acordo com esta corrente, não é suficiente para caracterizar o consumidor, devendo este também ser o destinatário final econômico do produto, em atendimento a sua necessidade privada. A compra de um bem por uma empresa para inseri-lo em outro produto a ser por ela comercializado não a torna consumidora, já que ela não é a destinatária final do bem.

Como se vê, para os maximalistas, não há problemas em a pessoa jurídica figurar como consumidora, bastando adquirir o bem e utilizá-lo, não sendo mera intermediária da venda. Contudo, para os finalistas, em princípio, a pessoa jurídica não é consumidora, salvo se não possuir fim lucrativo<sup>289</sup> e quando se mostrar vulnerável, dependendo de uma interpretação do caso concreto.

---

<sup>288</sup> Essa posição é capitaneada por Cláudia Lima Marques, que esclarece: “Efetivamente, se a todos considerarmos ‘consumidores’, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo CDC passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual. E mais, passa a ser um direito comum, nem civil, mas sim comercial, nacional e internacional, o que não nos parece correto. A definição do art. 2º é a regra basilar do CDC e deve seguir seu princípio e sua ‘ratio legis’. É esta mesma ‘ratio’ que incluiu no CDC possibilidades de equiparação, de tratamento analógico e de expansão, mas não no princípio, sim na exceção, que exige prova ‘in concreto’ daquele que se diz em posição ‘equiparada a de consumidor’. O direito é a arte de distinguir e a ‘ratio legis’ do CDC não pode ser desconsiderada de forma a levar à própria destruição do que representa, logo, da própria ‘ratio legis’ de proteção preferencial dos mais fracos, mais vulneráveis no mercado. [...]”

Em resumo e concluindo, concordamos com a interpretação finalista das normas do CDC. A regra do art. 2º deve ser interpretada de acordo com o sistema de tutela especial do Código e conforme a finalidade da norma, a qual vem determinada de maneira clara pelo art. 4º do CDC. Só uma interpretação teleológica da norma do art. 2º permitirá definir quem são os consumidores no sistema do CDC. [...]

O destinatário final é o ‘Endverbraucher’, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.

Portanto, em princípio, estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica.

Em face da experiência no direito comparado, a escolha do legislador brasileiro, do critério da destinação final, com o parágrafo único do art. 2º e com uma interpretação teleológica permitindo exceções, parece ser uma escolha sensata. A regra é a exclusão ‘ab initio’ do profissional da proteção do Código, mas as exceções virão através da ação da jurisprudência, que em virtude da vulnerabilidade do profissional, excluirá o contrato da aplicação das regras normais do Direito Comercial e aplicará as regras protetivas do CDC.” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 279.)

No início da discussão, o próprio STJ dividiu-se entre a aplicação das teorias maximalistas<sup>290</sup> e finalistas<sup>291</sup>, com prevalência desta após a cizânia inicial<sup>292</sup>. Contudo, com o passar do tempo se verificou uma dificuldade prática, consistente na ausência de proteção devida à pessoa jurídica com finalidade lucrativa, já que ela poderia se mostrar vulnerável em determinada relação eminentemente de consumo e, mesmo assim, se via obrigada a litigar com base nas legislações civis e empresariais, menos protetivas e criadas para um ambiente no qual não há significativa diferença de conhecimento jurídico, técnico e sócio-econômico entre as partes.

Nesse caminho, surgiu no âmbito do próprio STJ uma corrente denominada de finalista aprofundada, ou mitigada<sup>293</sup>. Sua base teórica é a vulnerabilidade da pessoa jurídica

<sup>289</sup> “Neste sentido, o necessário divisor de águas seria o fim de lucro do profissional ao contratador, assim, no caso das pessoas jurídicas, só aquelas sem fins lucrativos poderiam ser assemelhadas a consumidores” (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 145. No mesmo sentido, Jose Geraldo Brito Filomeno: “Entendemos, contudo, mais racional que sejam consideradas aqui as pessoas jurídicas equiparadas aos consumidores vulneráveis, ou seja, as que não tenham fins lucrativos, mesmo porque, insista-se, a conceituação é indissociável do aspecto da mencionada fragilidade.” (GRINOVER, Ada Pellegrini Ginover *et. al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 33).

<sup>290</sup> Cite-se, como exemplo, o Recurso Especial 329.587 e 286.441, ambos da 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, DJ 24.06.2002 e 03.02.2003, respectivamente. No primeiro caso, foi aplicado o CDC numa relação jurídica entre pessoa jurídica contratante do serviço de transporte aéreo e a transportadora e no segundo considerou-se existir relação de consumo no contrato de transporte marítimo de alimento em pó entre duas empresas, tendo o acórdão afirmado que “o que é feito com o produto transportado não tem, a meu ver, peso algum na definição de quem foi o ‘destinatário final’ do serviço de transporte”. Além disso, em sessão de julgamento ocorrida em 23.07.2004, no Conflito de Competência 41.056, a 2ª Seção do STJ, após voto de desempate do Presidente, adotou a teoria maximalista, prevalecendo a divergência iniciada pela Min. Nancy Andrighi em substancial voto abordando todas as questões relacionadas às correntes finalistas e maximalistas.

<sup>291</sup> A teoria finalista foi aplicada no Recurso Especial 218.505, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14.02.2000, no qual não se considerou consumidora uma empresa de peças de veículos que obteve empréstimo financeiro junto à instituição financeira já que a pessoa jurídica “não utilizou o capital mutuado como destinatária final e, sim, para emprego em finalidade gerencial, voltado ao fomento de sua produção”. Também foi adotada no Recurso Especial 475.220, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 15.09.2003.

<sup>292</sup> Se em julho de 2004 a 2ª Seção do STJ tinha adotado a corrente maximalista, em 10.11.2004, após amplo debate, seguiu orientação diferente, fixando a teoria finalista para definir a existência ou não da relação de consumo, conforme se verifica pela ementa do referido julgado:  
**COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.** – A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.  
 Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca. (Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; Rel. para acórdão Min. Barros Monteiro, DJ 16.05.2005).

<sup>293</sup> O nascimento desta nova teoria foi destaca por Claudia Lima Marques:

ao adentrar numa relação de consumo, ainda que não seja tecnicamente a destinatária final do bem, o que atrai a incidência do CDC para as demandas dali originadas, aproximando-se mais da realidade da inexistência de capacidade técnica da maioria das pessoas jurídicas<sup>294</sup>.

---

“Como mencionado na Introdução, desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova entre a jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato [...] e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar finalismo aprofundado. Observando-se o conjunto de decisões de 2003, 2004 e 2005, parece-me que o STJ apresenta-se efetivamente mais ‘finalista’ e executando uma interpretação do campo de aplicação e das normas do CDC de forma mais subjetiva quanto ao consumidor, porém mais finalista e objetivo quanto a atividade ou papel do fornecedor. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que merece ser saudada. De um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto; de outro, os finalistas aumentaram seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo permitindo tratar de casos difíceis de forma mais diferenciada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de *expertise* ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços; provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente”. (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 129.

<sup>294</sup> É o que se depreende dos julgados abaixo, o primeiro de 2005, quando se iniciava esse entendimento e o segundo recente, que comprova a manutenção da sua aplicação:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. FORO DE ELEIÇÃO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. REJEIÇÃO.

- A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC.

- Mesmo nas hipóteses de aplicação imediata do CDC, a jurisprudência do STJ entende que deve prevalecer o foro de eleição quando verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora ou do contrato celebrado entre as partes.

- É lícita a cláusula de eleição de foro, seja pela ausência de vulnerabilidade, seja porque o contrato cumpre sua função social e não ofende à boa-fé objetiva das partes, nem tampouco dele resulte inviabilidade ou especial dificuldade de acesso à Justiça.

Recurso especial não conhecido.

(Recurso Especial 684.613, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01.07.2005).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E NOVAÇÃO DE DÍVIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA MITIGADA. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL. RAZOABILIDADE.

1.- Tendo o Tribunal de origem fundamentado o posicionamento adotado com elementos suficientes à resolução da lide, não há que se falar em ofensa ao artigo 535, do CPC.

2.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. Precedentes.

3.- A convicção a que chegou o Acórdão acerca do dano e do aval decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do Especial os enunciados 5 e 7 da Súmula desta Corte Superior.

4.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.

5.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que foi fixado o valor de indenização em R\$ R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), devido pelo ora Agravante ao autor, a título de danos morais decorrentes de inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito.

6.- Agravo Regimental improvido.

(Agravo Regimental no Recurso Especial 1.413.889, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 02.05.2014).

A partir desse entendimento verifica-se a importância que o princípio da vulnerabilidade, previsto no art. 4º, I, do CDC<sup>295</sup>, possui para identificação do consumidor e da pessoa, inclusive a jurídica, que necessita da proteção do Estado por meio de políticas legislativas.

Com isso, a noção de vulnerabilidade adquiriu função primordial, sendo visto como “a viga mestra do Direito do Consumidor, como expressão da isonomia constitucional, e assume o papel de vetor da aplicação das normas do Código, indicando o conteúdo do conceito – jurídico – de consumidor através da definição, no caso concreto, do sentido da expressão ‘destinatário final’.”<sup>296</sup>

Não é fácil determinar se numa relação de consumidor envolvendo a pessoa jurídica há vulnerabilidade. Como esse termo é genérico e envolve diversos sentidos semânticos, inicialmente, é importante diferenciar os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, evitando-se o uso indiscriminado como sinônimos.

Ainda que parte da doutrina entenda que tais conceitos se equivalham<sup>297</sup>, a maioria prefere distingui-los a partir do direito material ou processual, já que o próprio legislador utiliza a expressão hipossuficiência apenas para questões ligadas ao ônus da prova, independentemente da relação de consumo. Por isso, mesmo numa relação de consumo pode o consumidor ser instado a produzir a prova do que alega desde que não seja difícil sua produção<sup>298</sup>. Já a vulnerabilidade é utilizada para situações nas quais há uma relação de cunho consumerista, sem importar com a inversão do ônus *probandi*.<sup>299</sup>

---

<sup>295</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

<sup>296</sup> CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul./set. de 2004, p. 39. A expressão “viga mestra do Direito do Consumidor” é de DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor – conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 108.

<sup>297</sup> ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 16.

<sup>298</sup> Um bom exemplo para ilustrar essa afirmação é o caso em que um consumidor recorre ao Judiciário para ver declarada nula uma cláusula abusiva em contrato por ele assinado e que possui uma via. Nesse caso, basta a apresentação do contrato para que se possa analisar seu pleito, não sendo cabível, a princípio, a inversão do ônus da prova. Outra situação seria a do consumidor que necessita provar algum vício no produto, quando será invertido o ônus da prova para que o fornecedor demonstre não ter ocorrido o vício alegado.

<sup>299</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 143. No mesmo sentido, CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da

A doutrina tem diferenciado as diferentes espécies de vulnerabilidade, identificando a técnica, a jurídica e a fática, como expõe Marcelo Calixto, com referência a Claudia Lima Marques:

A vulnerabilidade técnica revela-se no desconhecimento, pelo consumidor, das qualidades intrínsecas dos produtos, dos meios empregados em sua produção ou dos riscos que o mesmo possa apresentar. Exemplo dessa vulnerabilidade seria a compra de um computador por um advogado.

A vulnerabilidade jurídica ou contábil apresenta-se como a ignorância do valor e do alcance dos termos jurídicos empregados em um contrato ou como a impossibilidade de realização de uma perícia pelo consumidor.

Por fim, o consumidor apresentar uma vulnerabilidade fática ou sócio-econômica sempre que a outra parte da relação de consumo, ou seja, o fornecedor, ocupa uma ‘posição de monopólio fático ou jurídico’ e ‘por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender suas consultas e submete-se às condições fixadas pela administradora de consórcios ou pelo próprio Estado’.<sup>300</sup>

A autora gaúcha acrescenta, ainda, existir a vulnerabilidade informacional, “que é a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade. Hoje merece ela uma menção especial, pois na sociedade atual são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação.”<sup>301</sup>

Torna-se nítida a intrínseca relação entre a vulnerabilidade e o conceito de consumidor, já que “permanece como requisito fundamental para proteção do profissional ou da pessoa jurídica a verificação de sua vulnerabilidade”.<sup>302</sup> Afinal, como observa Antônio Herman Benjamin, a noção de vulnerabilidade é a “peça fundamental do direito do

---

vulnerabilidade. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul./set. de 2004, pp. 36-37.

<sup>300</sup> O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coordenadora). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324. No mesmo sentido, v. CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul./set. de 2004, p. 37.

<sup>301</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.77.

<sup>302</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coordenadora). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 319.

consumidor, o ponto de partida de toda sua aplicação, principalmente em matéria de contratos.”<sup>303</sup>

As noções de consumidor pessoa jurídica e de vulnerabilidade são indispensáveis para análise da cláusula de não indenizar no contrato de consumo, ainda que tal inserção não seja tão comum como nas relações civis e empresariais. De início, há que se analisar o *caput* do art. 25 do CDC<sup>304</sup>, que dispõe ser nula a exoneração ou atenuação contratual da obrigação de indenizar prevista nas seções I a III do capítulo IV do CDC.

A seção I, que engloba os arts. 8º a 10, diz respeito à obrigação do fornecedor de informar, destacadamente, ao consumidor sobre os produtos e serviços, sobretudo em relação ao perigo que possam gerar. Além disso, é vedada a colocação no mercado de produto ou serviço com alto grau de nocividade ou periculosidade. Sendo assim, a não informação devida ou a disponibilização desses produtos acarreta um dano que não pode ser mitigado por estipulação contratual.

A seção II (arts. 12 a 17) trata da responsabilidade por fato do produto e do serviço<sup>305</sup>, que são, basicamente, os acidentes de consumo gerados por produtos ou serviços disponibilizados ao público consumidor. Nota-se que aqui o CDC buscou a tutela da integridade psicofísica do consumidor, sendo nula qualquer disposição que atenua ou exclua o dever de indenizar decorrentes de acidente de consumo.

Já a seção III (arts. 18 a 25) trata dos vícios dos produtos e serviços e tem a finalidade de proteger economicamente o consumidor e adequar produtos e serviços oferecidos às suas finalidades, impondo a responsabilidade a quem os disponibiliza ao público consumidor. Nesta seção, o CDC impõe o dever de indenizar dos fornecedores caso os vícios que tornem os produtos impróprio ao consumo, acarretem a diminuição do seu valor ou sejam decorrentes da diferença entre o que foi objeto de publicidade ao público. Igualmente, os prestadores de

---

<sup>303</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.73.

<sup>304</sup> Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

<sup>305</sup> Antônio Herman Benjamin critica a opção do legislador pela expressão “fato do serviço”, destacando que o mais adequado seria falar em “acidentes de consumo”. De qualquer forma, define o Ministro do STJ que “‘fato do produto’ ou ‘fato do serviço’ quer significar dano causado por um produto ou por um serviço, ou seja, dano provocado (fato) por um produto ou serviço.” (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 115)



serviços deverão indenizar seus consumidores em caso de impropriedade ou se diferentes do que fora ofertado.

No entanto, parece-nos que a regra geral prevista no *caput* do art. 25 é excepcionada pelo disposto no art. 51, I. Vejamos os dispositivos em conjunto:

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

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

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

O art. 25 veda a exoneração e limitação do dever de indenizar para fatos e vícios dos produtos e serviços. A parte inicial do inciso I do art. 51, por sua vez, reconhece ser nula a cláusula que exonere ou limite a indenização decorrente de vício do produto ou serviço (sem mencionar fato). E em seguida apresenta a exceção, quando então poderá ser contratada a limitação (e não exoneração) do dever de indenizar: se o consumidor for pessoa jurídica e se a situação for justificável.

Nos parece que a parte inicial do art. 51, I é uma exceção à regra geral do art. 25 do CDC. Não faria sentido o mesmo legislador repetir a mesma regra, dessa vez pela metade. Diferentemente de Rizzatto Nunes<sup>306</sup>, não entendemos que o inciso I apenas reproduziu a regra do art. 25 no rol de cláusulas abusivas para enquadrar tal norma dentre os exemplos de cláusulas abusivas. Se assim fosse, por que não mencionou toda a regra, incluindo o fato do produto ou serviço? Por que não reforçar todo o art. 25 e somente parte dele?

Assim, entendemos que a primeira parte do inciso I deve ser lida em conjunto com a segunda, ambas criando a exceção à regra do art. 25. A menção ao vício do produto e serviço

---

<sup>306</sup> “Pela leitura do texto dessa outra norma [art. 51, I] percebe-se que a redação da primeira parte da proposição do inciso I é a mesma do *caput* do art. 25.

Logo, não há contradição, mas apenas repetição com vistas ao enquadramento daquela cláusula que o art. 25 proibiu nas nulidades regidas no art. 51.” (NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 440). Em sentido semelhante, v. MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 628).

(e não ao fato) na primeira sentença daquele inciso foi proposital, já que na frase subsequente apresentou-se a exceção, complementando seu sentido. O destaque apenas ao vício faz sentido justamente para deixar claro que a exceção atinge apenas o vício do produto e serviço. Em outras palavras, o legislador inicialmente vetou a cláusula de não indenizar para os casos de fato e vício do produto ou serviço (art. 25), mas depois excepcionou essa regra ao novamente mencionar a vedação do ajuste apenas às hipóteses de vício do produto ou serviço, com uma ressalva em seguida: se o consumidor for pessoa jurídica e a situação for justificável, caberá a limitação da obrigação de indenizar.

Na verdade, a escolha do legislador se mostra bastante ponderada. Verificando que o fato do produto ou serviço apresenta risco de danos potencialmente mais graves e significativos se comparado ao vício, deu-se a possibilidade de as partes limitarem, e não exonerarem<sup>307</sup>, o dever de reparar os danos decorrentes dos vícios do produto ou serviço, mas não dos fatos. E tal limitação somente poderá ocorrer em situações justificáveis e se o consumidor for pessoa jurídica.

Outro fator reforça a adequação da escolha legislativa por excepcionar apenas o vício dos produtos ou serviços, mantendo a vedação da limitação do dever de indenizar em relação ao fato. Sendo o fato um acidente de consumo, as consequências são imprevisíveis, podendo gerar danos de grandes dimensões aos consumidores. Por outro lado, no vício há possibilidade de prever quais são as futuras implicações decorrentes do defeito, situação que fornece às partes maior capacidade e segurança para negociar a limitação do dever de indenizar.

Ainda que não concordemos a escolha legislativa de possibilitar a inserção da cláusula de não indenizar apenas quando o consumidor for pessoa jurídica<sup>308</sup>, vedando o ajuste para o consumidor pessoa física, não há como superar essa categórica previsão. Em nosso sentir, o melhor seria a lei apenas mencionar o cabimento em situações justificáveis<sup>309</sup>, deixando à doutrina e à jurisprudência o papel de estabelecerem os parâmetros para este contexto.

Destarte, nota-se que na interpretação deste inciso I do art. 51 não é adotado o entendimento que enxerga os vícios de produtos e serviços como gênero do qual são espécies

---

<sup>307</sup> Remete-se à diferença entre a cláusula que exonera e que limita o dever de indenizar, conforme item 1.2 *supra*.

<sup>308</sup> Em crítica mais severa, com a qual não se concorda, Eduardo Gabriel Saad sustenta que com essa diferenciação mostra-se “evidente a ofensa ao princípio da isonomia proclamado pela Constituição Federal.” (SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 432.

<sup>309</sup> No mesmo sentido, PERES, Fabio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 167-168.

vício e fato do produto<sup>310</sup>. Partindo dessa premissa, poder-se-ia considerar que ao mencionar “vícios de qualquer natureza”, aquele dispositivo estaria englobando também o fato de produtos e serviços. Entendemos, contudo, que a natureza dos vícios está relacionada ao próprio conceito de vício, previsto no art. 18 do CDC. Assim, estão considerados naquela expressão as três espécies de vícios: que tornem o produto impróprio ao consumo, que lhe diminua o valor e o decorrente da disparidade das características do produto com as mencionadas na oferta ou publicidade<sup>311</sup>.

Verificado o caráter excepcional do inciso I do art. 51, portanto, a questão primordial passa a ser estabelecer quais seriam as situações justificáveis capazes de permitir, na relação de consumo, a cláusula de não indenizar na sua modalidade limitativa. Nilson Lautenschleger Jr. não apresenta critérios para definir quais seriam essas situações, mas afirma que “a cláusula de limitação de responsabilidade deve ser clara, de modo a evidenciar as razões da limitação, *i.e.*, ser justificada. Insinua-se precipuamente com a expressão ‘situações justificáveis’ a necessidade de limitação nos setores de risco, onde a potencialidade de danos é alta e os custos envolvidos para saná-los pode eventualmente ‘liquidar’ a função social da empresa.”<sup>312</sup>

Segundo Rizzatto Nunes, de acordo com o art. 51, I do CDC, a validade da limitação do dever de indenizar tem como premissa duas hipóteses:

“A nosso ver, essa expressão (‘situações justificáveis’), que é, de fato, um limite posto à exceção aberta da possibilidade de estipular cláusula que, por sua vez, também limite o dever de indenizar, pressupõe duas hipóteses para o atingimento de sua finalidade:

- a) que tipo de operação de venda ou compra de produto ou serviço seja especial, fora do padrão regular de consumo;
- b) que a qualidade do consumidor pessoa jurídica, de sua parte, também justifique uma negociação prévia de cláusula contratual limitadora.”

Para o fornecedor exercer a prerrogativa de negociar a inserção de cláusula contratual limitadora de seu dever de indenizar, é necessário que estejam presentes as duas situações previstas nas letras *a* e *b*, *supra*, simultaneamente.”<sup>313</sup>

---

<sup>310</sup> BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 111-113.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>312</sup> LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. *Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira – permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio empresarial?* In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 125. São Paulo: Malheiros, jan./mar. de 2002, p. 17.

<sup>313</sup> NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 699.

Entendemos que a primeira premissa não resolve o inconveniente da subjetividade e a diferença seria discutir o padrão regular de consumo de uma pessoa jurídica. Ademais, não vemos relação no padrão de consumo, imaginando que isso seja a quantidade de produtos ou serviços adquiridos<sup>314</sup>, com a possibilidade de limitação do dever de indenizar em caso de inadimplemento. Não descartamos, porque não vemos fundamento para tal, que o ajuste incida sobre uma única compra de determinado produto.

Sendo ‘situação justificável’ um conceito jurídico indeterminado, consideramos importante tentar sistematizar a aplicação do art. 51, I, estabelecendo uma forma mais objetiva para sua incidência e conferindo maior segurança aos seus aplicadores. Para tanto, vislumbramos três possíveis parâmetros.

Inicialmente, verificamos, como faz grande parte da doutrina<sup>315</sup>, a necessidade de que haja uma efetiva negociação por parte do consumidor e do fornecedor a respeito dessa cláusula. Por meio dessa negociação, será possível que a parte consumidora tenha absoluto conhecimento dos riscos envolvidos com a limitação do dever de indenizar do fornecedor, pesando os prós e contras para adequada decisão.

No contrato de adesão, o aderente sabe de antemão que os pontos fundamentais do contrato apresentados pelo predisponente não serão alterados com eventual negociação e sequer lhe é conferida a oportunidade de discuti-los. Considerando tal peculiaridade e sendo o aderente a parte vulnerável na relação de consumo, explica-se sua proteção por meio da garantia que os danos sofridos serão integralmente ressarcidos, não sendo uma *situação justificável* impor ao aderente numa relação de consumo não ver seus danos completamente reparados sem a possibilidade de negociar os termos desta convenção.

---

<sup>314</sup> Esse é o exemplo citado pelo autor: “Por exemplo, se um consumidor pessoa física quiser adquirir vinte microcomputadores para distribuir a seus amigos e parentes, isso não é suficiente para a negociação e inclusão de cláusula. A compra está fora do padrão, mas não esta presente o outro requisito.” (Ibidem, p. 699)

<sup>315</sup> Além de Rizzatto Nunes, como acima demonstrado, v. PERES, Fabio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 165; FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197; LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira – permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio empresarial? In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 125. São Paulo: Malheiros, jan./mar. 2002, p. 17; BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 298; e LAUDANNA, Raquel de Moraes. A Cláusula de Não Indenizar. In: *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*, n. 09 jan./mar. 2011. São Paulo: Fiuza, p. 233.

Por isso, com a obrigatoriedade de negociação, descartamos a possibilidade de inserção do ajuste num contrato de adesão que regula relação de consumo, nem mesmo de forma destacada, conforme determina o art. 54, parágrafo quarto do CDC<sup>316</sup>. Isso não impede a possibilidade de uma cláusula de não indenizar ser prevista numa relação contratada inicialmente sob a forma de adesão. Todavia, especificamente a cláusula que estipule a limitação do dever de indenizar precisará ser efetivamente negociada, assinando-se um novo termo em separado como aditivo ao contrato de adesão anteriormente celebrado.

Decorrente dessa impositiva negociação, e também para manter o equilíbrio das prestações contratuais, surge como segundo parâmetro a necessidade de um efetivo benefício em favor do consumidor, como contrapartida a sujeitar-se não ter os danos eventualmente sofridos integralmente ressarcidos. Afinal, como afirma Nelson Nery Jr. ao comentar o art. 51, I do CDC, há que se “respeitar o critério da proporcionalidade entre o custo-benefício”, ou seja, o custo da cláusula (risco de não ser indenizado) deve ser correspondente ao benefício obtido, o que, na grande maioria das vezes, corresponderá a um desconto no valor dos produtos.

Importante ressaltar que considerando a necessidade de se conferir uma maior proteção ao consumidor, a contrapartida que serve como seu benefício deve ser expressamente mencionada no contrato, permitindo-se um maior controle deste parâmetro. Tal requisito não terá qualquer consequência negativa para o fornecedor e dará transparência e segurança ao consumidor, que saberá a exata dimensão do seu benefício para poder decidir a respeito da conveniência de assumir esse risco. Além disso, numa relação de consumo o princípio da boa-fé objetiva incide para proteger a parte vulnerável, sendo uma dessas formas de aplicação a necessidade de se dar maior transparência e informação ao consumidor<sup>317</sup>.

---

<sup>316</sup> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

(...)

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

<sup>317</sup> Essa constatação foi feita por Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “A boa-fé objetiva é, em sua versão original germânica, uma cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. E foi neste sentido que o Código de Defesa do Consumidor a incorporou. Ocorre, contudo, que, por conta da finalidade declaradamente protetiva do código consumerista, também a noção de boa-fé objetiva acabou, na prática jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção ao consumidor, embora ontologicamente não se trata 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.” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 32-33).

O terceiro parâmetro que entendemos importante para definição das situações justificáveis, de acordo com o art. 51, I do CDC diz respeito à vulnerabilidade da pessoa jurídica consumidora. Como se viu acima, a vulnerabilidade pode ser técnica, jurídica, fática e informacional e, a nosso sentir, para validade do ajuste, a vulnerabilidade jurídica da pessoa jurídica consumidora não deve estar presente no caso concreto.

Tendo em vista o grave risco de não ser integralmente indenizado caso a outra parte quede-se inadimplente, consideramos que o ajuste somente se mostrará justificável numa relação de consumo caso a escolha seja de inequívoco conhecimento daquele que poderá sofrer os efeitos da cláusula de não indenizar, inclusive em relação aos termos jurídicos ali mencionados.

Sendo assim, para se configurar uma situação justificável, é necessário que o consumidor seja expressamente assistido por advogado ou consultor jurídico que lhe aponte a seriedade daquele pacto e os riscos por ele assumidos, inexistindo, assim, a vulnerabilidade jurídica. Não desconhecemos a doutrina que sustenta a presunção de não vulnerabilidade jurídica para a pessoa jurídica com fins lucrativos<sup>318</sup>, mas a expressa assessoria nesse caso serve como garantia de que todos os riscos estão sendo assumidos de forma consciente, sem surpresas.

Como inspiração para apresentação deste parâmetro, cita-se o art. 477, §1º da CLT<sup>319</sup>, que exige a assistência do Sindicato nos casos em que o empregado com mais de 1 ano de trabalho assine recibo de quitação ou apresente pedido de rescisão do contrato de trabalho. Tal providência tem como finalidade afastar pressões ou abusos sobre o empregado<sup>320</sup>, parte vulnerável na relação em concreto. A mesma sistemática pode ser utilizada para afastar a

---

<sup>318</sup> “Ainda há a vulnerabilidade jurídica ou científica, que é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimento de contabilidade ou de economia. Essa vulnerabilidade no sistema do CDC é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas, vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se.” (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.)

<sup>319</sup> Art. 477 - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa. § 1º - O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

<sup>320</sup> CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 28 ed. atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 351.

vulnerabilidade, ao menos a jurídica, no momento da contratação de cláusula tão relevante pelo consumidor.

Com esse parâmetro para vislumbrar a situação justificável prevista no inciso I do art. 51, não se inviabiliza a previsão da cláusula limitativa do dever de indenizar e, ao mesmo tempo, apresenta-se uma forma de proteger a parte mais fraca na relação de consumo, afastando apenas um dos aspectos da vulnerabilidade nesse contexto, o jurídico, de forma a dar total ciência do risco assumido pelo consumidor.

Destaque-se, ainda, que nem sempre a efetiva negociação significa a inexistência da vulnerabilidade jurídica. Como se sabe, até mesmo no meio empresarial, não raro alguns contratos – que os empresários equivocadamente consideram ser mais simples, como os de consumo – são negociados sem a aconselhável opinião de consultores jurídicos, razão pela qual entendemos ser necessária a expressa participação do advogado para auxiliar o consumidor.

Obviamente, os parâmetros citados acima não são as únicas balizas da validade da cláusula de não indenizar. Além deles, o ajuste deve igualmente respeitar os critérios de validade acima apresentados, como o respeito à ordem pública e a impossibilidade de o inadimplemento e o conseqüente dever de indenizar seja causado com dolo do contratante, abusando da cláusula que o beneficia.

Desta forma, entendemos que a situação justificável apta a permitir a limitação do dever de indenizar nas relações de consumo se (i) o ajuste for efetivamente negociado pelas partes, e não inserido num contrato de adesão; (ii) houver benefícios claros e expressos para o consumidor como contrapartida à submissão a cláusula limitativa do dever de indenizar; e (iii) o consumidor contar com expressa assessoria jurídica para lhe explicar os termos jurídicos e, principalmente, os riscos assumidos com aquela contratação, inexistindo de sua parte a vulnerabilidade jurídica naquela relação em concreto.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscou-se demonstrar a importância da cláusula de não indenizar no contexto atual do direito civil, analisando-a em seu aspecto estrutural e funcional. Num momento em que o direito contratual e a responsabilidade civil passam por grandes transformações, o ajuste se mostra uma eficaz forma de transferir os riscos do inadimplemento para uma das partes, possibilitando uma maior previsibilidade por parte dos contratantes e, com isso, um maior desenvolvimento dos agentes econômicos.

Contudo, não é possível sustentar que essa transferência de riscos pode ocorrer apenas conforme a vontade das partes, existindo limites para que a mesma esteja de acordo com o ordenamento jurídico e ultrapasse o juízo de merecimento de tutela que toda disposição contratual deve se submeter.

Ademais, não se pode olvidar que a despeito de transferir consideráveis riscos a um dos contratantes, o pacto que prevê a cláusula de não indenizar deve respeitar o equilíbrio contratual, não só por meio da proteção à parte mais fraca, como também impedindo que as prestações ou benefícios e suas contrapartidas se mostrem excessivamente desproporcionais e injustas.

Diante desse cenário e de todo o exposto nesta dissertação, podem ser apresentadas as seguintes conclusões:

1. Atualmente se vive numa sociedade em que todos tentam se livrar, ou calcular no máximo possível, os riscos que assumem, notadamente num contexto no qual os danos devem ser indenizados em sua plenitude. Com isso, é intuitiva a tentativa daqueles que celebram contratos com valores vultosos e capazes de gerar danos consideráveis de transferir todo e qualquer risco para a outra parte. Este cenário, no entanto, não pode ser encarado com naturalidade, já que um dos pilares e princípios do direito contratual moderno é o do equilíbrio, sendo necessário que essa transposição de riscos ocorra de forma equilibrada, sem impor um ônus demasiadamente excessivo a uma das partes.

2. O princípio do equilíbrio contratual ainda é abordado por quase toda a doutrina levando-se em consideração apenas aspectos ligados à vontade, como o próprio Código Civil tende a fazer ao prender o princípio às teorias da lesão e da onerosidade excessiva. O desafio do jurista atualmente é fugir do sistema voluntarista e revisitar o princípio do equilíbrio contratual para que o mesmo sirva para afastar contratos desequilibrados independentemente dos vícios de vontade. O princípio se relaciona com a cláusula de não indenizar, pois este



ajuste incidir sobre situações nas quais as partes, objetivamente, projetaram para determinados danos, não incluindo os danos de magnitude fora da normalidade e recorrência.

3. Diferentemente do que ocorre na maioria dos países europeus, o legislador brasileiro não previu uma regra geral a respeito da cláusula que exonera ou limita o dever de indenizar, cabendo à criatividade das partes, no exercício da autonomia privada, regular suas relações com este tipo de ajuste. Esta omissão legislativa, contudo, não impediu o uso deste tipo de cláusula, que tem sido cada vez mais utilizada, principalmente, em contratos firmados no âmbito empresarial.

4. A cláusula de não indenizar, como o próprio nome indica, produz efeitos sobre o dever de reparar o dano, não sendo possível, no âmbito da autonomia privada contratual, criar uma nova hipótese de excludente de responsabilidade, por ser uma tarefa do legislador. Assim, não se mostra tecnicamente correta a nomenclatura cláusula de irresponsabilidade.

5. Ressalvando a impossibilidade de enumerar as diversas formas de exonerar ou limitar o dever de indenizar, já que as mesmas crescem de acordo com a necessidade e criatividade empresarial, é possível conceituar a cláusula de não indenizar como “convenções pelas quais as partes, em certos termos, previamente à ocorrência de um dano, excluem o dever de indenizar ou estabelecem limites, fixos ou variáveis, ao valor da indenização.”<sup>321</sup>

6. Dentre as diversas formas de incidência da cláusula de não indenizar, destacam-se a limitação do dever de indenizar a determinado valor, já fixado ou estabelecido como percentual do dano sofrido, a exclusão da reparação de algum tipo de dano, limitando-se aos danos diretos e excluindo-se os indiretos, e a equiparação de algumas situações concretas a hipóteses de caso fortuito ou força maior. Como forma indireta deste tipo de ajuste, a doutrina, principalmente portuguesa, destaca, ainda, a inversão convencional do ônus da prova e a alteração dos prazos decadenciais.

7. Apesar de haver respeitadores doutrinadores sustentando a invalidade da cláusula de não indenizar por, em síntese, representar violação à ordem pública a possibilidade de uma parte não ser chamada a reparar o dano que causou, esta previsão contratual é válida, configurando o resultado da ponderação entre o direito de ser integralmente indenizado em caso de dano e, de outro lado, o direito de autorregular suas atividades e interesses, decorrente do exercício da autonomia contratual.

8. Isso não significa que este ajuste não deva respeitar alguns requisitos de validade. O primeiro deles é a necessidade de a cláusula não contrariar normas de ordem pública, como,

---

<sup>321</sup> FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 112-113.

por exemplo a necessidade de os danos causados à pessoa física sem reparados em sua integralidade, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, a cláusula não será válida se o beneficiado pelo ajuste tiver atuado de forma dolosa, impedindo a proteção àquele que age movido pela vontade de não adimplir sua obrigação, baseando sua conduta em anterior exoneração ou limitação do dever de indenizar os danos que causa. Registramos nossa opinião de não equiparar ao dolo a culpa grave, porquanto ambos possuem naturezas distintas e por o ordenamento jurídico brasileiro, salvo raras exceções, não diferenciar os efeitos dos atos de acordo com o grau de culpa com que foram praticados.

9. Um dos mais polêmicos requisitos de validade da cláusula de não indenizar é a possibilidade dela incidir sobre a obrigação principal do contrato. Aqueles que defendem a existência desse requisito se baseiam na suposta perda da efetividade da relação obrigacional. Discordamos deste posicionamento, pois ainda que a parte beneficiada pela cláusula não cumpra a obrigação essencial a que se propôs, o ordenamento jurídico prevê remédios para que o credor obtenha a prestação equivalente, sem perder o direito a ser indenizado. Ressaltamos, contudo, que nas obrigações de cunho personalíssimo ou quando a indenização representar a única alternativa disponível ao credor para obter pelo menos o equivalente a prestação, a cláusula não será válida.

10. Como requisito de eficácia a cláusula de não indenizar, vislumbramos a necessidade de equilíbrio entre os riscos assumidos por aquele que aceita não ter ou ter parcialmente seu dano reparado e o benefício obtido em contrapartida pelo outro contratante. Com isso, busca-se impedir que modificações capazes de alterar as circunstâncias objetivamente consideradas pelos contratantes quando da avaliação dos seus interesses e da distribuição dos riscos contratuais, como um dano de magnitude impossível de ser previsto de acordo com critérios da normalidade e recorrência, acarrete consequências substancialmente diversas daquelas possíveis de serem antecipadas pelos contratantes.

11. Esse requisito de eficácia aponta para a grande relação entre a cláusula de não indenizar e o risco, que pode ser analisado sob o ponto de vista econômico e jurídico, sendo possível afirmar que o risco contratual abrange o risco do inadimplemento e o risco de diminuição da satisfação econômica do negócio pela existência de acontecimentos que geram uma desordem no negócio jurídico sob o ponto de vista econômico.

12. Ao decidirem contratar, as partes dividem os riscos concernentes à operação conforme seus respectivos interesses, não apenas por meio das cláusulas contratuais, como também pela escolha do tipo que vai reger a relação em concreto. O Código Civil não apresenta um

princípio geral a respeito da repartição dos riscos, sendo a divisão de acordo com cada tipo contratual.

13. Estando o risco contratual ligado à incerteza quanto ao adimplemento ou não da obrigação, e considerando que o dever de reparar o prejuízo causado é um dos principais efeitos do inadimplemento, a obrigação de indenizar surge quando o não cumprimento por parte do devedor decorre de culpa *lato sensu*, isto é, quando o inadimplemento lhe for imputável. Neste momento incide a cláusula de não indenizar.

14. Como todo instituto jurídico, a cláusula contratual que exonera ou limita o dever de indenizar deve ser analisada do ponto de vista estrutural e, sobretudo, do funcional, de forma a ser possível informar não apenas como ela é, mas também para responder para que ela serve.

15. A cláusula de não indenizar leva a cabo uma divisão de riscos diferente da prevista na legislação. Por isso, pode-se dizer que sua função principal é alterar a repartição dos riscos contratuais previamente estabelecida pelo legislador. É uma forma de transigir a respeito dos riscos contratuais.

16. Apesar dos vários aspectos positivos na negociação entre as partes alterando a dinâmica dos riscos contratuais, como se dá com a cláusula de não indenizar, a possibilidade de os contratantes transigirem a respeito da distribuição dos riscos não é ilimitada.

17. Os riscos que fogem a capacidade de previsão pelos contratantes não podem ser objeto de negociação e transferência. Admitir essa hipótese representa, a nosso ver, a possibilidade de aceitação de um contrato excessivamente desproporcional e desequilibrado, porquanto representará impor a um dos contratantes um ônus diferente do objetivamente programado por ambas as partes quando da celebração do contrato.

18. Ademais, a transferência dos riscos que escaparam à capacidade de previsão das partes na contratação, onerando de forma desproporcional um dos contratantes, não é um exercício funcional da autonomia contratual, além de fugir da finalidade econômico-social do pactuado. Eventual tentativa de impor também os riscos imprevisíveis àquele que assumiu riscos previsíveis aproxima-se de uma conduta abusiva e, portanto, não merecedora de tutela.

19. Muito embora o estudo da cláusula de não indenizar envolva, de forma próxima, a transferência de riscos, isto não significa que tal ajuste não seja possível ser inserido nos contratos em que o legislador manifesta preocupação com a parte mais fraca da relação, especialmente quando o risco de não ser, ou ser até certo ponto, indenizado seja assumido pelo vulnerável.

20. O contrato formalizado por adesão pode ser utilizado para reger relações de consumo ou civis. Aqueles que defendem a impossibilidade de a cláusula de não indenizar ser prevista no contrato de adesão justificam seu entendimento na assimetria de poderes entre as partes predisponente e aderente e na necessidade de que o ajuste seja precedido de uma efetiva negociação.

21. A despeito de reconhecer a vantagem do predisponente no plano negocial, não é nula, por si só, a inserção da cláusula de indenizar no contrato de adesão, tornando-se necessário analisar o art. 424 do Código Civil para se chegar a tal conclusão.

22. O art. 424 impede que o aderente renuncie a direitos resultantes da natureza do negócio. Partindo da classificação proposta por Antônio Junqueira de Azevedo, entendemos que aquele dispositivo impede a renúncia ao direito decorrente dos elementos essenciais e naturais do negócio jurídico, sendo a novidade em relação aos demais contratos a inclusão também dos elementos naturais derogáveis, que poderiam ser afastados num contrato precedido de efetiva negociação entre as partes.

23. A cláusula de não indenizar não é elemento essencial ou natural do negócio jurídico, podendo ser classificada como elemento particular, já que a mitigação do dever de indenizar o dano consequente ao inadimplemento é voluntário e não altera o tipo ou a natureza jurídica do contrato. O dever de indenizar os danos oriundos da relação contratual não serve para definir a categoria do negócio jurídico, não faz parte da sua essência ou da sua natureza e não é capaz de afetar sua estrutura típica. Por isso, não entendemos que o dever de indenizar seja resultante da natureza do negócio, sendo possível sua inserção no contrato de adesão.

24. Tal possibilidade, no entanto, não se aplica quando o contrato de adesão contém uma obrigação personalíssima ou quando a indenização representar a única alternativa disponível ao credor para obter pelo menos o equivalente a prestação, pois, nesses casos, haverá a renúncia ao próprio direito do aderente de buscar a única forma que restou para substituir a obrigação inadimplida: a indenização.

25. Estando consolidada na jurisprudência a teoria finalista aprofundada ou mitigada para definição do consumidor, torna-se importante analisar o princípio da vulnerabilidade e as suas espécies para verificar a possibilidade de o contrato na relação de consumo prever a cláusula de não indenizar.

26. Por meio da interpretação dos arts. 25 e 51, I do CDC, nota-se ser cabível na relação de consumo, em situações justificáveis e desde que o consumidor seja pessoa jurídica, a limitação do dever de indenizar para vícios de produto ou serviço, vedando-se o ajuste, tanto para exonerar, como para limitar, apenas nos casos de fatos do produto ou serviço.

27. Tal escolha nos parece razoável e ponderada, pois o fato do produto ou serviço representa um evento com maior potencial de riscos ao consumidor, além de não ser possível vislumbrar de que forma e em qual magnitude o dano pode vir a ocorrer, diferentemente do vício, quando, de modo geral, se conhece as mazelas que o mal funcionamento do produto ou serviço pode gerar.

28. A grande dificuldade na relação de consumo, na verdade, é apontar quais seriam as situações justificáveis nas quais é cabível a limitação da indenização, conceito jurídico indeterminado, que carece de sistematização. Para tanto, propusemos três parâmetros objetivos.

29. Inicialmente, para a situação ser justificável é necessário haver uma efetiva negociação por parte do consumidor e do fornecedor a respeito dessa cláusula. Por meio dessa negociação, será possível que a parte consumidora tenha conhecimento dos riscos envolvidos com a limitação do dever de indenizar do fornecedor, sopesando as vantagens e desvantagens para adequada decisão.

30. O segundo parâmetro é a necessidade de um efetivo benefício em favor do consumidor que aceita o risco de não ser integralmente indenizado. Nesse sentido, o contrato deverá expressamente prever qual a vantagem que o consumidor obteve, como, deve ocorrer na maioria das vezes, a redução do preço do produto ou serviço.

31. Por fim, o terceiro parâmetro diz respeito à vulnerabilidade do consumidor ao negociar essa cláusula. Considerando as diversas formas de vulnerabilidade e tendo em vista o grave risco que o consumidor está se submetendo, o ajuste somente se mostrará justificável caso a escolha seja de inequívoco conhecimento daquele que poderá sofrer os efeitos da cláusula de não indenizar, inclusive em relação aos termos jurídicos ali mencionados. No caso concreto não deve haver a vulnerabilidade jurídica do consumidor, que necessariamente deverá ser assistido por advogado ou consultor jurídico que lhe aponte a seriedade daquele pacto e os riscos por ele assumidos.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.
- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1955.
- ALPA, Guido. Rischio. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1989. V. 40.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 9-17, abr./jun. 1998.
- AMIGO, Manuel Garcia. *Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid: Tecnos, 1965.
- ATIYAH. P.S. The rise and fall of freedom of contract. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Essays on contract*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- AVELAR, Letícia Marquez de. *A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: RT, 2011. V. 4.
- \_\_\_\_\_. Princípios no novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.
- \_\_\_\_\_. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002
- BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECK, Ulrich. *Sociedade de riscos: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BEAUDONNAT, Emile. *Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance des fautes*. Paris: Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOSELLI, Aldo. *Alea*. Novissimo digesto italiano. 3. ed. Torino: UTET, 1957. v. 6.

BANCO, Elcir Castelo. In: *ENCICLOPEDIA Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. V. 15.

BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único do Código Civil*.

Disponível em: <[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7296)

[juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7296](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7296)>. Acesso em : 28 mar. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARNEVALI, U. *La responsabilità del produttore*. Milano: Giuffrè, 1974.

CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 29-48, jul./set. 2004.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 28 ed. atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio e DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13.

CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. As garantias e a exclusão da responsabilidade no novo Direito Brasileiro da compra e venda. In: *Direito contratual entre liberdade e proteção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos*. Associação de Juristas Alemã-Lusitana (Org.) Stefan Grundmann, Margarida dos Santos (coord.). Coimbra: Almedina, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. A compra e venda, os empresários e o Código do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 30-40, set./dez. 1992.

COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexos causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Evolução Contemporânea do Direito Contratual*. Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DEFFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999.

DIAS, Jose de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor – conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FONSECA, João Bosco da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. Padova: Cedam, 1981.

GALHANONE, Alvaro Luiz Damásio. Cláusula de não indenizar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 565, p. 21-31, nov. 1982.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



GOUVEA, Marcos Maselli. O conceito de consumidor e a questão da empresa como destinatário final. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23/24, p. 182-199 jul./dez. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini Ginover et. al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KATAOKA, Eduardo Takemi. A coligação contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Causa do contrato x Função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 43, p. 33-76, jul./set. 2010.

KRONMAN, Anthony T.; POSNER, Richard A. The economics of contract law. Boston: Little Brown, 1979.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

\_\_\_\_\_. Derecho civil: parte general. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

\_\_\_\_\_. Base del Negocio Jurídico y Cumplimento do Contrato. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LAUDANNA, Raquel de Moraes. A Cláusula de Não Indenizar. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*, São Paulo, v. 09, p. 175-257, jan./mar. 2011.

LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira – permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio empresarial? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 125, p. 7-21, jan./mar. 2002.

LÔBO, Paulo. Direito civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais. Teresa Ancona Lopez; Patrícia Faga Iglecias Lemos; Otavio Luiz Rodrigues Junior (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2013.

MACHADO, Diego Carvalho. Notas sobre cláusulas de não-indenizar e limitativas do montante reparatório. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 9 n. 35, p. 43-76, jul./set. 2008.

MARINS, James. Responsabilidade da Empresa pelo fato do produto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V., MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Princípio da justiça contratual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 16, n. 59, p. 19-38, jan./mar. 1992.

\_\_\_\_\_. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Comentários ao novo Código Civil, v. 5, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. Prefácio da obra SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS; François. Leçons de droit civil: obligations. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, v. 1, t. 2.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Cláusula de não indenizar. In: JAYME, Fernando Gonzaga, FARIA, Juliana Cordeiro de e LAUAR, Maria Terra (coord.). Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

MONTEIRO, Antonio Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2. reimp., 2011.

MONTEIRO FILHO. Carlos Edison do Rego. Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 69-94, dez. 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 65, p. 31-32, jul./set. 1993.

\_\_\_\_\_. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Prefácio da obra SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 140-150, abr./jul, 1997.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Las Cláusulas Abusivas em la Contratación. In Cláusulas Abusivas I – Revista de Derecho Comparado. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1991.

MUKAI, Toshio. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentário ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2006.

NEVES, Jose Roberto de Castro. Direito das obrigações. 3.ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. Direito das obrigações. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Luiz Antônio. A empresa e o Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, Artpress, 1991.

NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

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.

OLIVEIRA, Claudia Vieira de. Cláusula de não indenizar. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 58, p. 27-58, out./dez. 1991.

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 Mario da Silva. Instituições de direito civil, v. 2, 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. Instituições de direito civil, v. 3, 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil; atualizador Gustavo Tepedino. 10. ed. ver. atual. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

\_\_\_\_\_. Condomínio e incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PERES, Fabio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. Manuale di Diritto Civile.6 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

\_\_\_\_\_. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Equilíbrio normativo e princípio di proporzionalità nei contratti. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 131.151, out./dez. 2002.

PESSOA JORGE, Fernando. A limitação convencional da responsabilidade civil. In: *Separata do Boletim do Ministério da Justiça* nº 218. Lisboa, 1979.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. 2 ed. Tome 6: Obligations, par Paul Esmein. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

PRATA, Ana. Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROSENVOLD, Nelson. Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSAS, Roberto. Validade das cláusulas de não responsabilidade ou limitativas de responsabilidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 479, p. 11-14, jul. 1975.

\_\_\_\_\_. Razoabilidade e proporcionalidade no Código Civil de 2002. In: ARRUDA ALVIM, Jose Manuel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coords.) Aspectos controvertidos do Novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: LTR, 1999.

SACCO, Rodolfo; NOVA, Giorgio De. Il contratto, t. 1, 3 ed. Torini: UTET, 2004.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão. In: Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Contrato de distribuição e resolução abusiva. In: Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHUNK, Giuliana Bonanno. Cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade e sua aplicação no Direito Civil e Empresarial. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, ano 9, n. 2, p. 189-210, mai./ago. 2012.

SILVA, Clovis do Couto e. *A Obrigação como Processo*. 2. ed., Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. O conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 667, p. 3-15, 1991.

\_\_\_\_\_. O princípio da boa-fé e as condições gerais do negócio. In: *Anais Jurídicos – Condições gerais dos contratos bancários e a ordem pública econômica*. Curitiba: Juruá, 1988.

SILVA, Marcelo Barbosa da. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual. Caso fortuito e força maior. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 183-213, abr./jun. 2001.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 50, p. 35-91, abr./jun. 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In *Diálogos sobre direito civil*, volume III. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *Temas de Direito Civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 3-20.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In *Temas de direito civil*, 4. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

\_\_\_\_\_. Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 2, editorial, abr./jun. 2000.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a cláusula penal compensatória. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 23, p. 3-16, jul./set. 2005.

\_\_\_\_\_. Os contratos de consumo no Brasil. In: *Temas de Direito Civil*, t. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a função social dos contratos. In: *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. A cláusula de melhores esforços e a lealdade contratual. In: *Relações obrigacionais e contratos*, v. 2 (coleção soluções práticas de direito: pareceres). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420, volume IV; coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008.

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

\_\_\_\_\_. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade Contratual. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIDIGAL, Geraldo. Lei de defesa do consumidor- sua abrangência. *Cadernos IBCB*, São Paulo, v. 22, p. 5-27, 1991.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Direito contratual contemporâneo, v. 5: a liberdade contratual e a sua fragmentação. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.