



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Diana Loureiro Paiva de Castro

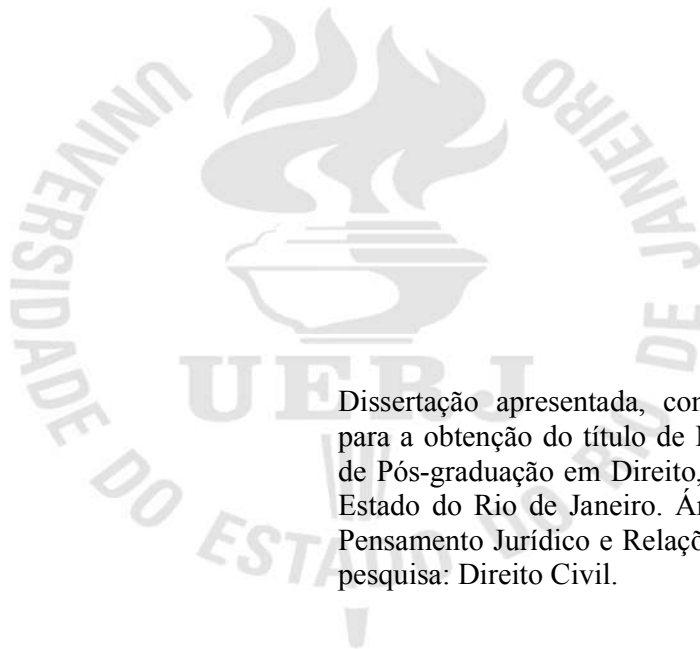
**Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos
requisitos tradicionais de validade**

Rio de Janeiro

2018

Diana Loureiro Paiva de Castro

Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino

Rio de Janeiro

2018

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

C355 Castro, Diana Loureiro Paiva de.

Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade / Diana Loureiro Paiva de Castro - 2018. 273 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Indenização - Teses. 2. Ordem pública (Direito) – Teses. 3. Obrigações (Direito) – Teses. I. Tepedino, Gustavo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.447.84

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

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

Assinatura

Data

Diana Loureiro Paiva de Castro

Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: : Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Aprovada em 22 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gustavo Tepedino (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Caitlin Mulholland

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2018

DEDICATÓRIA

*“Fruto transplantado de um sol a outro sol,
estrangeiro em terras distantes: não
encontrarás jamais o tempo maduro de teu
florescer”*.¹

LUIZ HEITOR PAIVA DE CASTRO

¹ CASTRO, Luiz Heitor Paiva de. *Relíquias do sol*. Rio de Janeiro: Sette Letras, 1998, p. 21.

Agradecimentos

Ao Professor Gustavo Tepedino, a quem devo minha formação como jurista e pessoa, desde o despertar do interesse pelo apaixonante direito civil nas aulas do primeiro período da graduação e os subsequentes passos iniciais na pesquisa nos saudosos tempos de estágio, agradeço pela imprescindível orientação deste trabalho, pela generosa troca de ideias e pelo carinhoso incentivo na escolha e no desenvolvimento do tema.

Ao Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, pelo apoio profissional e acadêmico constante, pela enriquecedora convivência cotidiana nas atividades do escritório, pela referência de boa-fé, humanidade e gentileza e pela fraterna amizade que construímos em nosso grupo de pesquisa.

À Professora Caitlin Mulholland, por ter aceitado o convite para integrar a banca examinadora deste trabalho, o que muito me honra.

À Professora Milena Donato Oliva, por suas sempre brilhantes sugestões, pela incansável prontidão para sanar minhas (recorrentes) dúvidas, incertezas e inquietudes e pelos inestimáveis conselhos no direito civil e fora dele.

Aos Professores Aline de Miranda Valverde, Eduardo Nunes de Souza, Gisela Sampaio da Cruz e Paula Greco Bandeira, pelas valiosas lições incorporadas neste trabalho fruto de seminários apresentados em aulas do mestrado e de conversas sobre o tema.

À Anna Teresa Bonavita e ao Gustavo Azevedo, pelo precioso auxílio em pesquisas.

À minha turma do mestrado (2016.1), Eduardo, Felipe, João, Livia Leal, Rodrigo Requena, Roberta, Thiago, Victor, por compreenderem como ninguém os desafios dessa fase. Evidências não me deixam mentir: sem vocês nada disso teria sido possível. Em especial, agradeço à Mariana Siqueira e à Livia Maia pela substancial e patente amizade ao longo desses dois anos. Ao Rodrigo da Guia e ao Francisco Viégas, companhias desde a graduação, mestres e amigos, por me ensinarem que toda conquista ganha uma nova causa de alegria se for compartilhada e que a unilateralidade é desprovida de qualquer graça.

Aos amigos do Colégio PH, Bárbara, Maria Antônia, Mariana e Mayara; aos amigos da UERJ, Edenilson, Geilson, Gláucia, Nadieli, aos amigos do grupo carinhosamente apelidado de “Old”, Bernardo, Marjorie, Pedro, Rafael, Sergio e aos amigos do MPRJ, Adriano, Beatriz, Carlos, David, Iago, Marcelo, Priscila, Regina, Rodrigo, por fazerem a vida valer mais a pena.

À Rachel Lima e ao Vynicius Guimarães, pela solidariedade inigualável que marca nossa amizade, sempre a postos em tempos de crises e de alegrias, e pelo espaço fundamental que ocupam em minha vida.

Ao Rodrigo Freitas, que, se não bastasse me presentear diariamente com sua amizade e parceria nas atividades do escritório CERM Advogados, ainda encontrou tempo, em meio aos jogos de basquete, para, em tardes de sábado no escritório, me ajudar a desatar alguns dos nós que encontrei no percurso deste trabalho, bem como para reler cuidadosamente os originais.

À Marcela Raposo, por ser a irmã que escolhi ao longo desses mais de dez anos de uma das amizades mais bonitas de que se tem notícia.

Aos meus pais, Lucília e Luiz Heitor, por serem o meu ponto de partida e de chegada, minhas maiores inspirações e exemplos; e aos meus familiares, por todo o carinho. Em especial, aos meus primos, Fábio e Fabiane, pela irmandade com que me brindam todos os dias.

Ao Manoel, pelo amor incondicional.

Resumo

CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. 2018. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O presente trabalho tem por objetivo revisar os requisitos de validade tradicionalmente postos para as cláusulas de não indenizar, que dizem com: (i) o respeito à ordem pública; (ii) a não incidência da convenção sobre a obrigação principal do negócio jurídico e (iii) a impossibilidade de referência ao dolo e à culpa grave, com vistas a tutelar as potencialidades funcionais dos ajustes como instrumentos de gestão de riscos na prática negocial. Para tanto, partiu-se de análise sistemática de tais pressupostos de validade para cláusulas penais de perfil limitativo, cláusulas limitativas do dever de indenizar, cláusulas excludentes do dever de indenizar e cláusulas limitativas do objeto contratual, aqui enunciadas em progressivo grau de delimitação da tutela creditícia. Empreendeu-se a releitura do requisito de validade referente à ordem pública, como o juízo de merecimento *lato sensu* a que devem se submeter as quatro espécies de convenções, diante de patente vulnerabilidade do credor, como em relações de consumo, quando atinentes à lesão à pessoa humana (geradora de danos morais ou materiais) e se em violação a regras que disciplinam a limitação do dever de indenizar, de que é exemplo o mosaico normativo a respeito do contrato de transporte. Tratou-se, ademais, da revisitação do pressuposto de validade relativo às obrigações principais por meio de exame do conceito de causa negocial, concretamente apreendida, e do estudo acerca das origens do requisito na *teoria do fundamental breach* do direito inglês e na *notion d'obligation fondamentale* do direito francês, de modo a se concluir por sua procedência apenas para as cláusulas limitativas do objeto contratual, não já para as cláusulas de não indenizar ou para as cláusulas penais. Por fim, abordou-se o parâmetro de validade tocante ao dolo, sugerindo-se sua interpretação sistemática para alcançar as cláusulas de não indenizar e as cláusulas penais de perfil limitativo e a promoção de giro em sua análise, passando-se da apreciação do grau de culpa no inadimplemento contratual para a aferição de assimetria informativa no momento de celebração do ajuste e de atuação frontalmente contrária ao ordenamento, por meio da prática de ilícito, no momento de efetivação da cláusula, de sorte a descortinar a validade dos pactos referentes à culpa grave e de individuar as potencialidades funcionais das convenções para além da responsabilidade contratual subjetiva, sustentando-se seu merecimento de tutela no bojo da responsabilidade extracontratual, da responsabilidade objetiva e da responsabilidade pré-contratual.

Palavras-chave: Direito patrimonial. Obrigações. Cláusulas limitativas e excludentes do dever de indenizar. Ordem pública. Obrigação principal. Dolo e culpa grave.

Abstract

CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. *Functional potentialities of exemption clauses: re-reading of traditional validity requirements*. 2018. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The purpose of this paper is to revise the invalidity requirements traditionally set for exemption clauses, which relates to: (i) respect for public policy; (ii) non-applicability of the clause on the main obligation of the contract and (iii) non-applicability in the event of willful misconduct or gross negligence, in order to protect the functional potentialities of the clauses as risk management instruments in business practice. To do so, it is proposed to systematically analyze such assumptions of validity for the penalty clauses with limiting profile, the clauses limiting the obligation to indemnify, the clauses excluding the obligation to indemnify and the clauses limiting the contractual object, here enunciated in progressive degree of delimitation of credit tutelage. Thus, the re-reading of the validity requirement regarding public order, such as the *lato sensu* tutelage worthiness to which the four kinds of clauses must be submitted, in the face of a patent vulnerability of the creditor, as in consumer relations, when referring to material and moral damages resulting from injury to the human person and if in violation of rules that govern the limitation of the duty to indemnify, such as the normative mosaic regarding the contract of transportation. It was also undertaken the re-reading of the validity requirement regarding essential obligations, proposing an examination in the light of its origins in the theory of fundamental breach of English law and in the *notion d'obligation fondamentale* of French law and the concept of cause, in order to conclude that the requirement only applies to clauses limiting the contractual object, not to exemption clauses or to penalty clauses. Finally, the validity parameter regarding willful misconduct was addressed, suggesting its systematic interpretation in order to encompass exemption clauses and penalty clauses with limiting profile and the promotion of spin in its analysis, from the assessment of the degree of fault in the contractual default to the assessment of asymmetric information at the time of the conclusion of the clause and of acting in a notoriously abusive conduct by means of the practice of an illicit act at the moment of effectiveness of the clause, in order to demonstrate the validity of the clauses regarding gross negligence and to identify the functional potentialities of the clauses beyond subjective contractual liability, when examining its lawfulness within the scope of tort, objective liability and pre-contractual liability.

Keywords: Property right. Obligations. Exemption clauses. Public policy. Main obligation.

Willful misconduct and gross negligence.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS, FUNDAMENTOS VALORATIVOS E QUALIFICAÇÃO	14
1.1	Cláusulas limitativas e cláusulas excludentes do dever de indenizar: o que são e para que servem?	14
1.1.1	<u>As cláusulas de não indenizar como instrumentos para a gestão contratual de riscos</u>	15
1.1.2	<u>Espécies de cláusulas de não indenizar: limitação e exclusão direta e indireta</u>	19
1.1.3	<u>Efeitos das cláusulas de não indenizar diante do inadimplemento contratual: distinção entre os direitos à exata prestação devida, ao equivalente ao devido, à restituição do já cumprido e à reparação por perdas e danos</u>	31
1.2	Delimitação de fronteiras entre cláusulas excludentes do dever de indenizar, cláusulas limitativas do dever de indenizar, cláusulas limitativas do objeto contratual e cláusulas penais de perfil limitativo: pontos de aproximação e de afastamento da normativa	41
1.3	Necessidade de revisitação dos tradicionais requisitos de validade	53
2	REQUISITO DE VALIDADE REFERENTE À ORDEM PÚBLICA	63
2.1	Análise crítica: depuração de conteúdo e proposta de interpretação sistemática	63
2.2	Cláusulas de não indenizar em relações de consumo e em contratos de adesão em relações civis	66
2.3	Cláusulas de não indenizar na reparação de dano material e moral decorrente de lesão à pessoa humana	76
2.4	Cláusulas de não indenizar no contrato de transporte	84

3	REQUISITO DE VALIDADE REFERENTE ÀS OBRIGAÇÕES ESSENCIAIS	111
3.1	Do exame abstrato à investigação da causa concreta: individuação do conceito de obrigação essencial	111
3.2	Origens do requisito: teoria do fundamental breach do direito inglês e notion d'obligation fondamentale do direito francês	118
3.3	Análise crítica: distinção da disciplina incidente	131
3.3.1	<u>Cláusulas limitativas do objeto contratual</u>	133
3.3.2	<u>Cláusulas excludentes do dever de indenizar, cláusulas limitativas do dever de indenizar e cláusulas penais de perfil limitativo</u>	138
4	REQUISITO DE VALIDADE REFERENTE AO DOLO DO DEVEDOR	150
4.1	Análise crítica: definição do fundamento valorativo e proposta de interpretação sistemática	150
4.2	Validade das cláusulas de não indenizar referentes à culpa grave	158
4.3	Individuação de dolo específico do devedor	175
4.3.1	<u>Responsabilidade contratual</u>	176
4.3.2	<u>Responsabilidade extracontratual</u>	186
4.3.3	<u>Responsabilidade objetiva</u>	200
4.3.4	<u>Responsabilidade pré-contratual por ruptura imotivada das negociações</u>	206
	CONCLUSÃO	213
	REFERÊNCIAS	230

INTRODUÇÃO

A teoria da responsabilidade civil sofreu profundas mudanças com a promulgação da Constituição de 1988. Alçada a dignidade da pessoa humana a fundamento e a solidariedade social a objetivo da República, a responsabilidade civil, inicialmente atrelada à racionalidade de punição do ofensor, tendo como elemento basilar a culpa, passou a se orientar para o ressarcimento da vítima, muitas vezes sem se cogitar da imputabilidade ou de se investigar a antijuridicidade do fato danoso. Tal tendência abriu ensanchas para o desenvolvimento da responsabilidade objetiva, usualmente fundamentada no risco da atividade, de teorias que expandem o conceito jurídico denexo causal e da proliferação de situações jurídicas lesivas, aptas a deflagrar danos materiais e morais.

Nesse cenário, a previsibilidade sobre os riscos assumidos pelas partes, no que toca ao dever de indenizar, ganha contornos de extrema relevância para a promoção do tráfego negocial. Desse modo, o objeto deste trabalho diz com a gestão de riscos contratuais mediante a inserção de cláusula que exclui a reparação por perdas e danos decorrentes do inadimplemento (cláusula de exoneração) ou fixa valor máximo de indenização (cláusula de limitação).

O tema das convenções limitativas e excludentes,² no ordenamento jurídico pátrio, não conta com normativa específica, identificando-se apenas proibições esparsas na legislação. Os tribunais, a seu turno, não assumiram postura ativa na construção da disciplina incidente. Como resultado, delinea-se quadro de incertezas na prática negocial. Diante da aludida omissão legislativa e jurisprudencial, assume a doutrina importante atribuição³ de elucidar os elementos constitutivos, os fundamentos valorativos, a qualificação, os parâmetros de interpretação-aplicação e os efeitos produzidos por essas convenções.

² Neste trabalho, serão utilizados como sinônimos os vocábulos “cláusula”, “convenção”, “ajuste” e “pacto”. Ademais, a expressão “cláusulas de não indenizar” será utilizada para se referir conjuntamente às cláusulas limitativas e excludentes do dever de indenizar.

³ “Os desenvolvimentos da teoria da argumentação, assim, valorizam a posição da doutrina, que se revela o *locus* privilegiado capaz de promover a almejada ressignificação da atividade interpretativa” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 9, 2016, p. 8).

Na doutrina brasileira, porém, o tema foi pouco explorado, submetido a papel coadjuvante perante ajustes que melhor tutelavam o direito do credor, como as cláusulas penais, sob perspectiva clássica da relação obrigacional como supremacia creditícia. O desenvolvimento doutrinário acerca das cláusulas de não indenizar se deu precipuamente por meio de amplo debate sobre o plano da invalidade, em cenário de desconfiança acerca de sua inserção na prática negocial.

Dito diversamente, as convenções de não indenizar foram tratadas pela antítese, pelo que não são (distinções estruturais em relação a figuras afins) e para o que não podem servir (requisitos tradicionais de validade). Como consequência, construíram-se excessivas amarras ao princípio de licitude dos ajustes, que só poderão se referir, na enunciação clássica, a obrigações acessórias, para o inadimplemento por culpa leve e em hipóteses que não violem a ordem pública, a restringir demasiadamente sua aplicabilidade prática.

O presente trabalho se volta, portanto, à releitura de tais pressupostos de validade, com vistas a revisitá-los em perspectiva de valorização das potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar. Nessa toada, o Capítulo I se inicia pelo tratamento da função e da estrutura dos ajustes. Procede-se, assim, ao exame da importante atuação das convenções limitativas e excludentes como instrumentos de gestão contratual de riscos para, em seguida, analisar-se as espécies de cláusulas de não indenizar, com ênfase para as que limitam e excluem o montante reparatório, que se referem a modalidades de dano (excluindo, *v.g.*, a reparação por danos emergentes, lucros cessantes, danos indiretos), que se relacionam com os fundamentos de responsabilidade (afastando, *v.g.*, o dever de indenizar pela mora, por atos de terceiros e equiparando eventos a caso fortuito e a força maior), bem como para as convenções de limitação a garantia patrimonial, de inversão do ônus da prova e de estipulação de prazos prescricionais e decadenciais. Passo adiante, estudam-se os efeitos produzidos pelas cláusulas no inadimplemento contratual, à luz da distinção entre os direitos à exata prestação devida, ao equivalente ao devido, à restituição do já cumprido e à reparação por perdas e danos.

De mais a mais, dedica-se o Capítulo I à qualificação das cláusulas de não indenizar em face das cláusulas limitativas do objeto contratual e das cláusulas penais, não apenas para distingui-las estruturalmente, mas, além, para cotejá-las em perspectiva funcional, de modo a se investigar, no item seguinte, a sistematização dos requisitos de validade para as quatro convenções disciplinadoras da responsabilidade civil. Note-se que, em linha tracejada que contenha, em um dos extremos, a plena satisfação do crédito e, no extremo oposto, o seu

completo esvaziamento, a cláusula penal, o pacto limitativo do dever de indenizar, a convenção excludente do dever de reparar por perdas e danos e o ajuste limitativo do objeto contratual se apresentam em sequência, produzindo estes últimos efeitos mais gravosos, vez que sequer a obrigação é assumida. Há, assim, progressiva delimitação da tutela creditícia: inicialmente, nenhuma medida é excluída, mas tão somente limitadas as perdas e danos; em seguida, exonera-se o devedor da obrigação de indenizar, permanecendo hígidos outros efeitos do inadimplemento; ao fim, nenhum remédio restará ao credor. Ocorre, em outras palavras, progressiva transferência de riscos: desde riscos compartilhados entre credor e devedor; passando-se pela transferência parcial de riscos ao credor (relativos à reparação pecuniária) até a transferência integral de riscos.

Seguindo o fio condutor do trabalho, o Capítulo II se dedica ao estudo do primeiro requisito tradicional de validade das cláusulas de não indenizar, referente ao respeito à ordem pública, para o qual seriam vedadas as convenções que façam referência a direitos indisponíveis. Trata-se de pressuposto comum a toda e qualquer cláusula contratual, que deve ser interpretado como o juízo de merecimento de tutela a que se submetem todas as figuras jurídicas. Em outras palavras, devem-se investigar os perfis de ilicitude – quando há contrariedade estrutural à regra de regência –, de abusividade – nas hipóteses em que o direito é exercido em desacordo com sua função – e de merecimento de tutela – nos casos em que são sopesados os interesses lícitos e não-abusivos incidentes na situação concreta. Analisa-se, a esse respeito, a validade dos ajustes em relações de consumo, em contratos de adesão em relações civis, relativos a danos materiais e morais decorrentes de lesão à pessoa humana e na disciplina do contrato de transporte.

Em seguida, o Capítulo III cuida do requisito tradicional de validade relativo às obrigações principais, segundo o qual só seriam admitidas as cláusulas limitativas e excludentes que se referissem a deveres acessórios. Busca-se o exame do pressuposto sob a perspectiva da causa negocial, a fim de se identificar a essencialidade da obrigação para o conjunto de efeitos concretamente produzidos pelo negócio, bem como a (in)ocorrência de frustração do programa contratual quando as convenções limitativas do objeto, excludentes do dever de indenizar, limitativas do dever de reparar por perdas e danos e penais, analisadas criticamente em suas peculiaridades, se referirem a obrigação integrante da causa. Apreciam-se, para tanto, as soluções adotadas pelo direito inglês, que desenvolveu a teoria do *fundamental breach*, segundo a qual afiguram-se inválidos os pactos que afetem a própria essência do contrato, e pelo direito francês, que historicamente tem se utilizado da *notion*

d'obligation fondamentale para considerar nulos os ajustes de não indenizar que esvaziem obrigações essenciais. Neste último, a tese foi positivada na recente reforma do Código Civil efetuada pela *Ordonnance* nº 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, que inovou ao consagrar, no artigo 1.170, que “toda cláusula que prive de sua substância a obrigação essencial do devedor é reputada não escrita”,⁴ a denotar a relevância e a atualidade do debate.

Passo adiante, o Capítulo IV analisa o requisito tradicional de validade referente ao dolo e à culpa grave, consoante o qual só seriam admitidas as cláusulas de não indenizar relativas à culpa leve. O exame se desenvolve segundo a teoria contemporânea da responsabilidade civil no direito brasileiro, alertando-se para os perigos da incorporação acrítica da experiência estrangeira. Considerando-se que, no sistema jurídico pátrio, prevalece a irrelevância dos graus de culpa (levíssima, leve e grave) e, ainda, a inadmissibilidade de função punitiva da responsabilidade civil, averigua-se a necessidade de individuação de dolo específico do devedor à luz dos ditames da boa-fé objetiva.

Encerra-se este trabalho com a aferição das potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar para além da responsabilidade contratual subjetiva, individuando-se a disciplina incidente para os ajustes na responsabilidade extracontratual, na responsabilidade objetiva e na responsabilidade pré-contratual.

⁴ No original: “Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite”.

1. CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS, FUNDAMENTOS VALORATIVOS E QUALIFICAÇÃO

1.1. Cláusulas limitativas e cláusulas excludentes do dever de indenizar: o que são e para que servem?

*“As cláusulas de não indenizar apresentam, assim, vantagens: não tomando certos riscos financeiros, o devedor fará pagar menos caro o credor e poderá inovar sem temer uma responsabilidade esmagadora”.*⁵

PHILIPPE MALAURIE E LAURENT AYNÈS

O exame do intérprete sobre determinada figura jurídica pode se desenvolver de duas formas: ou por seu aspecto estrutural (“o que é”) ou por seu aspecto funcional (“para que serve”). Costuma-se se referir ao primeiro perfil quando o estudo se resume ao retrato estático dos elementos constitutivos do fato, a respeito do qual se avalia “o número de partes necessárias para formar um ato idôneo a produzir efeitos jurídicos” (“o que é”).⁶ Pelo segundo perfil, averigua-se a função a que se destina o instituto jurídico (“para que serve”), no intuito de que “se construa a síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide”.⁷ Em outras palavras, aprecia-se que efeitos jurídicos e finalidades são perseguidos pelo ato praticado.⁸ Tais aspectos, contudo, não se afiguram excludentes, devendo-se privilegiar o perfil funcional sem se descuidar da análise estrutural. Passa-se a investigar, nessa toada, o que são e para que servem as cláusulas de não indenizar. Considerando-se que, como referido, a função goza de prioridade valorativa, inicia-se por esse primeiro aspecto.

⁵ Tradução livre. No original: “Ces clauses présentent aussi des avantages: en ne prenant pas certains risques financiers, le débiteur fera payer moins cher le créancier et pourra innover, sans craindre une responsabilité écrasante” (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Cours de droit civil*. t. VI. Paris: Cujas, 1995, p. 496).

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 53.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 659.

1.1.1. As cláusulas de não indenizar como instrumentos para a gestão contratual de riscos

Os contratos, relevos de expressão da autonomia privada, consistem em importantes instrumentos de alocação de riscos entre as partes que se inserem no tráfego negocial. E no seio contemporâneo, sob os influxos da sociedade tecnológica, em que desponta a galopante velocidade das transformações sociais, tal característica assume extrema relevância. Em contexto no qual o interregno entre o moderno e obsoleto se contraem em escalas cada vez mais diminutas, o olhar estático das partes sob o instrumento contratual cede em face da preocupação com o bom desenvolvimento da dinâmica contratual, face aos (cada vez maiores) riscos relacionados às relações negociais. Por essa razão, como afirmado, as discussões em torno da alocação do infortúnio ganham, em sede contemporânea, contornos de grande destaque nas mesas de negociações.⁹

De início, cabe destacar que os contratos, ao atribuírem roupagem jurídica à vontade das partes, engendram as regras que irão reger a toada negocial, distribuindo entre os contratantes direitos, deveres e responsabilidades no bojo da relação a se desenvolver. Busca-se antever, no momento da celebração, os infortúnios aptos a atingirem o negócio e alocam-se, no instrumento contratual, as consequências evidenciadas. Por tal razão, o equilíbrio econômico do contrato encontra-se definido pela gestão dos riscos entre os contratantes, tendo de ser respeitado no decorrer da execução do negócio, em virtude do princípio da obrigatoriedade dos pactos.¹⁰

⁹ “Na sociedade tecnológica, caracterizada pelo intenso frenesi do consumo e da velocidade das comunicações, o contrato como instrumento de troca se torna cada vez mais extenso e complexo na tentativa de redução de riscos. Tentativa vã, as mais das vezes, justamente em razão da majoração exponencial da álea suscitada pela transformação assustadoramente rápida e globalizada da economia. Neste cenário, as ferramentas tradicionais de direito privado para debelar os dois maiores riscos do sistema de crédito – o inadimplemento e a insolvência – revelam-se infrutíferas em face das vicissitudes que, imponderáveis em seus efeitos, deslocam a relação contratual para o desequilíbrio de sua lógica econômica, espécie de zona cinzenta entre a fisiologia e a patologia do cumprimento obrigacional. Esse fenômeno, típico da contemporaneidade, exige o repensar da dogmática dos contratos, vez que a higidez do negócio jurídico, zelosamente elaborado, torna-se um *minus* diante da lancinante preocupação para com o desenvolvimento futuro da relação dele decorrente, compreendida neste contexto como *gestão de riscos*” (TEPEDINO, Gustavo. Prefácio. In: BANDEIRA, Paulo Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. xiii).

¹⁰ “La volonté contractuelle est autonome. Ces clauses relèvent donc de la liberté des parties et elles sont dotées de la force obligatoire” (AYNÉS, Laurent. Droit français. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*. Paris:

Esta repartição, a compor os pesos e contrapesos da relação jurídica formada (o *sinallagma contratural*), é definida pela escolha do tipo contratual, pelas características dos contraentes e, sobretudo, pela causa concreta do contrato, em cujo conteúdo observam-se os valores sobre os quais o ajuste se funda e a mínima unidade de efeitos que tangencia o escopo da avença.¹¹ Por tal razão, a composição do equilíbrio apenas se descortina após a qualificação do intérprete, segundo a aferição da concreta finalidade negocial.¹²

Podem-se citar duas maneiras de delineamento dos riscos de certo contrato. A primeira, denominada de *gestão negativa*, configura-se quando os contratantes, deliberadamente, não alocam determinado risco futuro e previsível sob a esfera jurídica de nenhuma das partes. Aguarda-se para, *a posteriori*, quando da ocorrência do evento, preencher-se o conteúdo do negócio de acordo com critérios definidos *ex ante*, no momento da celebração do ajuste. A *gestão positiva*, a seu turno, decorre da alocação dos riscos previsíveis nos termos de cláusulas contratuais expressas no contrato. Necessário destacar, neste ponto, que os riscos previsíveis pelos contratantes necessariamente terão sido geridos pelas partes; ou bem pelo expediente da gestão negativa, ou bem pelo da gestão positiva.¹³ Como expressões das gestões negativa e positiva de riscos destacam-se, respectivamente, o contrato incompleto e a cláusula resolutiva expressa, temas sobre os quais doutrina especializada já se debruçou.¹⁴

Além destes expedientes, as cláusulas de não indenizar, objeto de estudo do presente trabalho, também se firmam como instrumentos comuns na prática contratual para a gestão

L.G.D.J, 1998, p. 9). Tradução livre: “A vontade contratual é autônoma. Essas cláusulas surgem, então, da liberdade das partes e elas são dotadas da força obrigatória”.

¹¹ BANDEIRA, Paulo Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 13.

¹² Sobre o tema da causa, v. PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. Diritto civile: metodo-teoria-pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 111; TEPEDINO, Gustavo. *Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 131; PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 118; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, p. 263; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*, a. 2, n. 4, 2013, p. 1; KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, 2010, p. 44; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 153.

¹³ TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 6, 2015, p. 9.

¹⁴ BANDEIRA, Paulo Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

positiva de riscos.¹⁵ Trata-se de expressão de exercício merecedor de tutela da autonomia negocial.¹⁶ Como sabido, as partes, considerando os riscos do descumprimento contratual ordinariamente assumidos, podem, em um extremo, ampliá-los, atribuindo o dever de indenizar até mesmo em face do incumprimento decorrente de fatores exógenos à relação contratual (v.g. caso fortuito e fato exclusivo de terceiro), ou, de outro, restringi-los, ao excluir o dever de reparar do *solvens* em hipóteses nas quais, de ordinário, o legislador lhe atribui o dever de indenizar. É desta última hipótese que cuida o presente trabalho.

Vale dizer que, por intermédio das cláusulas de não indenizar, podem os contratantes afastar ou limitar a responsabilidade por perdas e danos que uma parte causa à outra, decorrente de comportamento culposos ou em face de atribuição de responsabilidade objetiva. A título exemplificativo, as partes, ao limitarem ou excluïrem o dever de indenizar do transportador em relação ao atraso na entrega da coisa, transferem os riscos do inadimplemento para a esfera jurídica do credor, alocando os infortúnios de maneira distinta

¹⁵ “Les clauses destinées à limiter ou à écarter la responsabilité en cas d’inexécution des obligations contractuelles sont extrêmement répandues aussi bien dans les contrats soumis au droit privé que dans les contrats administratifs et leur usage est particulièrement importante dans les contrats internationaux. On les trouve non seulement dans les contrats d’adhésion, notamment ceux qui sont conclus entre professionnels et consommateurs, mais aussi dans les grands contrats négociés par des entreprises avec des firmes privées ou des personnes morales de droit public, y compris des Etats étrangers” (GHESTIN, Jacques. Préface. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: L.G.D.J, 1998, p. 1). Tradução livre: “As cláusulas destinadas a limitar ou a afastar a responsabilidade em caso de inexecução das obrigações contratuais são extremamente difundidas tanto nos contratos submetidos ao direito privado quanto nos contratos administrativos e seu uso é particularmente importante nos contratos internacionais. Elas são encontrados não somente nos contratos de adesão, notadamente aqueles que são concluídos entre profissionais e consumidores, mas também nos grandes contratos negociados por empresas com firmas privadas ou pessoas jurídicas de direito público, inclusive Estados estrangeiros”.

¹⁶ “Si potrebbe considerare l’autonomia come potere della libertà di contrarre, e di contrarre, in particolare, con un determinato contenuto (autoregolamentazione): libertà di contrarre, quindi, in senso ampio. Sì che, i limiti imposti dalla legge si prospetterebbero come eccezionali rispetto al concetto di autonomia. Si avrebbe, cioè, la libertà come principio e limiti come sue eccezioni. (...) Oggi non è più così. La regolamentazione posta in essere da un contratto può essere considerata meritevole di tutela se e soltanto se risponde non solo ai principi presenti a livello ordinario, ma a quei principi gerarchicamente superiori che, in un sistema italo-comunitario delle fonti, operano all’interno del sistema. La questione va, dunque, riproposta in maniera aperta e non chiusa, collocando l’autonomia contrattuale nell’attuale sistema” (PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003, pp. 394-395). Tradução livre: “Se poderia considerar a autonomia como poder da liberdade de contratar, e de contratar, em particular, com determinado conteúdo (autorregulamentação): liberdade de contratar, então, em sentido amplo. De modo que, os limites impostos pela lei se propoariam como excepcionais com relação ao conceito de autonomia. Isto é, se teria a liberdade como princípio e limites como suas exceções. (...) Hoje não é mais assim. A regulamentação efetuada por um contrato pode ser considerada merecedora de tutela se e somente se responde não somente aos princípios presentes em nível ordinário, mas àqueles princípios hierarquicamente superiores que, em um sistema italo-comunitário das fontes, operam no interior do sistema. A questão vai, então, reproposta de maneira aberta e não fechada, colocando a autonomia contratual no atual sistema”.

daquela determinada pelo legislador. Expandem-se, desta feita, os riscos assumidos pelo expedidor (e diminuem-se os do transportador), em razão da aposição de cláusula excludente ou limitativa.¹⁷

Desse modo, bem se observa que o tráfego jurídico negocial, muitas vezes, necessita que a gestão dos riscos decorrentes do inadimplemento se amolde a anseios específicos dos contratantes. Como sabido, risco e preço são fatores que caminham na mesma direção. Se o primeiro diminui, o segundo, em consequência, será reduzido.¹⁸ Tal fator enseja duas consequências positivas para o mercado negocial: em primeiro lugar, considerando a possibilidade de seguimento da atividade sob riscos menores, permite-se seu desenvolvimento a bem de todo o sistema econômico, com a participação de novos agentes e o incentivo à livre concorrência. De mais a mais, tal expediente contribui para a diminuição de preços, o que permite a ampliação do acesso a bens e serviços. Ainda nesta sede, as cláusulas de não indenizar assumem outra função de extrema relevância. Ao definir sobre quem e de que forma recairão os riscos, as partes estipulam, de antemão, as consequências do inadimplemento, dando-se previsibilidade aos efeitos de eventual descumprimento, em importante garantia de segurança jurídica.

Nessa toada, as convenções, em sua função de gestão contratual de riscos, viabilizam operações econômicas que poderiam não ser exequíveis sem a sua inclusão, facilitam a contratação de seguros por prêmios menos custosos e permitem ao credor a obtenção de vantagem em contrapartida, não arcando este (ou arcando em menor extensão) com o impacto no preço causado pelo grau de assunção de riscos pelo devedor.^{19 20}

¹⁷ MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Cours de droit civil*. t. VI. Paris: Cujas, 1995, p. 496.

¹⁸ “En se déchargeant de tout ou partie de leur responsabilité, les contractants évitent le paiement d’une prime d’assurance, ce qui leur permet d’abaisser le prix de revient et, le cas échéant, le prix de vente. Sur un plan économique, cela revient à transférer du débiteur sur le créancier la charge de certains risques, quitte pour ce dernier à souscrire l’assurance dont le débiteur a fait l’économie” (MALINVAUD, Philippe; FENOUILLET, Dominique; MEKKI, Mustapha. *Droit des obligations*. Paris: LexisNexis, 2014, p. 620). Tradução livre: “Livrando-se de toda ou de parte de sua responsabilidade, os contratantes evitam o pagamento de um prêmio de seguro, o que lhes permite reduzir o preço de custo e, conforme o caso, o preço de venda. No plano econômico, isso possibilita transferir do devedor ao credor o encargo de certos riscos, bastando a esse último subscrever o seguro que o devedor economizou”.

¹⁹ Registre-se que o desconto no preço se revela apenas um dos exemplos de vantagens que podem ser obtidas em contrapartida ao ajuste de não indenizar. Nesse ponto, a análise de equilíbrio funcional da relação jurídica não pode se limitar ao cotejo entre coisa ou serviço e preço, mas deve se voltar para a relação complexa, incluindo coligações contratuais. Ademais, a vantagem pode se traduzir na própria contratação, recusando-se a parte a celebrar negócio de elevado risco sem a pactuação de convenção de não indenizar. Sobre o tema, v. “Nesse sentido, observa-se que o estudo do equilíbrio contratual não deve ser realizado pontualmente apenas no

Delineados estes aspectos funcionais, passa-se ao exame da estrutura das convenções de não indenizar.

1.1.2. Espécies de cláusulas de não indenizar: limitação e exclusão direta e indireta

A infinitude do imaginário negocial conduz a uma variada gama de modalidades que as cláusulas de não indenizar podem assumir. Despontam, no tema, dois principais grupos de

tocante à determinada obrigação estaticamente considerada, mas de forma global, levando em conta a relação jurídica como um todo – convém insistir –, a abranger as especificidades de cada situação jurídica em concreto, em perspectiva dinâmica. Na busca do equilíbrio funcional, devem ser avaliadas, por exemplo, circunstâncias contratuais além daquelas traduzidas nos clássicos binômios preço-serviço ou preço-coisa. Em uma sociedade fluida e de massificação do consumo, impõe-se observar fatores como o risco assumido por cada contratante, além de juros, cláusulas penais, cláusula resolutiva expressa, dentre outros. A busca do equilíbrio requer a investigação ampla da relação, o que impõe ao intérprete o dever de mirar também aspectos negociais não clausulados, provenientes não já do ato jurídico formal, mas da atividade, da obrigação como processo em execução, e mesmo eventuais coligações contratuais” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, pp. 236-237). Cf. tb. BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 157.

²⁰ A respeito das vantagens decorrentes da estipulação de cláusula de não indenizar, cf. STARCK, Boris. *Droit civil: obligations*. Paris: Librairies Techniques, 1972, p. 634: “Les avantages de ces clauses sont évidents pour le débiteur qui évite ou limite sa responsabilité. Elles ont paru nécessaires dans certaines entreprises dont le fonctionnement est la cause de dommages fréquents ou importants. La charge financière de la réparation des dommages a été présentée comme trop lourde pour pouvoir permettre à ces entreprises de survivre; l'argument avait été surtout avancé en matière d'aviation, du moins à ses débuts. Il faut tenir compte aussi de la concurrence internationale. C'est notamment le cas en matière de transports maritimes. Les clauses de non-responsabilité ou de responsabilité limitée étant admises en droit anglais, par exemple, – ce qui permet un abaissement sensible des coûts des transports (le fret maritime) – les transporteurs maritimes français n'auraient pas pu soutenir cette concurrence si leur responsabilité ne pouvait pas être allégée de la même façon. Ajoutons que les clauses limitant la responsabilité facilitent l'assurance que contractent les débiteurs pour le cas d'inexécution de leurs obligations et, de toute façon, diminuent les primes d'assurance. Quanto au créancier, il y trouve l'avantage d'un prix plus bas. Cela est particulièrement frappant dans certains cas où il a le choix entre deux tarifs: un premier tarif à prix élevés, mais à responsabilité intégrale, un deuxième tarif à prix réduit, où la responsabilité est limitée. L'expérience prouve que, faisant preuve d'optimisme..., le créancier préfère les bas tarifs, comptant que tout ira bien et que le contrat sera exécuté”. Tradução livre: “As vantagens dessas cláusulas são evidentes para o devedor que evita ou limita sua responsabilidade. Elas pareceram necessárias em certas empresas cujo funcionamento é a causa de danos frequentes ou importantes. A carga financeira da reparação dos danos se verificou muito pesada para permitir que essas empresas sobrevivessem; o argumento tinha sido, sobretudo, levantado em termos da aviação, ao menos em seu início. É necessário levar em conta também a concorrência internacional. É notadamente o caso dos transportes marítimos. As cláusulas de não-responsabilidade ou de responsabilidade limitada, tendo sido admitidas no direito inglês, por exemplo, – o que permite uma redução sensível dos custos de transporte (o frete marítimo) – fez com que os transportes marítimos franceses não pudessem sustentar essa concorrência se sua responsabilidade não pudesse ser alegada da mesma maneira. Acrescentemos que as cláusulas que limitam a responsabilidade facilitam o seguro que os devedores contratam para a inexecução de suas obrigações e, de toda maneira, diminuem os preços de seguro. Quanto ao credor, ele encontra aí a vantagem de um preço mais baixo. Isso é particularmente evidente em certos casos em que existe a escolha entre duas tarifas: uma primeira tarifa de preços elevados com responsabilidade integral e uma segunda tarifa com preço reduzido, em que a responsabilidade é limitada. A experiência prova que, dando prova de otimismo..., o credor prefere as baixas tarifas, contando que tudo irá bem e o contrato será executado”.

ajustes: (i) os de limitação ou exclusão direta, cuja ativação já basta para se verificar a restrição ou a exoneração do dever de indenizar e (ii) os de limitação ou exclusão indireta, que, posto não levarem imediatamente ao efeito limitativo ou excludente, fazem-no de maneira remota. Constituem exemplos daqueles as cláusulas limitativas e excludentes do montante da indenização, de espécies de danos e de fundamentos de responsabilidade, ao passo que afiguram-se como ilustrações destas as convenções de limitação a garantia patrimonial, as de inversão do ônus da prova e as de estipulação de prazos prescricionais e decadenciais.²¹

A primeira modalidade consiste na exclusão de todo o dever de indenizar, categoria esta denominada de convenção de exoneração.²² Afigura-se, ainda, admissível a estipulação

²¹ Na síntese de António Pinto Monteiro: “La limitación de la responsabilidad puede hacerse de múltiples formas. Unas veces (hipótesis muy frecuente), se establece un techo a la indemnización; otras veces se restringe la reparación del acreedor a cierto tipo de daños (p. ej., a los daños emergentes, excluyéndose la indemnización por lucro cessante), o a un porcentaje del perjuicio total; puede también limitarse la responsabilidad del deudor a la concurrencia de determinados presupuestos, por ejemplo, ciertos grados de culpa, o a determinados bienes de su patrimonio, etc. Por otro lado, tanto las cláusulas limitativas como las de exclusión pueden afectar la responsabilidad del deudor por actos propios o, por el contrario, la responsabilidad resultante de actos de sus representantes o auxiliares. Y no conviene olvidar que la exoneración de la responsabilidad (por actos propios o por actos de terceros) puede obtenerse, a través de cláusulas que anticipadamente califican ciertos acontecimientos como casos de fuerza mayor. Por último, hay muchas cláusulas que, a pesar de no afectar directamente la exoneración de la responsabilidad, acaban conduciendo, aunque de forma indirecta o mediata (o también, de propósito, de forma encubierta), a ese resultado: es lo que sucede, v. gr., con la cláusula de inversión de la carga de la prueba y con la cláusula que reduce los plazos de prescripción o de caducidad de los derechos del deudor” (Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n. 83, 1994, p. 198). Tradução livre: “A limitação da responsabilidade pode fazer-se de múltiplas formas. Algumas vezes (hipóteses muito frequentes), se estabelece um teto de indenização; outras vezes se restringe a reparação do credor a certo tipo de dano (por exemplo, aos danos emergentes, excluindo-se a indenização por lucro cessante), ou a uma percentagem do prejuízo total; pode também limitar-se a responsabilidade do devedor à concorrência de determinados pressupostos, por exemplo, certos graus de culpa, ou a determinados bens de seu patrimônio, etc. Por outro lado, tanto as cláusulas limitativas como as de exclusão podem afetar a responsabilidade do devedor por atos próprios, ou, pelo contrário, a responsabilidade resultante de atos de seus representantes ou auxiliares. E não convém esquecer que a exoneração da responsabilidade (por atos próprios ou por atos de terceiros) pode ser obtida por meio de cláusulas que antecipadamente qualificam certos acontecimento como casos de força maior. Por último, há muitas cláusulas que, apesar de não afetarem diretamente a exoneração da responsabilidade, acabam conduzindo, ainda que de forma indireta ou mediata (ou também, de propósito, de forma encoberta), a este resultado: é o que sucede, por exemplo, com a cláusula de inversão do ônus da prova e com a cláusula que reduz os prazos de prescrição ou de decadência dos direitos do devedor”.

²² “Il est vrai que ces clauses connaissent des modalités évidentes. On songe aux exonérations courantes du style: ‘La maison décline toute responsabilité en cas d’accident’, ou aux limitations en montant telles que ‘Les pénalités de retard seront en tout cas plafonnées à \$50 000’” (FONTAINE, Marcel. Observations sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*. Paris: L.G.D.J, 1998, pp. 281-282). Tradução livre: “É verdade que essas cláusulas conhecem modalidades evidentes. Pensa-se as exonerações correntes do tipo: ‘O estabelecimento declina toda a responsabilidade em caso de acidente’, ou as limitações em montante tais como ‘As penalidade de atraso terão em todo caso teto de \$50 000’”. V. tb. “La

de limite máximo ao montante indenizatório, a restringir a extensão da responsabilidade por perdas e danos (cláusula limitativa do dever de indenizar). O ajuste opera usualmente de duas formas. Na primeira delas, preveem os contratantes um teto determinado, de modo que o dever de indenizar limitar-se-á a esse valor.²³ A segunda espécie desta modalidade consiste na fixação de porcentagem que incidirá sobre o montante dos danos causados.²⁴ Outrossim, nada obsta que os contratantes pré-determinem fórmula matemática mais complexa pela qual se elucidará o montante a ser indenizado. Observe-se que, se a extensão do dano causado for menor do que o valor do teto estipulado, tal pacto não produzirá efeitos, arcando o devedor com a reparação integral, diversamente do que ocorre se estabelecida porcentagem sobre a extensão total do dano, caso em que a convenção sempre gerará a consequência de restrição do dever de indenizar.²⁵

clause relative à la réparation plafonne l'indemnité que le débiteur défaillant doit payer. La limitation peut viser directement les dommages et intérêts. Elle peut aussi atteindre indirectement ce résultat en limitant les hypothèses dans lesquelles la responsabilité du débiteur se trouve engagée. (...) La clause exclusive (ou exonératoire ou évasive de réparation) prévoit quant à elle un plafond nul" (HELLERINGER, Geneviève. *Les clauses du contrat: essai de typologie*. Paris: L.G.D.J, 2012, p. 94). Tradução livre: "A cláusula relativa à reparação limita a indenização que o devedor inadimplente deve pagar. A limitação pode visar diretamente a perdas e danos. Ela pode também atingir indiretamente esse resultado limitando as hipóteses nas quais a responsabilidade do devedor se acha comprometida. (...) A cláusula excludente (ou de exoneração ou elusiva de reparação) prevê quanto a ela um teto nulo".

²³ Veja-se, a título ilustrativo, a seguinte cláusula contratual: "The total liability of X and/or the Principals in connection with the Agreement whether in contract or in negligence or otherwise however... shall not exceed the sum of 100.000 pounds sterling in aggregate..." (LY, Philip de; FONTAINE, Marcel. *La redazione dei contratti internazionali a partire dall'analisi delle clausole*. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 461). Tradução livre: "A total responsabilidade de X e/ou dos devedores principais em conexão com o acordo se contratado ou por negligência ou de qualquer modo ... não deve exceder a soma de 100.000 libras esterlinas ao todo".

²⁴ "Pour limiter sa responsabilité, deux possibilités se présentent: Une personne peut craindre d'être engagée, en raison de son activité, à verser des indemnités à une autre personne qui pourrait subir des dommages. Cette personne va donc essayer de conclure avec son éventuelle victime une clause aux termes de laquelle elle ne lui verserait, en cas de réalisation du dommage, qu'un pourcentage de sa valeur réelle" (GEMEI, Hassan. *Les réactions des clientes du Proche-Orient aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité des fournisseurs européens*. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*. Paris: L.G.D.J, 1998, pp. 316-317). Tradução livre: "Para limitar sua responsabilidade, duas possibilidades se apresentam: Uma pessoa pode temer ser comprometida, em razão de sua atividade, a pagar indenizações a uma outra pessoa que poderia sofrer os danos. Essa pessoa vai então tentar concluir com sua eventual vítima uma cláusula nos termos da qual ela só lhe pagaria, em caso de ocorrência do dano, uma porcentagem de seu valor real".

²⁵ PERES, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 87.

De mais a mais, constitui modalidade de ajuste de não indenizar a cláusula excludente de determinada espécie de dano.²⁶ Enquanto a categoria antes referida versa sobre a limitação do *quantum* indenizatório, a que se passa a estudar implica a restrição do dever de indenizar aferível no momento de verificação do *an debeat*. Ilustra-se: A e B, contratantes, preveem cláusula mediante a qual o devedor B responderá tão somente pela reparação de danos emergentes. Dessa maneira, o pacto restringe o dever de indenizar conjecturado legalmente (art. 402 do CC²⁷), excluindo-lhe os lucros cessantes.²⁸ Do mesmo modo, constituem ilustrações da espécie ora analisada as convenções que exoneram o devedor da reparação de danos indiretos.²⁹

Outra modalidade de ajuste que diretamente afeta o dever de indenizar reside na cláusula limitativa de fundamentos de responsabilidade. Restringem-se, assim, os pressupostos do dever de indenizar, pactuando as partes, por exemplo, que o devedor

²⁶ “Una segunda clasificación de las cláusulas modificativas atiende al elemento de la responsabilidad contractual afectado por el pacto o cláusula: en efecto, o bien la cláusula se refiere: A. A uno de los elementos integrantes del ilícito contractual: a) A los daños. b) A los criterios de imputación. c) A la relación de causalidad. d) A la conducta dañosa. B) La cláusula se refiere a la obligación de reparar, sea: a) En la cuantía de la indemnización. b) En la garantía con que la responsabilidad se hace efectiva. c) En algún elemento procesal de la responsabilidad, ya sea: c’) La prescripción o caducidad de la acción. c’’) La inversión de la carga de la prueba. c’’’) El lugar donde ha de reclamarse la responsabilidad” (AMIGO, Manuel Garcia. *Lecciones de derecho civil II: teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid: McGraw-Hill, 1995, pp. 618-619). Tradução livre: “Uma segunda classificação das cláusulas modificativas atende ao elemento da responsabilidade contratual afetado pelo pacto ou cláusula: com efeito, ou bem a cláusula se refere: A. A um dos elementos integrantes do ilícito contratual: a) Aos danos. b) Aos critérios de imputação. c) À relação de causalidade. d) À conduta danosa. B) A cláusula se refere à obrigação de reparar, seja: a) Na quantia de indenização. b) Na garantia com que a responsabilidade se faz efetiva. c) Em algum elemento processual da responsabilidade, seja: c’) A prescrição ou decadência da ação. c’’) A inversão do ônus da prova. c’’’) O lugar em que se há de reclamar a responsabilidade”.

²⁷ Art. 402, CC. “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”.

²⁸ “En sentido amplio, daño es toda disminución del patrimonio del acreedor, ya consista en una pérdida sufrida o *damnum emergens*, ya en una ganancia estorbada o *lucrum cesans*” (LEMUS, Manuel Medina de. *Derecho civil: obligaciones y contratos*. t. II. v. I. Madrid: Editorial DILEX, S.L., 2004, p. 152). Tradução livre: “Em sentido amplo, dano é toda diminuição do patrimônio do credor, quer consista em uma perda sofrida ou *damnum emergens*, quer em lucro perdido ou *lucrum cesans*”.

²⁹ “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 nexo causal. ‘A ideia central, enunciada e repetida pelos autores, é, pois, a de que o aparecimento de outra causa é que rompe o nexo causal 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 Agostino 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” (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 103-104).

responderá por perdas e danos apenas em caso de dolo ou culpa grave, que o devedor não arcará com a reparação nas hipóteses de mora ou de inadimplemento absoluto, ou, ainda, que não responderá (total ou parcialmente) por atos de terceiros.³⁰

Com relação a este último ajuste, observe-se que o empregador responsabiliza-se, nos termos do artigo 932, III do Código Civil,³¹ pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhe competir, ou em razão dele. Nesse cenário, afigura-se possível que o devedor limite ou exclua o dever de indenizar por atos praticados por terceiros, transferindo o risco ao credor. Tal terceiro poderá agir de modo subordinado ou independente ao devedor, o que gerará efeitos no rigor de apreciação dos requisitos de validade, como se analisará no item 4.3.1, *infra*.³²

Categoria diversa de restrição dos pressupostos de responsabilidade diz com a previsão de equiparação de determinadas situações a caso fortuito ou a força maior, isto é, a eventos inevitáveis e necessários (art. 393, parágrafo único, CC³³).³⁴ Na espécie, as partes pactuam que certos acontecimentos, caso verificados, operarão efeito liberatório ao devedor,

³⁰ GARCIA-CANTERO, Gabriel. Droit espagnol. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*. Paris: L.G.D.J, 1998, p. 216.

³¹ Art. 932, CC. “São também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

³² OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 47-63.

³³ Art. 393, CC. “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”.

³⁴ “La clause d’extension des cas fortuits étant ainsi connue dans sa nature et dans ses effets, un rapprochement utile peut être fait entre elle et les clauses de non-responsabilité” (DURAND, Paul-J. *Des conventions d’irresponsabilité*. Paris: Librairie des Juris-Classeurs-Éditions Godde, 1931, p. 200). Tradução livre: “Sendo assim conhecida em sua natureza e em seus efeitos a cláusula de extensão desses casos fortuitos, pode ser feita uma aproximação entre elas e as cláusulas de não-responsabilidade”.

resolvendo automaticamente o contrato.³⁵ Nessa toada, o risco da ocorrência de tais fatos passa a ser assumido pelo credor.³⁶

A esse respeito, diverge a doutrina se os eventos a serem equiparados deveriam corresponder a circunstâncias estranhas ao controle do devedor, não lhe sendo imputáveis, ou se poderiam dizer respeito a acontecimentos situados em sua esfera de controle. Para uma primeira posição, seria admissível a previsão de fatos que estão sob a ingerência do *solvens*, situando-se tal questão na esfera da autonomia negocial.³⁷ Já para uma segunda tese, não seria lícito que o evento se situasse na esfera de controle do devedor, sob pena de configuração de comportamento contraditório, vedado pelo ordenamento jurídico (*nemo potest venire contra factum proprium*).³⁸ Em aprofundamento dessa segunda corrente, ainda, sustenta-se que a convenção em análise não encontra nenhuma utilidade prática se não para a “concreção negocial de um termo vago previsto na legislação”, isto é, para especificar acontecimentos que caracterizam caso fortuito ou força maior naquela relação contratual, eliminando potenciais dúvidas.³⁹

Parece, todavia, ser necessário diferenciar três hipóteses: (i) as que já configuram caso fortuito ou força maior e operam por si o efeito liberatório; (ii) as que constituem caso fortuito

³⁵ “Tome-se como exemplo a impossibilidade da prestação superveniente e inimputável ao devedor, que acarreta a resolução *ipso iure* da obrigação, independentemente de sentença constitutiva, liberando o devedor da prestação. Trata-se, aqui, de impossibilidade provocada por caso fortuito ou força maior, caracterizada, fundamentalmente, como se depreende do parágrafo único do artigo 393 do Código Civil, pela *inevitabilidade e necessariedade* do acontecimento, não já por uma suposta imprevisibilidade” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 86).

³⁶ FONTAINE, Marcel. Observations sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*. Paris: L.G.D.J., 1998, pp. 281-282.

³⁷ “Não há dúvida de que os casos de força maior assimilados e as presunções de fortuito previstos na convenção entabulada entre as partes não poderão resultar de dolo ou culpa grave do devedor. Contudo, não se vê impedimento a que certas circunstâncias imputáveis ao devedor excluam o dever de indenizar caso tenha este contribuído com mera culpa leve para sua ocorrência, desde que assim conste expressamente da avença” (AVELAR, Letícia Marquez de. *A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 65).

³⁸ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 109. V. tb. “Altre clausole colpite da nullità sono quelle che esonerano il debitore da responsabilità o che sanciscono a suo favore una presunzione di non colpa in relazione a determinati eventi che non integrano normalmente casi fortuiti” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. v. V. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994, p. 68). Tradução livre: “Outras cláusulas eivadas de nulidades são aquelas que exoneram o devedor da responsabilidade ou que sancionam a seu favor uma presunção de não-culpa em relação a determinados eventos que não integram normalmente casos fortuitos”.

³⁹ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 221-222.

ou força maior, mas não geram de *per se* o efeito liberatório, uma vez que o legislador estipulou a responsabilidade do devedor por tais eventos e (iii) as que equiparam a caso fortuito ou a força maior acontecimentos que estão na esfera de controle do devedor.

Na primeira situação, tratando-se de esclarecimento pelas partes do que se considera caso fortuito ou força maior, enumerando-se eventos que são, de fato, inevitáveis e necessários e, por isso, já gerariam o efeito liberatório, não há que se falar propriamente em limitação ou exclusão do dever de indenizar, porquanto, no rigor da técnica, o dever de indenizar nunca foi conjecturado legalmente, configurando-se tão somente estratégia contratual para afastar possíveis controvérsias a respeito da caracterização de tais acontecimentos. Em outras palavras, a determinação consiste em expediente válido e útil, sobretudo em negociações mais complexas,⁴⁰ mas que não pode ser qualificado como espécie de convenção de não indenizar.

A concretização dos eventos que constituem caso fortuito ou força maior não é, contudo, a única utilidade de tais ajustes, devendo-se atentar para suas potencialidades funcionais. Com efeito, na segunda situação enumerada, as partes atribuem efeito liberatório a caso fortuito ou força maior que não o geraria, uma vez que a lei impõe a responsabilidade do devedor mesmo por tais ocorrências. Exemplifique-se com a perpetuação da obrigação do devedor em mora contemplada no artigo 399 do Código Civil, segundo o qual este “responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso”, salvo se provar que o “dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”. Segundo a regra, portanto, responde o devedor pelos riscos decorrentes da mora, se não provar a relevância negativa da causa virtual, isto é, que o prejuízo teria sido causado mesmo se mora não houvesse. A esse respeito, afigura-se admissível que as partes, na gestão de riscos contratuais, afastem a previsão do artigo 399 e prevejam a liberação do devedor por caso fortuito e força maior ainda que em mora, sobretudo diante da dificuldade de prova da relevância negativa da causa virtual. Idêntica solução incide, no contrato de locação, com relação ao dano sofrido pela

⁴⁰ “A despeito das regras oferecidas pela teoria legal do risco, podem as partes gerir os acontecimentos inevitáveis e necessários, predeterminando, por exemplo, quais eventos consideram caso fortuito capaz de impossibilitar a execução da prestação. Em verdade, torna-se cada vez mais frequente encontrar, sobretudo em contratos dotados de maior complexidade, semelhante previsão, que reduz a chance de discussões futuras a respeito da qualificação do evento superveniente” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 86).

coisa, proveniente de caso fortuito, se em mora o locatário quanto à obrigação de restituí-la (art. 575, CC⁴¹). Outra ilustração diz com a disciplina das obrigações de dar coisa incerta, na qual o artigo 246 do Código Civil dispõe que “antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito”. Desse modo, tratando-se de gênero, este não perece, permanecendo o devedor responsável pela obrigação.⁴² Entretanto, também aqui poderão as partes afastar a previsão do referido dispositivo legal, atribuindo efeito liberatório a eventos que configuram caso fortuito ou força maior.

Trata-se, assim, da estipulação convencional de efeito liberatório para hipóteses de caso fortuito ou força maior que, pelo regime de responsabilidade legalmente estabelecido, não o gerariam. Imprescindível que tais eventos estejam expressamente enumerados, a fim de que promovam a consequência exoneratória, já que, sem convenção prévia, não estariam aptos a fazê-lo.⁴³ Se são admitidas as cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar decorrente de inadimplemento, bem como se se permite que o devedor assuma a responsabilidade por caso fortuito ou força maior (art. 393, CC⁴⁴), não há que se falar em vedação a que as partes convençam a liberação por eventos inevitáveis e necessários nos casos em que a lei estipula a responsabilidade do devedor por tais acontecimentos.

⁴¹ Art. 575, CC. “Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito. Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade”.

⁴² Ressalve-se que o gênero, quando limitado, gera a liberação do devedor se este provar seu esgotamento (TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 514).

⁴³ “Anche la risoluzione per inadempimento, al par della responsabilità del debitore (...), è esclusa quando la parte inadempiente provi che la prestazione è diventata impossibile per causa ad essa non imputabile. Con una tale prova essa consegue la propria liberazione (...)” (GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile*. v. II. Padova: CEDAM, 2010, p. 506). Tradução livre: “Também a resolução por inadimplemento, ao lado da responsabilidade do devedor (...), é excluída quando a parte inadimplente prove que a prestação foi tornada impossível por causa a ela não imputável. Com uma tal prova ela consegue a sua própria liberação”.

⁴⁴ Art. 393, CC. “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. A respeito da assunção de responsabilidade por fortuito, v. “la validez del pacto queda limitada a su conformidad con la ley, la moral y el orden público, cuestión ésta que cobra especial relevancia cuando estamos ante un supuesto de contratación estandarizada donde el contratante que se adhiere y asume la responsabilidad por caso fortuito sea un consumidor o usuario” (GUARIDO, Natalia del Olmo. *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones: doctrina y jurisprudencia*. Pamplona: Aranzandi Editorial, 2004, p. 266). Tradução livre: “a validade do pacto fica limitada a sua conformidade com a lei, a moral e a ordem pública, questão essa que ganha especial relevância quando estamos diante de uma suposta contratação padronizada em que o contratante que adere e assume a responsabilidade por caso fortuito seja um consumidor ou usuário”.

De outro giro, na terceira espécie, a equiparação a caso fortuito e força maior de fatos imputáveis ao devedor subverteria por completo conceitos jurídicos que dizem com o específico suporte fático de inevitabilidade e necessidade. A técnica correta para a gestão de riscos referentes ao inadimplemento contratual consiste na previsão de limitação ou exclusão do dever de indenizar, não já na equiparação de hipóteses a caso fortuito e a força maior.

Conclui-se, nessa toada, que o efeito de exclusão do dever de indenizar produzido por meio de convenções de equiparação de eventos a caso fortuito ou a força maior se opera na segunda espécie enumerada, em que a lei estabelece a responsabilidade do devedor por acontecimentos inevitáveis e necessários. Note-se, contudo, que a exoneração do dever de reparar por perdas e danos é apenas um dos efeitos da convenção liberatória, eis que esta, ao eximir o devedor da obrigação, se afigura mais ampla do que a cláusula de não indenizar, excluindo também outros direitos do credor na responsabilidade contratual, como à exata prestação devida e ao seu equivalente, tema de que se ocupará o item 1.1.3, *infra*.

Por outro ângulo, destaca-se, na prática contratual, a pactuação de cláusulas de limitação a garantia patrimonial. Como se sabe, o credor possui como garantia geral de sua dívida o patrimônio do devedor (arts. 391 e 942, *caput*, CC⁴⁵). Todavia, faz-se possível que as partes, por meio de disposição contratual, ajustem que o devedor responderá com apenas determinados bens, estipulados na própria convenção (limitação positiva), ou que, de modo diverso, não responderá o *solvens* com certa parte de seu patrimônio (limitação negativa).⁴⁶

⁴⁵ Art. 391, CC. "Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor"; Art. 942. "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação".

⁴⁶ "En nuestra opinión, una clasificación de las cláusulas limitativas de la responsabilidad podría fundarse sobre los elementos de la responsabilidad contractual afectados por ellas. Podría ser la siguiente: (...) C) Cláusulas limitativas de la responsabilidad que afectan a la garantía patrimonial con que se responde: C') En su aspecto sustantivo: limitación del patrimonio garante: a) Limitaciones positivas: 1. Se garantizan solamente con determinados bienes individuales: 1º Simplemente. 2º Mediante constitución de hipoteca, prenda, derecho de retención. b) Limitaciones negativas: 1. Excluyendo determinados bienes individualmente señalados. 2. Excluyendo determinadas categorías de bienes. 3. Excluyendo la garantía patrimonial universal" (AMIGO, Manoel Garcia. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid: Editorial Tecnos, 1965, pp. 126-128). Tradução livre: "Em nossa opinião, uma classificação das cláusulas limitativas da responsabilidade poderia fundar-se sobre os elementos da responsabilidade contratual afetados por elas. Poderia ser a seguinte: (...) C) Cláusulas limitativas da responsabilidade que afetam a garantia patrimonial com que se responde: C') Em seu aspecto substantivo: limitação do patrimônio garante: a) Limitações positivas: 1. Se garante somente com determinados bens individuais: 1º. Simplemente. 2º Mediante constituição de hipoteca, penhor, direito de retenção. b) Limitações negativas: 1. Excluindo determinados bens individualmente assinalados. 2. Excluindo determinadas categorias de bens. 3. Excluindo a garantia patrimonial universal".

Trata-se de espécie de limitação indireta ao dever de indenizar nos casos em que o valor dos bens garantidores se afigura inferior aos prejuízos causados, eis que, configurado o inadimplemento, não poderá o credor buscar o ressarcimento em outra porção do patrimônio do devedor que não aquela autorizada pela convenção. No caso da limitação positiva, ocorrendo alienação, deterioração, depreciação, perecimento ou desapropriação dos bens, poderá o credor pleitear sua substituição ou reforço. Na hipótese de limitação negativa, veda-se que o devedor provoque a diminuição de seu patrimônio.⁴⁷

Além disso, afigura-se admissível que as partes convencionem a inversão do ônus da prova. Considerando-se que, na responsabilidade contratual, a culpa é presumida, o pacto opera a redistribuição deste ônus probatório, incumbindo ao credor a comprovação de que o devedor agiu com culpa. Note-se, contudo, que não se confundem os ajustes de não indenizar e as cláusulas de inversão do ônus da prova, de modo que tal efeito só se verifica quando estipulada esta última convenção, não decorrendo automaticamente da previsão de pacto limitativo ou excludente.⁴⁸ As cláusulas podem, ainda, ser previstas de modo simultâneo.

De mais a mais, sustenta-se que a consequência do ajuste em análise sobre a reparação pecuniária seria, uma vez mais, indireta. Isso porque a inversão do *onus probandi* poderia levar o credor a intransponível dificuldade de desincumbir-se do ônus probatório, de modo que, nessas circunstâncias, geraria como efeito a exclusão do dever de indenizar.⁴⁹ Embora a cláusula seja classicamente tratada pela doutrina como espécie de pacto de não indenizar, no direito brasileiro contemporâneo, tal efeito indireto sobre o dever de reparar é impossibilitado pela previsão do Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 373, § 3º, II, de vedação à distribuição diversa do ônus da prova por convenção nos casos em que tornar excessivamente

⁴⁷ PERES, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 105-106.

⁴⁸ “Cláusula de inversão do ônus da prova da culpa. 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 objectos completamente diferentes, tais cláusulas configuram-se, também na sua eficácia jurídica, duas realidades absolutamente diversas” (PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985, pp. 96-97).

⁴⁹ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 111.

difícil a uma parte o exercício do direito (prova diabólica), na linha do que já era contemplado no artigo 333, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973.⁵⁰

Adotou o CPC de 2015, como matriz geral, a noção de carga dinâmica, de modo que, se o cumprimento do encargo probatório por uma das partes for impossível ou excessivamente difícil, ou mais fácil para a contraparte, a consequência será a redistribuição do ônus da prova, consoante o artigo 373, §§ 1º e 2º.⁵¹ Proscreeve o CPC, portanto, que a cláusula de inversão do ônus da prova crie óbice intransponível ao credor, tendo em vista as exigências de acesso à justiça, de busca da verdade real no processo e de adequada tutela dos direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CRFB/88⁵²).⁵³ Registre-se ainda que tal pacto não exclui a iniciativa do magistrado, que poderá realizar a

⁵⁰ Art. 373, CPC/2015. “§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”; Art. 333, CPC/73. “Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

⁵¹ Art. 373, CPC/2015. “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

⁵² Art. 5º, CRFB/88. “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: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁵³ Ressalve-se que parcela da doutrina processualista restringe a incidência do artigo 373, § 3º, III, do CPC, às relações de consumo e aos contratos de adesão em relações civis (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. v. II. t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 206; ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários ao novo código de processo civil*. v. V. Curitiba: Juruá, 2015, p. 315). Parece, contudo, não colher esta tese. A uma, pois o legislador processualista não limitou o escopo da regra. A duas, porquanto a convenção sobre ônus da prova envolve as referidas questões de ordem pública, relativas às garantias constitucionais de contraditório, ampla defesa e devido processo legal, ao acesso à justiça e à persecução da verdade real no processo. A três, uma vez que o efeito produzido pela convenção de inversão do ônus da prova, quando se traduz em óbice intransponível ao credor, é mais ampla do que a consequência produzida pela cláusula de não indenizar, excluindo, para além das perdas e danos, todos os direitos do credor na responsabilidade contratual, que não restará configurada. Nesse sentido, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 944; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.0007.

atividade probatória. De mais a mais, em relações de consumo, a convenção de inversão do ônus da prova constitui cláusula abusiva, nos termos do artigo 51, VI, do CDC.⁵⁴

Sublinhem-se, por derradeiro, os pactos que preveem redução dos prazos prescricionais e decadenciais. No ordenamento brasileiro, a alteração dos prazos prescricionais é vedada pelo artigo 192, do Código Civil,⁵⁵ a tornar inválidas quaisquer convenções que tenham por objeto a diminuição do prazo para o exercício de determinada pretensão.⁵⁶ No tocante aos prazos decadenciais, também se afigura proscriita a redução convencional quando forem estabelecidos por lei, por se referirem a interesse público, conforme se extrai das previsões dos artigos 209 e 210 do Código Civil.⁵⁷ Nesses casos, tornam-se inadmissíveis as alterações contratuais, conclusão diversa à que se chega no que tange à decadência convencional, em virtude de sua natureza dispositiva indicada pelo artigo 211 do Código Civil.^{58 59} A título ilustrativo, permite-se que as partes prevejam prazo

⁵⁴ Art. 51, CDC. “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”.

⁵⁵ Art. 192, CC. “Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes”.

⁵⁶ “A sanção contra cláusulas que aumentem ou diminuam o prazo, ou criem ou pré-excluem causas de suspensão, ou de interrupção, é a nulidade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 279). De outro giro, Aline de Miranda Valverde e Daniel Bucar Cervasio apresentam crítica à excessiva constrição da autonomia negocial disposta no artigo 192 e sustentam a possibilidade de dilação do prazo prescricional: “O legislador de 2002 foi de encontro à tendência observada em países como Alemanha e França, nos quais recentes reformas legislativas ampliaram a atuação da autonomia privada, e admitiram a alteração dos prazos. Ao que parece, o art. 192 restringiu desproporcionalmente a liberdade das partes, já que seria possível tutelar a segurança jurídica e, ao mesmo tempo, prestigiar a autonomia privada, definindo-se prazos legais mínimos e máximos dentro dos quais os contratantes poderiam escolher aquele que melhor promovesse seus interesses privados patrimoniais. Nesse cenário, homenagear-se-ia a autonomia privada, sem descuidar dos interesses resguardados pela prescrição. De todo modo, embora, de *lege lata*, a possibilidade de modificação dos prazos prescricionais pelas partes esteja vedada, cabe ao intérprete buscar soluções, dentro da legalidade constitucional, que prestigiem a autonomia privada legitimamente exercida. Nesse sentido, afigura-se possível permitir aos contratantes a dilação do prazo prescricional, após o termo *a quo*, até o dobro do prazo legal. Ora, se uma das partes pode, unilateralmente, interromper o curso da prescrição e reiniciá-la – o que pode, na prática, dobrar o prazo prescricional –, com muito mais razão deve-se admitir que os contratantes, de comum acordo, alcancem o mesmo resultado” (CERVASIO, Daniel Bucar; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Autonomia privada e prazos prescricionais*. *Pensar*, v. 22, n. 3, 2017, p. 15).

⁵⁷ Art. 209, CC. “É nula a renúncia à decadência fixada em lei”; Art. 210, CC. “Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei”.

⁵⁸ Art. 211, CC. “Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação”.

⁵⁹ THEORODO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. v. III. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 377-378.

decadencial para o exercício do direito de resolução.⁶⁰ Nessa hipótese, todavia, verificado o suporte fático de inadimplemento absoluto e inobservado o prazo decadencial pelo credor, este ainda poderá pleitear a execução pelo equivalente e a reparação por perdas e danos, que seguirão observando o prazo prescricional trienal previsto no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil.⁶¹

Deve-se, ademais, alertar para que a pactuação de prazos decadenciais não constitua meio de burla a prazos legalmente fixados, em flagrante fraude à proscrição. Nesse sentido já se pronunciou o Tribunal de Justiça de São Paulo, considerando inválido prazo decadencial de sessenta dias para cobrança de dívidas, estipulado contratualmente, vez que implicava redução do prazo prescricional de cinco anos contemplado no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil.^{62 63} Registre-se, nesse ponto, a necessidade de adequada qualificação da situação jurídica subjetiva em análise, se referente a direitos subjetivos, que se submetem a prazos prescricionais, ou a direitos potestativos, para os quais incidem prazos decadenciais.⁶⁴

1.1.3. Efeitos das cláusulas de não indenizar diante do inadimplemento contratual: distinção entre os direitos à exata prestação devida, ao equivalente ao devido, à restituição do já cumprido e à reparação por perdas e danos

Tradicionalmente, sempre se afirmou que as cláusulas de não indenizar não se confundem com pactos de irresponsabilidade, nem tampouco transformam a obrigação contratual em obrigação natural, no sentido de retirar-lhe a sanção,⁶⁵ eis que as convenções

⁶⁰ “Nada impede (...) que exista um prazo acordado para a resolução do contrato e não sendo o direito exercido nesse período caducará” (MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 166).

⁶¹ Art. 206, CC. “Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil”. O tema será retomado no item 4.3.2, *infra*.

⁶² Art. 206, CC. “Prescreve: § 5º Em cinco anos: I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular”.

⁶³ SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 2015.0000713581. 22ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Hélio Nogueira. São Paulo: 24 de setembro de 2015.

⁶⁴ Sobre o tema, v. LIMA, Rachel Maçalam Saab. *Análise funcional do termo inicial da prescrição: violação do direito ou possibilidade de exercício da pretensão?*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, pp. 85-96.

⁶⁵ “L’obbligazione naturale è bensì un’obbligazione incoercibile e perciò imperfetta, ma sempre rilevante dal punto di vista giuridico, se non altro per gli effetti che da essa sorgono, ai quali certamente non possono negarsi

apenas limitariam ou excluiriam a reparação por perdas e danos, permanecendo hígidos outros efeitos do inadimplemento, como execução específica, exceção de contrato não cumprido, direito de retenção e direito de resolução, o que justificaria a validade dos ajustes de não indenizar.⁶⁶ A afirmativa, embora correta, merece ser aprofundada, de modo a se especificar a que prestações materiais terá direito o credor diante de cada um desses remédios, porquanto tal aprofundamento gerará importantes repercussões práticas no estudo do tema.

Como se sabe, o inadimplemento contratual, no ordenamento jurídico brasileiro, se subdivide em duas espécies: mora e inadimplemento absoluto. Na primeira hipótese, há ainda interesse útil do credor no recebimento da prestação e possibilidade do devedor em cumpri-la. Nos termos do artigo 395, do Código Civil, “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”. O conceito de mora afigura-se, portanto, amplo, não se restringindo ao atraso, mas abarcando todo descumprimento da prestação no tempo, no lugar e na forma devidos.⁶⁷

Configurando-se a mora do devedor, abre-se ao credor a possibilidade de executar especificamente a prestação não cumprida pelo devedor, isto é, obter coercitivamente a exata prestação devida, bem como pleitear perdas e danos.⁶⁸ Se presente, na relação, cláusula

requisiti di piena valità giuridica, dal momento che il legislatore prevede l'irripetibilità di quanto prestato” (CIOCIA, Maria Antonia. *L'obbligazione naturale: evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 45). Tradução livre: “A obrigação natural é, assim, uma obrigação incoercível e, por isso, imperfeita, mas sempre relevante do ponto de vista jurídico, pelos efeitos que dessa surgem, aos quais certamente não podem ser negados requisitos de plena validade jurídica, a partir do momento em que o legislador prevê a irrepitibilidade do quanto foi prestado”.

⁶⁶ “(...) a cláusula de exclusão da responsabilidade só prejudica o credor quanto à indemnização. Subsistem, todavia, os demais direitos que a lei lhe faculta para reagir contra uma situação de inadimplemento; deste modo, o credor não se encontra impedido, por exemplo, de resolver o contrato (...) ou de exigir o cumprimento da obrigação – podendo até requerer, se for o caso, que o tribunal decrete uma sanção pecuniária compulsória (...) – e de promover a execução específica, bem como de prevalecer-se da exceção de não cumprimento do contrato (...) ou do direito de retenção (...)” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 791). V. tb. PERES, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 62-63: “(...) a previsão contratual de uma cláusula de limitação ou exclusão do dever de indenizar não deixa desamparado o credor na verificação de eventual inadimplemento de determinada obrigação assumida pelo devedor. De fato, embora possa estar materialmente mitigada ou excluída a legitimidade de pleitear perdas e danos, o ordenamento permanece tutelando a posição jurídica do credor, outorgando-lhe outros meios e mecanismos eficazes – seja através da execução específica, das *astreintes*, da invocação da cláusula resolutiva expressa ou tácita ou, ainda, mediante a exceção do contrato não cumprido ou o exercício de eventual direito de retenção – para buscar a plena consecução do seu crédito”.

⁶⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 139.

⁶⁸ “Normalement, lorsque le juge ordonne l'exécution en nature d'une obligation, il l'impose au débiteur lui-même. Toutefois, la loi prévoit également la possibilité de faire exécuter par un tiers ou par le créancier lui

excludente ou limitativa do dever de indenizar, esta atuará apenas com relação ao segundo efeito (perdas e danos), permanecendo hígido o direito de credor de executar especificamente a obrigação. Imagine-se a celebração de contrato de permuta entre A e B. A se obriga a entregar cavalo que vale 400 unidades e B se compromete a entregar automóvel de valor de 500 unidades. No prazo de entrega, todavia, B não cumpre sua prestação, embora esta ainda se afigure possível. A, com interesse em receber o automóvel, mesmo após o prazo, pode pleitear a execução específica, além da reparação dos prejuízos decorrentes do atraso. Se presente, no contrato, convenção de exoneração, apenas a indenização será excluída, permanecendo hígido o direito de B à execução específica, inclusive com a possibilidade de cominação de *astreintes*. Se pactuado ajuste limitativo do dever de indenizar, este restringirá apenas o montante de reparação por perdas e danos, sem afetar o direito à execução específica.

Por outro lado, na hipótese de se verificar o inadimplemento absoluto, isto é, se a prestação deixa de ser útil para o credor ou se torna impossível para o devedor, abrem-se duas alternativas, nos termos do artigo 475 do Código Civil: “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”. Vê-se, portanto, que, diante do inadimplemento absoluto, pode o credor optar entre: (i) resolver o contrato ou (ii) executá-lo pelo equivalente. Este último constitui meio coercitivo de obtenção do crédito que, contudo, diferencia-se da execução específica por se referir às hipóteses em que o cumprimento da exata prestação devida se tornou impossível ou inútil, de modo que resta o pleito por seu equivalente.⁶⁹

même aux frais du débiteur: c'est ce qu'on appelle le remplacement ou la faculté de remplacement” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les effets de la responsabilité*. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 29). Tradução livre: “Normalmente, quando o juiz ordena a execução específica da obrigação, ele a impõe ao próprio devedor. Todavia, a lei prevê igualmente a possibilidade de fazer executar por um terceiro ou pelo próprio credor às custas do devedor: o que chamamos de substituição ou faculdade de substituição”.

⁶⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 136. A respeito da execução pelo equivalente, veja-se também a disciplina do Código Civil para as obrigações de dar coisa certa. Art. 234, CC. “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”; Art. 238. “Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda”; Art. 239, CC. “Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo *equivalente*, mais perdas e danos”.

Ao preferir a execução, o credor busca obter o equivalente à prestação devida, de sorte que, se já cumpriu sua prestação, não poderá pedir a restituição e, se ainda não adimpliu, deverá fazê-lo. Além da execução pelo equivalente, caberá o pleito de reparação por perdas e danos que, aqui, farão referência ao interesse positivo, eis que se trata de reconduzir as partes ao estado que estariam na regular execução contratual. Tais pretensões serão levadas a cabo por meio judicial. A execução pelo equivalente se torna opção vantajosa para o credor, sobretudo, nas hipóteses em que este já cumpriu a prestação devida e não possui interesse em sua restituição.⁷⁰ Observe-se que, se pactuada cláusula excludente ou limitativa do dever de indenizar, apenas a reparação por perdas e danos sofrerá constrição, permanecendo hígido o direito do credor à execução pelo equivalente.

Por outro ângulo, a opção pela resolução contratual dá início aos seus efeitos liberatório, restitutivo e ressarcitório.⁷¹ O primeiro corresponde à desvinculação do credor da obrigação de cumprir sua prestação.⁷² O segundo diz respeito ao direito do *accipiens* de reaver sua prestação, nas hipóteses em que esta já foi cumprida, decorrendo do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa.⁷³ O efeito ressarcitório, a seu turno, se relaciona ao pleito de reparação por perdas e danos em face do inadimplemento contratual,⁷⁴ que, aqui, fará

⁷⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 206-208.

⁷¹ “Le contrat étant résolu, les choses doivent être remises en l’état où elles étaient avant la conclusion du contrat. Si de son côté le créancier n’a point encore exécuté, il est libéré de son obligation. S’il a déjà exécuté, la rétroactivité de la résolution lui permet de récupérer la prestation fournie” (CHEVALLIER, Jean; BACH, Louis. *Droit civil*. t. 1. Pars: Sirey, 1995, pp. 532-533). Tradução livre: “Estando o contrato resolvido, as coisas devem ser repostas no estado em que estavam antes da conclusão do contrato. Se de sua parte o credor ainda não executou de nenhuma forma, ele é liberado de sua obrigação. Se ele já executou, a retroatividade da resolução lhe permite recuperar a prestação fornecida”.

⁷² “Com a resolução pretende-se extinguir o vínculo, fazendo cessar a relação contratual que existia entre as partes. Os contraentes deixam de estar obrigados a cumprir as prestações a que se vincularam, pelo que a cessação do contrato determina a extinção das respectivas prestações” (MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 175).

⁷³ Na enunciação de Menezes Leitão, tal “princípio jurídico normativo” consiste na ideia de que “a ninguém é lícito enriquecer-se injustificadamente em detrimento de outrem, pelo que a verificação de uma situação dessa ordem deverá constituir a favor do lesado uma obrigação de restituição desse enriquecimento” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 27). V. tb. GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, pp. 146-147.

⁷⁴ “Si definisce risarcitoria quella forma di tutela volta a garantire un soggetto il quale abbia subito un danno attraverso l’imposizione a carico del responsabile di un obbligo di riparazione del suddetto danno. L’obbligazione risarcitoria rappresenta il rimedio contro il fatto illecito produttivo di danno e costituisce una

referência ao interesse negativo, porquanto, resolvendo-se o contrato, deve-se reconduzir as partes ao estado que estariam se o contrato não tivesse sido celebrado.⁷⁵ A resolução poderá ser empreendida judicial ou extrajudicialmente (na presença de cláusula resolutiva expressa).⁷⁶ Registre-se que, se pactuada convenção excludente ou limitativa do dever de indenizar, esta se referirá tão somente à reparação por perdas e danos, permanecendo hígido o direito do credor à pretensão restitutória. Destaca-se, nesse ponto, a importância de separação das parcelas restitutória e ressarcitória, muitas vezes tratadas de modo indistinto, eis que, se estipulados ajustes de não indenizar, a primeira parcela não restará excluída ou limitada.⁷⁷

Imagine-se a celebração de contrato de permuta entre A e B.⁷⁸ A se obriga a entregar cavalo que vale 400 unidades e B se compromete a entregar automóvel de valor de 500 unidades. Antes da entrega, entretanto, B resta culposamente inadimplente, envolvendo-se em acidente que gera a perda do automóvel. Suponha-se que, se o contrato tivesse sido regularmente executado, A, ao receber o automóvel de B, venderia o bem a C pelo montante de 550 unidades. Por outro lado, se o contrato não tivesse sido celebrado, A teria tido vendido o cavalo a D por 450 unidades. Diante do inadimplemento absoluto, restam a A duas opções: a) executar o contrato pelo equivalente ou b) resolver o negócio jurídico.

Na hipótese de A optar pela execução do equivalente, terá direito ao valor do automóvel perdido, 500 unidades, acrescido da reparação por perdas e danos referentes ao que

sorta di tutela minima a protezione” (SMORTO, Guido. *Il danno da inadempimento*. Padova: CEDAM, 2005, p. 17). Tradução livre: “Se define ressarcitória aquela forma de tutela voltada a garantir um sujeito que tenha já sofrido um dano por meio da imposição a cargo do responsável de uma obrigação de reparação do mencionado dano. A obrigação ressarcitória representa o remédio contra o fato ilícito produtor de dano e constitui uma forma de tutela mínima de proteção”.

⁷⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 178-206.

⁷⁶ “Il existe ainsi deux mécanismes tendant au même but (...): la résolution judiciaire et les clauses expresses de résolution” (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. t. 4. Paris: Presses Universitaires de France, 1956, p. 340). Tradução livre: “Existem assim dois mecanismos que tendem ao mesmo fim (...): a resolução judicial e as cláusulas resolutivas expressas”.

⁷⁷ “(...) les effets normaux de l’inexécution en matière de contrats synallagmatiques: (...) le droit de répétition, qui en est la conséquence, au cas de paiement exécuté sur la foi d’une contre-prestation que l’on croyait fournie ou dont on avait stipulé l’exécution immédiate” (SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925, pp. 195-196). Tradução livre: “(...) os efeitos normais da inexecução em matéria de contratos sinalagmáticos: (...) o direito de repetição, que é sua consequência, no caso de pagamento executado na confiança de uma contraprestação que se acreditava provida ou da qual se havia estipulado a execução imediata”.

⁷⁸ O exemplo se baseia na hipótese formulada por FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. v. 2. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 428-429. V. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 207-208.

obteria na venda do automóvel a C, 50 unidades (interesse positivo). Terá, contudo, que cumprir sua prestação e entregar o cavalo de valor de 400 unidades. Se, por outro lado, o contrato contivesse cláusula excludente do dever de indenizar, B receberia, na espécie, apenas o valor do carro de 500 unidades, entregando, em contrapartida, o cavalo que vale 400 unidades.

Se A optar pela resolução contratual, fará jus à indenização de perdas e danos correspondentes ao interesse negativo, isto é, ao valor de 50 unidades que obteria na venda do cavalo a D. Desse modo, A permanece com o cavalo e recebe 50 unidades de reparação por perdas e danos. Se, por outro lado, o contrato contivesse cláusula excludente do dever de indenizar, A, se já tivesse entregado o cavalo, poderia pedir a restituição ou, se ainda não tivesse cumprido, estaria liberado da obrigação.

De outro ângulo, a referência aos remédios de exceção de contrato não cumprido e de direito de retenção, que, de fato, não são excluídos pela pactuação de cláusula de não indenizar, deve ser depurada para se identificar que se trata, a bem da verdade, de instrumentos para a obtenção das prestações materiais já referidas (exata prestação devida, equivalente ao devido, restituição do já cumprido e reparação por perdas e danos).

A exceção de contrato não cumprido constitui, nos termos do artigo 476, do Código Civil,⁷⁹ meio coercitivo de obtenção da prestação devida, em contratos sinalagmáticos, recusando-se o credor a cumprir até que o devedor o faça.⁸⁰ Na hipótese de mora, tal medida

⁷⁹ Art. 476, CC. “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

⁸⁰ “Se A não adimpliu e devia adimplir, porque B, credor que sofre o inadimplemento, há de ter de adimplir? A implicação da bilateralidade leva a essas consequências. Toda prestação é contraprestação. Somente a vontade dos figurantes do contrato pode estabelecer que A cumpra primeiro. Mas, ainda aí, se B não cumpriu, ambos não adimpliram, e a solução mais acertada é que, exigindo uns a prestação, que se lhe deve, o outro possa opor a exceção de não-adimplemento. Enquanto um dos figurantes não satisfaz, o outro pode retardar o adimplemento” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 193-194). V. tb. “Ao poder que a parte tem de recusar a prestação, até que a contraprestação lhe seja devidamente oferecida chama-se, tradicionalmente, a *exceptio non adimpleti contractus* ou a exceção do contrato não-cumprido. Trata-se, das exceções de Direito material, da mais conhecida, razão por que, em linguagem jurídica corrente, se diz, simplesmente, *exceptio*” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*. v. IX. Coimbra: Almedina, 2016, p. 263). Cf. ainda “La première hypothèse donne ouverture à l'*exceptio non adimpleti contractus*, ce qui veut dire que, le demandeur n'ayant pas exécuté de son côté, le défendeur a droit de refuser le paiement de ce qu'il doit; il ne l'a plus dès que le demandeur propose d'exécuter et offre le paiement de ce qu'il doit lui-même. Tout ceci est inhérent à la nature même du contrat synallagmatique et toutes les législations l'ont admis” (SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925, p. 187). Tradução livre: “A primeira hipótese dá abertura à *exceptio non adimpleti contractus*, o que vale dizer que, se o autor não executou sua parte, o réu tem direito de recusar o pagamento do que deve; ele não o

busca assegurar ao *accipiens* a obtenção da satisfação do crédito. No caso de inadimplemento absoluto, por outro lado, a exceção traduz mero mecanismo de defesa, garantindo ao credor o efeito liberatório da resolução, isto é, que este não tenha que cumprir sua prestação em virtude da inexecução do devedor.⁸¹ Pode-se cogitar ainda, em alargamento do escopo clássico do remédio, de utilização da exceção de contrato não cumprido como instrumento apto a certificar ao credor a execução pelo equivalente, recusando-se este a cumprir sua prestação até que o devedor oferte o equivalente da contraprestação que se tornou impossível ou inútil.

O direito de retenção, a seu turno, consiste na prerrogativa do credor de conservar em seu poder o bem objeto do contrato até que lhe sejam pagos os valores devidos.⁸² No ordenamento jurídico brasileiro, a disciplina legislativa reserva o direito de retenção, na seara obrigacional, como meio de pressão⁸³ para assegurar ao credor dois principais objetivos: (i) a

pode mais a partir do momento que o autor propõe executar e oferece o pagamento do que ele próprio deve. Tudo isto é inerente à própria natureza do contrato sinalagmático e todas as legislações o admitiram”.

⁸¹ “(...) la excepción de contrato no cumplido sirve de medida indirecta de presión al cumplimiento, que resultará tanto más eficaz cuanto más interesado esté el outro contratante en obtener la contraprestación: privándolo de las ventajas que puede extraer del contrato, se le está presionando indirectamente para que acompañe a su pretensión de pago puro y simple, una oferta de cumplimiento de su propia obligación. Y, para la eventualidad de que finalmente se procediese a la resolución por incumplimiento, la excepción habrá asegurado la fructuosidad de la misma, evitando los riesgos de que el objeto de la prestación realizada por la parte cumplidora y resolvente no pudiese ser restituido” (MORENO, María Cruz. *La exceptio non adimpleti contractus*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004, p. 38). Tradução livre: “(...) a exceção de contrato não cumprido serve de medida indireta de pressão ao cumprimento, que resultará tanto mais eficaz quanto mais interessado esteja o outro contratante em obter a contraprestação: privando-o das vantagens que pode extrair do contrato, se o está pressionando indiretamente para que acompanhe a sua pretensão de pagamento puro e simples, uma oferta de cumprimento de sua própria obrigação. E, para a eventualidade de que finalmente se proceda à resolução por incumprimento, a exceção terá assegurado a frutuosidade da mesma, evitando os riscos de que o objeto da prestação realizada pela parte que cumpriu e resolveu não pudesse ser restituído”.

⁸² “A pessoa obrigada a entregar uma coisa pode retê-la enquanto o beneficiário da entrega não lhe pagar certos débitos relacionados com a mesma coisa. Noutros termos: o detentor de uma coisa tem o poder de não a restituir a quem lha possa exigir, enquanto o credor da coisa não cumprir uma obrigação relacionada com o objeto em jogo. (...) O direito de retenção surge próximo da exceção do contrato não cumprido (...). Nos contratos com prestações recíprocas, não sendo diferentes os prazos do cumprimento, cada uma das partes pode recusar a sua prestação enquanto a outra não efetuar a que lhe caiba ou não oferecer o cumprimento simultâneo. Na normalidade social, os contratos são concluídos e executados em simultâneo por ambas as partes, aí residindo a melhor e mais completa garantia do cumprimento. A retenção vai, todavia, mais longe. O contraente obrigado à entrega não a efetua, enquanto a contraprestação não for executada: mas isso tem o efeito prático de o retentor conservar, no seu poder, uma coisa que não lhe pertence” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. X. Coimbra: Almedina, 2016, p. 821).

⁸³ “[O direito de retenção] desempenha (...) a função de pressão sobre o devedor para o determinar a pagar as despesas feitas por causa da coisa legitimamente retida ou por causa dos danos por ela causados. Meio de pressão que se pode revelar de grande eficácia, sobretudo se a coisa retida é de valor muito superior à dívida com ela causalmente conexas. Pense-se, por exemplo, na dívida de vinte ou de trinta contos derivada da reparação de um automóvel que vale mais de mil. Em casos desta ou de outra índole – por exemplo, se a coisa retida for de grande importância para a vida pessoal ou profissional do seu proprietário; se for única, física ou comercialmente, ou de grande valor estimativo, etc. –, o direito de retenção pode eficazmente levar o devedor

pretensão ressarcitória (reparação por perdas e danos); (ii) a exata prestação devida (remuneração contratualmente fixada somada ao reembolso de despesas incorridas na execução contratual).⁸⁴

Destacam-se como dispositivos que fazem referência ao exercício do direito de retenção como forma de assegurar a reparação por perdas e danos, o artigo 571,⁸⁵ com relação aos prejuízos sofridos pelo locatário e os artigos 633, 643 e 644 do Código Civil,⁸⁶ no que se referem aos danos causados ao depositário.

De outro giro, asseguram o direito do credor à exata prestação devida por meio do direito de retenção os já referidos artigos 633 e 644, que dizem com o direito do depositário à retribuição contratualmente fixada e ao reembolso das despesas incorridas, os artigos 664 e 681,⁸⁷ para o mandatário, o artigo 708,⁸⁸ para o comissário e o artigo 742,⁸⁹ para o transportador, todos dispositivos do Código Civil.⁹⁰

inadimplente a inflectir a sua atitude e determiná-lo a pagar a dívida, na medida em que tem necessidade ou quer a entrega da coisa retida” (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995, p. 346).

⁸⁴ Com efeito, trata-se de “facultad atribuida por la Ley al acreedor, por virtud de la cual éste puede prolongar la posesión de una cosa del deudor que tiene que devolverle, hasta el cobro de un crédito relacionado con la misma” (LEMUS, Manuel Medina de. *Derecho civil: obligaciones y contratos*. t. II. v. I. Madrid: Editorial DILEX, S.L., 2004, p. 163). Tradução livre: “faculdade atribuída pela lei ao credor, por virtude da qual este pode prolongar a posse de uma coisa do devedor que tem que devolver-lhe, até a cobrança de um crédito relacionado com a mesma”.

⁸⁵ Art. 571, CC. “Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato. Parágrafo único. O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido”.

⁸⁶ Art. 633, CC. “Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida”; Art. 643, CC. “O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem”; Art. 644, CC. “O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas. Parágrafo único. Se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilícitos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquidem”.

⁸⁷ Art. 664, CC. “O mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, quanto baste para pagamento de tudo que lhe for devido em consequência do mandato”; Art. 681, CC. “O mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu”. Sobre o tema, v. Enunciado 184 da III Jornada de Direito Civil: “Da interpretação conjunta desses dispositivos, extrai-se que o mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, tudo o que lhe for devido em virtude do mandato, incluindo-se a remuneração ajustada e o reembolso de despesas”.

⁸⁸ Art. 708, CC. “Para reembolso das despesas feitas, bem como para recebimento das comissões devidas, tem o comissário direito de retenção sobre os bens e valores em seu poder em virtude da comissão”.

Na presença de cláusula de não indenizar, o direito de retenção referente à primeira espécie será afetado, desde que a convenção observe os requisitos de validade, permanecendo íntegra a prerrogativa para a segunda modalidade. Afasta-se, ademais, o direito de retenção se houver renúncia pelas partes. Mencionem-se, a título ilustrativo, o artigo 578 do Código Civil e o artigo 35 da Lei 8.245/1991,⁹¹ que asseguram ao locatário o direito de retenção para ressarcimento das benfeitorias necessárias, bem como das benfeitorias úteis, se quanto a estas o locador consentiu expressamente. Como os dispositivos já adiantam com a enunciação “salvo disposição em contrário”, poderão as partes afastar o dever do locador de ressarcir tais benfeitorias, de modo que, se assim feito, não prevalecerá o exercício do direito de retenção. Sublinhe-se, nesse sentido, que, consoante o Enunciado 335 da Súmula do STJ, “nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção”.

Desta feita, observa-se que a afirmação clássica de que as cláusulas de não indenizar não excluem execução específica, direito de retenção, exceção de contrato não cumprido e direito de resolução se refere aos remédios a que tem direito o credor, sem especificar as prestações materiais que efetivamente este poderá buscar. O pleito de execução específica constitui meio para que o credor possa, na hipótese de mora, quando ainda há interesse e possibilidade, obter a exata prestação devida. O direito de resolução, por outro lado, consiste em apenas uma das medidas à disposição do credor no caso de inadimplemento absoluto,

⁸⁹ Art. 742, CC. “O transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso”.

⁹⁰ Foge do escopo deste trabalho a análise da controvérsia doutrinária a respeito do cabimento do direito de retenção para além das hipóteses previstas em lei. Caso se reconheça esta possibilidade, o direito de retenção servirá aos mesmos propósitos cogitados para a exceção de contrato não cumprido, isto é, como meio de assegurar ao credor os direitos à exata prestação devida, ao equivalente ao devido e à restituição do já cumprido, ainda que prevista cláusula de não indenizar. Sobre o tema da taxatividade do remédio retentório, v. SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. *Civilistica.com*, a. 6, n. 2, 2017, pp. 13-17. De outro giro, segundo o autor, há, no Código Civil, previsões de “retenção” identificadas pela “ausência de referência ao conteúdo técnico do direito de retenção” em virtude da “definitividade não condizente com a provisoriedade característica do remédio retentório” (p. 7). Mencionem-se, nesse sentido, os artigos 418, 527, 740, § 3º, 1.455, e também, no que se referem à retenção de valores, não já de bens, os artigos 664 e 708, todos do Código Civil.

⁹¹ Art. 578, CC. “Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador”; Art. 35, Lei 8.245/1991. “Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção”.

descurando a afirmação clássica de outro remédio também cabível na espécie, qual seja a execução pelo equivalente. Na situação em que a prestação não é mais útil ou possível, portanto, o credor terá direito de optar entre o equivalente à prestação devida e a restituição do que já foi por ele cumprido. O exercício do direito de retenção ou a efetivação da exceção de contrato não cumprido consistem em instrumentos para que o credor possa, aferidos os corretos suportes fáticos, pleitear as mesmas prestações materiais a que se referiu, quais sejam, a exata prestação devida, o equivalente e a restituição.

Assim, em substituição à clássica afirmação de que as cláusulas de não indenizar não afetam os direitos de execução específica, exceção de contrato não cumprido, direito de retenção e direito de resolução, faz-se necessário acrescentar a noção de execução pelo equivalente, bem como reformular a proposta para especificar as prestações a que tem direito o credor, quais sejam, *a exata prestação devida* na hipótese de mora, *o equivalente à prestação devida* no caso de inadimplemento absoluto em que o credor opte pela execução e *a restituição da prestação já cumprida*, se configurado o inadimplemento absoluto e a escolha for pelo direito de resolução.

A reformulação desta proposta traz importantes efeitos práticos, que serão analisados mais detalhadamente no item 3.3, *infra*. Adiante-se, desde já, algumas dessas consequências. Em primeiro lugar, torna-se fundamental esclarecer os direitos do credor, que permanecem hígidos mesmo na hipótese de inadimplemento absoluto, referentes, insista-se, ao equivalente e à restituição que, na prática, são tratados indistintamente em relação à parcela de perdas e danos. Em segundo lugar, diante da reformulação proposta, resta evidenciado que as cláusulas de não indenizar não geram a frustração de efeitos do negócio em nenhum caso, nem mesmo diante de inadimplemento absoluto, permanecendo íntegros os referidos direitos.

Em terceiro lugar, cumpre ressaltar que eventual cláusula de não indenizar que assegure ao credor, uma vez configurado o inadimplemento absoluto, tão somente o equivalente à prestação devida ou a restituição do que já foi cumprido, embora aparente ser limitativa, eis que há o recebimento de valor pecuniário, revela-se convenção excludente do dever de indenizar. Com efeito, trata-se do efeito restitutivo decorrente do exercício do direito de resolução, de sorte que o valor pago pelo devedor em termos ressarcitórios assume grau zero. Assim, dentre os parâmetros de distinção entre os pactos limitativos e as convenções excludentes, deve-se atentar para a qualificação da quantia como exata prestação devida, equivalente ao devido, restituição do já cumprido ou reparação por perdas e danos. Não se afigura suficiente, desse modo, analisar se o credor recebe algum valor pecuniário em

razão do descumprimento, tornando-se necessário, ao revés, apreciar a razão pela qual o montante é pago, como se verá adiante.

1.2. Delimitação de fronteiras entre cláusulas excludentes do dever de indenizar, cláusulas limitativas do dever de indenizar, cláusulas limitativas do objeto contratual e cláusulas penais de perfil limitativo: pontos de aproximação e de afastamento da normativa

*“Estruturas idênticas se distinguem pela diversidade de sua função, funções idênticas se realizam mediante estruturas diversas”.*⁹²

PIETRO PERLINGIERI

A individuação da qualificação das cláusulas de não indenizar perante figuras próximas se afigura fundamental para a compreensão do tema. Em primeiro lugar, devem-se observar as distinções quantitativas e qualitativas entre as cláusulas excludentes e as convenções limitativas do dever de indenizar.⁹³ Com relação ao aspecto quantitativo, enquanto o ajuste limitativo apenas restringe o dever de reparar, fixando teto para o montante indenizatório, o pacto excludente vai além e priva o credor da reparação por perdas e danos.

Além disso, no que se refere à ótica qualitativa, tais cláusulas são, no ordenamento jurídico brasileiro, valoradas de forma distinta, a impedir o tratamento genérico das

⁹² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 118.

⁹³ “Cláusulas limitativas de responsabilidade são estipulações através das quais os contraentes, no momento da celebração do contrato – ou posteriormente, desde que antes da verificação do facto gerador da responsabilidade – acordam em limitar, de alguma forma, a responsabilidade do devedor pelo não cumprimento, cumprimento defeituoso ou mora das obrigações assumidas. (...) Mas o acordo das partes poderá ir mais longe, visando não apenas a limitação da responsabilidade, mas a sua exclusão, e, conseqüentemente, o afastamento, em certos termos, da própria obrigação de indenizar” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 599-600). V. tb. TEPEDINO, Gustavo. A rescisão unilateral imotivada nos contratos sucessivos. *Soluções práticas de direito*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184; FACHIN, Luiz Edson. A responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar. *Soluções práticas de direito*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 301; MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de construção. “Contratos-aliança”. Interpretação contratual. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar. Parecer. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* (Revista dos Tribunais Online), v. 1, 2014, p. 7; WALD, Arnoldo. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. *Revista de direito civil contemporâneo* (Revista dos Tribunais Online), v. 4, 2015, p. 2.

convenções.⁹⁴ A título ilustrativo, destaca-se o artigo 734 do Código Civil,⁹⁵ na normativa do contrato de transporte de pessoas, que prevê a nulidade de qualquer convenção excludente da responsabilidade, admitindo, no entanto, o pacto limitativo. Ademais, nas relações de consumo, o artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor,⁹⁶ autoriza a limitação do dever de indenizar em situações justificáveis, caso se trate de consumidor pessoa jurídica, sem reconhecer, contudo, a validade da exoneração do dever de indenizar nessa ou em qualquer hipótese. Desse modo, a distinção qualitativa no ordenamento pátrio exige a investigação cuidadosa de cada uma dessas espécies, a fim de individualizar sua disciplina própria.

Tradicionalmente, no entanto, tais cláusulas foram tratadas de modo indistinto, em virtude da necessidade histórica de se fundamentar a licitude das convenções de exclusão do dever de indenizar. Esta necessidade ocorreu, sobretudo, no direito português, marco no tema, em razão de prever o artigo 809º do Código Civil⁹⁷ a nulidade do pacto pelo qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos previstos na disciplina da responsabilidade contratual.⁹⁸

⁹⁴ No ordenamento português, embora se posicione no sentido do tratamento unitário, António Pinto Monteiro reconhece a existência de “uma diferença (de certo modo) qualitativa, que poderá obstar a uma visão da cláusula limitativa meramente como um minus em relação à cláusula de exclusão” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 175-178).

⁹⁵ Art. 734, CC. “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”.

⁹⁶ Art. 51, CDC. “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”.

⁹⁷ Artigo 809.º (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 n.º 2 do artigo 800.º”.

⁹⁸ “Quanto à cláusula limitativa de responsabilidade, pensamos não ser abrangida pela proibição constante do artigo 809.º, norma que impede o credor de renunciar antecipadamente a certos direitos, entre eles, o de indemnização. Não se tratando, pois, de uma renúncia do credor à indemnização, mas da fixação de um limite máximo, esta cláusula não cabe na hipótese do artigo 809.º. (...) Mais duvidoso e problemático é saber se serão admitidas, no sistema jurídico português, cláusulas de exclusão de responsabilidade, fora do quadro do artigo 800.º, n.º 2, referente à responsabilidade do devedor por actos dos representantes legais e dos auxiliares. Vinha-se entendendo, em face do artigo 809.º, não permitir esta norma cláusulas desta índole, contrariando assim a doutrina tradicional, entre nós e na generalidade dos direitos de outros sistemas, favorável à validade de princípio de cláusulas exoneratórias em caso de simples culpa leve do devedor” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 601-602). V. tb. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 41: “Enquanto a admissibilidade da cláusula de exclusão da

Com o tratamento unitário, buscou-se evitar o perigo de que a admissibilidade da distinção qualitativa entre as espécies acabasse por conduzir à ilicitude das cláusulas excludentes em comparação aos ajustes limitativos.⁹⁹ O raciocínio, contudo, gerou o efeito reverso: o amplo debate acerca das convenções de exclusão do dever de indenizar relegou a segundo plano os pactos limitativos. Estes receberam tratamento lateral, a partir da extensão dos mesmos requisitos de validade propostos para aquelas, sem a investigação de seus próprios fundamentos ou adaptações às peculiaridades de cada figura jurídica. Poucas são, de fato, as páginas dedicadas às cláusulas limitativas, a descuidar de seu papel relevante na prática contratual.

Evidenciada a necessidade de distinção entre as convenções limitativas e as cláusulas excludentes, faz-se mister individuar quais parâmetros deverão guiar o intérprete em tal processo. Importará, nesse caso, a concreta caracterização do ajuste, independentemente do *nomen iuris* atribuído pelas partes.¹⁰⁰ A qualificação deve ter como vetor três principais parâmetros: (i) análise da justificativa para o recebimento do valor pecuniário pelo credor, isto é, se este consiste na exata prestação devida, no equivalente ao devido, na restituição do já cumprido ou em reparação por perdas e danos; (ii) exame concreto da hipótese fática, de modo que a identificação do ajuste como de exoneração ou de limitação será um *posterius*, não podendo ser concebida *a priori* ou de modo abstrato e (iii) apuração do equilíbrio da relação complexa, eis que, ainda que a reparação a título de perdas e danos não corresponda a

responsabilidade por culpa leve é amplamente controversa, a admissibilidade da cláusula de limitação dessa responsabilidade (...) é mais consensual”.

⁹⁹ Com efeito, posiciona-se parte da doutrina no sentido da invalidade das cláusulas excludentes e da validade das limitativas. V. “Relativamente às cláusulas de exclusão de responsabilidade, o art. 809º vem proibir a sua estipulação. (...) Relativamente às cláusulas de limitação de responsabilidade, parece-nos que será admitida a sua estipulação, ao abrigo do princípio da autonomia privada (art. 405º), e por argumento *a contrario* do art. 809º. Efectivamente, a limitação convencional da indemnização a um limite máximo não se identifica com uma renúncia a ela e consiste numa cláusula que desempenha funções relevantes para efeitos de segurança na contratação” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. II. Coimbra: Almedina: 2016, pp. 269-271).

¹⁰⁰ “Por qualifier un contrat comme pour l’interpréter, le juge doit tout d’abord s’efforcer de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s’arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention” (ENGEL, Pierre; CHAPPUIS, Christine; MARCHAND, Sylvain; MORIN, Ariane. *L’évolution récente du droit des obligations*. Lausanne: Université de Lausanne, 2004, p. 8). Tradução livre: “Para qualificar um contrato assim como para interpretá-lo, o juiz deve primeiro se esforçar para buscar a real e comum intenção das partes, sem se deter nas expressões ou denominações inexatas das quais elas puderam se servir, seja por erro, seja para disfarçar a verdadeira natureza da convenção”.

zero, será a convenção considerada de exoneração nos casos em que o valor fixado como limite à indenização se revelar ínfimo, de sorte a coibir a fraude à lei.

O primeiro deles, já referido (v. item 1.1.3, *supra*), diz respeito à cuidadosa análise da razão pela qual o credor percebe determinado montante pecuniário. Em outras palavras, não basta, para a diferenciação entre as convenções, a concepção de que na exclusão o credor é privado do recebimento de qualquer valor, enquanto na limitação isto ocorre. Com efeito, mesmo se tratando de pacto de exclusão do dever de indenizar, o credor ainda fará jus ao recebimento de parcelas, como, em caso de mora, à exata prestação devida, e na situação de inadimplemento absoluto, da correspondente à pretensão restitutória, se exercido o direito de resolução, ou da relativa ao equivalente da prestação devida, na hipótese de opção do credor pela execução.

Imagine-se, nesse sentido, que determinada cláusula de não indenizar afirme que, em caso de inadimplemento absoluto, o credor só terá direito ao reembolso do preço pago ou ao equivalente da contraprestação. Nesse caso, embora algum valor ainda seja devido diante do descumprimento, o pacto presente no contrato firmado constitui cláusula excludente. De fato, a quantia recebida pelo credor decorrerá (não já de pretensão indenizatória, mas) de pretensão restitutória ou equivalente. Dito diversamente, o montante pago pelo devedor a título de reparação por perdas e danos apresentará grau zero, a descortinar a qualificação exoneratória do ajuste.

O segundo parâmetro diz respeito à necessidade de apuração dos danos efetivamente causados e de seu cotejo com a cláusula de não indenizar, de modo que a qualificação do ajuste, como toda e qualquer qualificação, será um *posterius* – e não um *prius* – e dependerá dos efeitos concretamente produzidos.¹⁰¹ Trata-se da unidade entre o processo de interpretação e aplicação do direito, de sorte que a caracterização da convenção não poderá ser feita de modo apriorístico ou abstrato. Assim, caso se restrinja o dever de indenizar a danos emergentes no montante de 100 unidades, excluindo-se a reparação de lucros cessantes, a cláusula será limitativa se forem causados, na espécie, danos emergentes no montante, por exemplo, de 200 unidades, será excludente caso gerados apenas lucros cessantes e não

¹⁰¹ “Revela-se, assim, inconsistente o mecanismo da subsunção, que erroneamente postula a precedência lógica e cronológica da interpretação em relação à qualificação: uma e outra são aspectos de um processo cognitivo unitário voltado a individuar a normativa a ser aplicada” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 579).

ocasionará efeito prático se somente forem produzidos danos emergentes, ilustrativamente, na extensão de 50 unidades.

O terceiro parâmetro se volta à apreciação concreta do equilíbrio da relação complexa, uma vez que reparação por perdas e danos em valor ínfimo corresponde à exoneração do dever de indenizar.¹⁰² Caso contrário, bastaria que o credor fixasse ajuste limitativo, em montante simbólico, para obter justamente a finalidade vedada por lei para os casos em que proscritos os pactos de exoneração: que haja sacrifício ao princípio da reparação integral. Insista-se que só serão vedadas as cláusulas não indenizar ínfimas caso se trate de hipótese em que proibida a convenção excludente.¹⁰³

Ponha-se entre parênteses que os pactos de não indenizar não se confundem com a transação, em virtude de sua posição no tempo: enquanto os primeiros são pactuados antes da ocorrência do inadimplemento, a segunda traduz acordo entre as partes posterior ao descumprimento. Também não há identidade com o seguro de responsabilidade civil, em que o devedor não é exonerado do dever de indenizar, mas contrata com segurador que este garantirá o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro (art. 787, CC¹⁰⁴). Nesse caso, portanto, diversamente da hipótese de pactuação de ajuste de não indenizar, o

¹⁰² BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.076.465/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasil: 8 de outubro de 2013.

¹⁰³ “Que décider s'il s'agit de clauses fixant une indemnité dérisoire? Quelques décisions en ont prononcé la nullité. La solution est trop radicale; ces clauses devraient être assimilées à des clauses de non-responsabilité qui, on vient de le voir, ne sont nulles en principe” (STARCK, Boris. *Droit civil: obligations*. Paris: Librairies Techniques, 1972, p. 638). Tradução livre: “O que decidir se se trata de cláusulas que fixam uma indenização irrisória? Algumas decisões pronunciaram sua nulidade. A solução é por demais radical; essas cláusulas deveriam ser equiparadas a cláusulas de não-responsabilidade que, acabamos de ver, não são nulas em princípio”. Em sentido contrário, v. “Clauses limitatives de la responsabilité. (...) Il faut toutefois, précisément comme pour la validité du contrat, que l'indemnité ne soit pas dérisoire” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. t. VI. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 549). Tradução livre: “Cláusulas limitativas da responsabilidade. (...) É preciso, todavia, precisamente para a validade do contrato, que a indenização não seja irrisória”.

¹⁰⁴ Art. 787, CC. “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. § 1º Tão logo saiba o segurado das conseqüências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. § 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador. § 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador. § 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente”.

lesado será reparado em toda a extensão do dano. Se, porventura, o valor segurado se afigurar inferior à integralidade do dano causado, o devedor permanecerá responsável pelo saldo.¹⁰⁵

Por outro ângulo, as convenções limitativas e excludentes do dever de indenizar se distinguem dos pactos limitativos do objeto contratual porquanto, como visto, nas primeiras, há a exoneração do dever de reparar por perdas e danos ou a fixação de limite máximo para o montante indenizatório, enquanto os segundos atuam (não já na fase patológica, mas) no momento fisiológico, de modo que o devedor não assume a obrigação.¹⁰⁶ Restam excluídas, por consequência, todas as prestações materiais a que teria direito o credor: a *exata prestação devida* na hipótese de mora, o *equivalente à prestação devida* no caso de inadimplemento absoluto em que o credor opte pela execução e a *restituição da prestação já cumprida*, se configurado inadimplemento absoluto e o credor preferir exercer o direito de resolução (v. item 1.1.3, *supra*).

Em outras palavras, ao passo que a cláusula limitativa do objeto contratual se refere à não assunção de determinada obrigação por parte do devedor, nas convenções de não indenizar, o devedor assume a obrigação, mas restringe ou exclui um dos efeitos do inadimplemento de tal obrigação, o de reparar pecuniariamente o credor, permanecendo hígidos outros direitos diante do descumprimento.¹⁰⁷ Note-se, portanto, que, embora não se confundam tais ajustes, a cláusula limitativa do objeto contratual gera, no caso prático, efeito

¹⁰⁵ PERES, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 78-81; FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 141-145.

¹⁰⁶ “Depuis 1931, on distingue deux catégories de clauses allégeant la responsabilité: celles qui délimitent l'obligation du débiteur et celles qui limitent ou excluent la réparation. Théoriquement, la différence entre ces deux types de clause est nette: elles aboutissent à alléger ou à exclure la responsabilité contractuelle, mais les premières agissent sur la source de celle-ci: l'obligation violée; les secondes sur ses effets: l'obligation de réparer” (AYNÈS, Laurent. *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*. Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris, 1990, pp. 494-495). Tradução livre: “Desde 1931, distinguem-se duas categorias de cláusulas que reduzem a responsabilidade: aquelas que limitam a obrigação do devedor e aquelas que limitam ou excluem a reparação. Teoricamente, a diferença entre esses dois tipos de cláusula é claro: elas conduzem a limitar ou a excluir a responsabilidade contratual, mas as primeiras agem sobre a fonte desta: a obrigação violada; as segundas sobre os efeitos: a obrigação de reparar”. A referência ao ano de 1931 diz com a tese de doutorado apresentada por DURAND, Paul-J. *Des conventions d'irresponsabilité*. Paris: Librairie des Juris-Classeurs-Éditions Godde, 1931.

¹⁰⁷ FRANZONI, Massimo. Il danno risarcibile. In: *Trattato della responsabilità civile*. t. II. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 780; NOBILI, Chiara. *Le obbligazioni: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 110.

idêntico ao do pacto excludente,¹⁰⁸ qual seja a exoneração do dever de indenizar por perdas e danos, e, passo adiante, causa outras consequências ainda mais gravosas, a denotar a necessidade de controle funcional dos ajustes (v. item 1.3, *infra*).¹⁰⁹

De outro giro, não se confundem os pactos de não indenizar com as cláusulas penais. Como se sabe, estas constituem instrumentos de pré-fixação de perdas e danos, estipulando montante invariável de reparação.¹¹⁰ Tal valor poderá ser acordado para a hipótese de mora (cláusula penal moratória) ou para o caso de inadimplemento absoluto (cláusula penal

¹⁰⁸ MALINVAUD, Philippe; FENOUILLET, Dominique; MEKKI, Mustapha. *Droit des obligations*. Paris: LexisNexis, 2014, pp. 619-620: “Les clauses peuvent revêtir diverses formes. Certaines suppriment expressément l’une des obligations du contrat: par exemple, il sera indiqué que le propriétaire d’un parking n’en assure pas la surveillance. D’autres, plus fréquentes, laissent intactes les obligations inhérentes au contrat, mais suppriment ou limitent la responsabilité en cas d’inexécution. Par exemple, il sera mentionné par un fabricant d’appareils ménagers que la garantie est limitée à un an, ou qu’elle sera limitée au remplacement de l’appareil, à l’exclusion de tous dommages et intérêts, etc. En pratique, la clause limite les obligations ou la responsabilité, le résultat est le même: la responsabilité sera écartée ou limitée. Bien qu’hésitante, la jurisprudence les traite les plus souvent de la même manière”. Tradução livre: “As cláusulas podem se revestir de diversas formas. Algumas suprimem expressamente uma das obrigações do contrato: por exemplo, será indicado que o proprietário de um estacionamento não assegura a vigilância. Outras, mais frequentes, deixam intactas as obrigações inerentes ao contrato, mas suprimem ou limitam a responsabilidade em caso de inexecução. Por exemplo, será mencionado por um fabricante de aparelhos domésticos que a garantia é limitada a um ano, ou que ela será limitada à substituição do aparelho, excluídas todas as perdas e danos, etc. Na prática, quer a cláusula limite as obrigações quer a responsabilidade, o resultado é o mesmo: a responsabilidade será afastada ou limitada. Ainda que hesitante, a jurisprudência as trata, no mais das vezes, da mesma maneira”.

¹⁰⁹ V. MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 116-121: “Uma primeira distinção que se impõe é entre as cláusulas limitativas ou de exclusão de responsabilidade e as cláusulas que afastam do contrato obrigações que, sem essa manifestação de vontade, dele fariam parte, por força de preceito legal, ou por constituírem deveres acessórios (adjacentes) da prestação principal ou, em geral, do fim contratual. (...) Em suma, num caso, o devedor não está obrigado a cumprir, porque não há obrigação, não havendo, conseqüentemente, responsabilidade; no outro, deve cumprir, a obrigação faz parte do contrato, mas, faltando o devedor ao cumprimento, o credor não poderá obter indemnização por força da cláusula de irresponsabilidade (...) Esta distinção, teoricamente fácil, levanta, em certos casos, especiais dificuldades (...). É que o afastamento da obrigação poderá ser mais perigoso do que a própria cláusula de irresponsabilidade, pois o devedor não só se furta aos limites de validade desta (salvo os casos de comprovada fraude à lei), mas, mais grave do que isso, deixa o credor totalmente indefeso”. Cf. ainda ADRIANO, Germana Carlotta. *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità civile*. Roma: Aracne Editrice, 2009, pp. 86-88; PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 519; MACHADO, Diego Carvalho. Notas sobre cláusulas de não indenizar e limitativas do montante reparatório. *Revista de Direito Privado* (Revista dos Tribunais Online), v. 35, 2008, p. 5.

¹¹⁰ A respeito da cláusula penal, cf. THUR, A. von. *Tratado de las obligaciones*. t. I. Madrid: Editorial Reus, 1934, p. 235: “Es el acto por el cual el deudor promete al acreedor una prestación (consistente por lo general en dinero) para el caso de que deje incumplida o no cumpla debidamente, sobre todo puntualmente, una obligación”. Tradução livre: “É o ato pelo qual o devedor promete ao credor uma prestação (consistindo em geral em dinheiro) para o caso de que deixe não cumprida ou não cumpra debidamente, sobretudo pontualmente, uma obrigação”.

compensatória).¹¹¹ O principal efeito da pactuação do ajuste penal consiste na dispensa da comprovação de prejuízos pelo credor (art. 416, *caput*, CC¹¹²). Na hipótese de o valor fixado na convenção se revelar excessivo, ou se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, o juiz deverá, nos termos do artigo 413, do Código Civil,¹¹³ reduzir equitativamente a indenização, consoante a natureza e a finalidade do negócio. Por outro lado, se o dano causado for maior do que o montante fixado no ajuste, o credor não poderá, em regra, pleitear indenização suplementar, salvo se expressamente convencionado pelas partes (art. 416, parágrafo único, CC^{114, 115}).

Desse modo, três principais distinções entre as cláusulas penais e os pactos de não indenizar se destacam. Em primeiro lugar, enquanto a cláusula penal fixa montante invariável de perdas e danos,¹¹⁶ o ajuste limitativo estabelece teto de reparação e a convenção excludente priva o credor do recebimento da indenização.¹¹⁷ Assim, imaginem-se três cláusulas previstas

¹¹¹ “Diz-se cláusula penal a estipulação de uma prestação acessória a que se obriga o devedor da prestação principal, que se efetuará no caso de inadimplemento desta. A cláusula penal pode estipular-se no mesmo ato da obrigação principal, ou em ato posterior. A cláusula penal pode destinar-se a reforçar o exato cumprimento da obrigação principal; e pode também destinar-se a prevenir a liquidação das perdas e danos resultantes do inadimplemento total. Quer em um caso quer em outro, está sujeita ao limite estabelecido pela lei” (ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*: obrigações solidárias e indivisíveis. Campinas: Bookseller, 2005, pp. 282-284).

¹¹² Art. 416, CC. “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”.

¹¹³ Art. 413, CC. “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

¹¹⁴ Art. 416, CC. “Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

¹¹⁵ Do mesmo modo, na experiência portuguesa, v. “Haverá que apurar, antes de tudo, por interpretação da referida cláusula, qual o dano que as partes quiseram antecipadamente liquidar. Em relação a esse dano, o credor não poderá exigir outra indemnização, para além ou em vez daquela cujo montante foi predeterminado, e que a pena representa. Mas se o dano de que o credor pretende ressarcir-se não estiver coberto pela pena, por ser diferente daquele que suscitou a sua liquidação prévia, quer dizer, por resultar da lesão de um interesse diverso do que a pena acautela, nada obsta a que o credor exija a reparação do mesmo” (MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990, pp. 714-715).

¹¹⁶ “La clause pénale fixe contractuellement un forfait de dommages-intérêts afin d’inciter le débiteur à exécuter” (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Cours de droit civil*. t. VI. Paris: Cujas, 1995, p. 503). Tradução livre: “A cláusula penal fixa contratualmente um montante fixo de perdas e danos a fim de incitar o devedor a executar”.

¹¹⁷ “(...) clauses seulement limitatives de responsabilité (...) affectent l’évaluation du montant des dommages-intérêts dus par le débiteur en plafonnant celui-ci à une somme déterminée par avance, à la différence de la clause pénale que fixe ceux-ci de manière forfaitaire” (CHEVALLIER, Jean; BACH, Louis. *Droit civil*. t. 1. Paris: Sirey, 1995, p. 526). Tradução livre: “(...) cláusulas somente limitativas de responsabilidade (...) afetam a

em contratos distintos: uma primeira, penal, que fixa o montante de 500 unidades, sem previsão de possibilidade de indenização suplementar, uma segunda, limitativa, que determina o teto de 500 unidades, e uma terceira, de exoneração, que exclui o dever de indenizar. Se causado, na hipótese, dano no montante de 300 unidades, no contrato em que estipulada a cláusula penal, arcará o devedor com o montante de 500 unidades, eis que se trata de pré-fixação das perdas e danos. No caso em que previsto o ajuste limitativo, por outro lado, o devedor responderá apenas por 300 unidades e, na hipótese do pacto excludente, por nenhum valor a título de reparação por perdas e danos. Observe-se que, se a convenção penal pré-fixar perdas e danos, dispensando a avaliação do dano efetivo, a cláusula limitativa apenas produz efeitos quando o dano verificado se afigura superior ao limite determinado no pacto; caso contrário, o dano é reparado integralmente.¹¹⁸

A partir do exemplo formulado, restam evidenciadas duas outras distinções entre as cláusulas de não indenizar e as convenções penais: enquanto estas podem gerar como consequência que o valor pago pelo devedor supere a extensão do dano, nas primeiras isso não acontece, vez que a função do ajuste consiste justamente em limitar ou excluir (nunca aumentar) a reparação por perdas e danos.¹¹⁹ Além disso, ao passo que o ajuste penal dispensa a comprovação dos prejuízos, tal prova se faz necessária para os pactos de não indenizar, até mesmo porque se o dano causado for inferior ao teto fixado na cláusula limitativa, arcará o devedor com a integralidade do dano.¹²⁰

avaliação do montante de perdas e danos devidos pelo devedor limitando a uma soma determinada previamente, diferentemente da cláusula penal que os estipula de maneira fixa”.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato*: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 43-45.

¹¹⁹ “Clause limitative de responsabilité. Cette combinaison ressemble à la clause pénale, mais elle n’a pas le même caractère de forfait, opérant dans les deux sens. La limite fixée représente un plafond, non un plancher: le créancier ne pourra jamais obtenir davantage, quel que soit son préjudice; mais il devra se contenter de moins si l’autre établit que le préjudice est inférieur” (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. t. 4. Paris: Presses Universitaires de France, 1956, p. 332). Tradução livre: “Cláusula limitativa de responsabilidade. Essa combinação se assemelha à cláusula penal, mas ela não tem o mesmo caráter fixo, operando nos dois sentidos. O limite fixado representa um teto, não um mínimo: o credor não poderá jamais obter mais, qualquer que seja seu prejuízo; mas ele deverá se contentar com menos se o outro estabelece que o prejuízo é inferior”.

¹²⁰ A respeito da aproximação entre a cláusula limitativa e a cláusula penal, v. PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. t. VI Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 549: “Clauses limitatives de la responsabilité. (...) Cette clause s’apparente à la clause pénale, mais en diffère en ce que, si le préjudice est inférieur à la somme énoncée, celle-ci ne sera pas allouée tout entière, l’indemnité ne devant pas dépasser le préjudice. La validité de la clause pénale (art. 1152) entraîne celle de la clause limitative”. Tradução livre: “Cláusulas limitativas da responsabilidade. (...) Essa cláusula se parece com a cláusula penal, mas dela difere no que, se o prejuízo é inferior ao montante enunciado, esta não será alocada

Dessas três distinções apresentadas decorre a afirmação, encontrada em doutrina, de que a cláusula penal serviria aos interesses do credor e a convenção limitativa aos interesses do devedor.¹²¹ Tal asserção, todavia, parece descuidar da apreciação concreta da função dos ajustes, baseando-se em análise abstrata. Isso porque, nas hipóteses em que não previsto o direito do credor de pleitear os prejuízos excedentes, nos termos do artigo 416, parágrafo único, do Código Civil, a cláusula penal poderá exercer, no caso prático, idêntica função à da cláusula limitativa do dever de indenizar: a restrição da reparação por perdas e danos.¹²² Retomando-se o exemplo formulado da cláusula penal que fixa o valor de 500 unidades, sem previsão da possibilidade de indenização suplementar, e da convenção limitativa que determina o teto de 500 unidades, se o dano causado assumir a extensão de 1.000 unidades, ambos os pactos gerarão como efeito a redução do montante indenizatório, arcando o devedor com apenas 500 unidades.¹²³

Veja-se, contudo, que, ainda nessa situação, os ajustes, embora produzam o mesmo efeito, não se confundem, eis que a cláusula penal dispensa a comprovação de prejuízos, ao passo que, diante da convenção limitativa, deverá o credor proceder a tal prova.¹²⁴ Adota-se,

inteiramente, não devendo a indenização ultrapassar o prejuízo. A validade da cláusula penal (art. 1152) acarreta a da cláusula limitativa”.

¹²¹ Sobre o ponto, Fábio Henrique Peres sustenta que “(...) não há, assim, identidade funcional entre as figuras [cláusula de não indenizar e cláusula penal]. Da mesma forma, como não se deve afirmar com precisão técnica que a pena convencional visa a um agravamento do dever de reparar, não pode ser considerada verdadeira função da cláusula penal a de buscar a limitação do dever de indenizar, mas tão-somente mera consequência casual e inconstante de sua aplicação prática, e, por conseguinte, insuficiente para determinar a sua natureza” (PERES, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 69-70).

¹²² “La clause pénale a des effets plus radicaux. Le débiteur est tenu de verser une somme déterminée par le contrat sans qu’elle puisse, en principe, être ajustée, ni en plus ni en moins, à l’étendue réelle du préjudice souffert. Elle est rarement équivalente au préjudice: ou bien elle est excessive, ou bien elle est insuffisante” (TOURNEAU, Philippe le. *La responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1976, p. 119). Tradução livre: “A cláusula penal tem efeitos mais radicais. O devedor é obrigado a pagar uma soma determinada pelo contrato sem que ela possa, em princípio, ser ajustada nem para mais nem para menos, na extensão real do prejuízo sofrido. Ela é raramente equivalente ao prejuízo: seja porque ela é excessiva, seja porque ela é insuficiente”.

¹²³ “(...) a cláusula penal prevê antecipadamente um *forfait* que ressarcirá o dano resultante de eventual não cumprimento ou cumprimento inexacto. Incidindo sobre o momento ressarcitório da dinâmica contratual, através dela as partes pré-avaliam o dano e liquidam-no de uma maneira *forfaitaire* (invariável) e preventiva. O que significa que o devedor, vinculado à cláusula penal, não será obrigado ao ressarcimento do dano que efectivamente cause ao credor com o seu incumprimento ou cumprimento não pontual, mas ao ressarcimento do dano fixado antecipadamente e negocialmente através daquela, sempre que não tenha sido pactuada a ressarcibilidade do dano excedente” (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995, p. 248).

¹²⁴ “Quindi, la clausola penale e la clausola limitativa della responsabilità agiscono secondo logiche diverse: la prima compie una valutazione forfaitaria e preventiva del danno senza necessità di prova del suo concreto

neste trabalho, a terminologia cláusulas penais *de perfil limitativo* para qualificar os ajustes penais nos casos em que o dano causado é maior do que o montante fixado no pacto e não há previsão contratual de possibilidade de pleito dos prejuízos excedentes, produzindo a cláusula a restrição do dever de indenizar.¹²⁵

Ponha-se entre parênteses que as convenções penais *de perfil limitativo* também constituem interessantes instrumentos para a gestão de riscos contratuais (v. item 1.1.1, *supra*), assegurando a previsibilidade dos efeitos de eventual inadimplemento, liberando o devedor de reparar parte dos danos causados por meio de contrapartida ao credor, e, simultaneamente, facilitando a reparação na medida em que dispensam a prova do prejuízo. Desse modo, a validade e as potencialidades funcionais de tais ajustes afastam a possibilidade de se proceder a um aumento da pena insuficiente. Tal medida é sustentada por parte da doutrina, como outro lado da moeda da prerrogativa prevista no já referido artigo 413, do

ammontare; la clausola limitativa indica un tetto massimo alla risarcibilità del danno subito che, comunque, va provato nell'*an* e nel *quantum*. Nella clausola penale la somma pattuita tra le parti è dovuta anche se il pregiudizio è inferiore, mentre nelle clausole limitative di responsabilità il giudice non può prescindere dall'effettivo pregiudizio" (CARINGELLA, Francesco. *Studi di diritto civile*. t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 887). Tradução livre: "Então, a cláusula penal e a cláusula limitativa da responsabilidade agem segundo lógicas diversas: a primeira cumpre uma valoração fixa e preventiva do dano sem necessidade de prova do seu montante concreto; a cláusula limitativa indica um teto máximo de ressarcimento do dano, na medida em que seja provado o *an* e o *quantum*. Na cláusula penal, a soma pactuada entre as partes é devida mesmo se o prejuízo é inferior, enquanto na cláusula limitativa de responsabilidade o juiz não pode prescindir do efetivo prejuízo".

¹²⁵ O referido artigo 416, parágrafo único, do Código Civil, que veda o pleito de prejuízos excedentes pelo credor, se não pactuado expressamente, comporta incidência tanto no caso de cláusula penal compensatória quanto na hipótese de cláusula penal moratória, quando esta for fixada com função indenizatória, concernente aos danos de mora, não já como "forma de coerção do devedor moroso ao adimplemento". Sobre o tema, v. ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais: critérios de distinção na perspectiva civil-constitucional*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, p. 162. Ressalve-se, ainda, que o ajuste penal, embora apresente, no comum dos casos, perfil limitativo, pode, assim como as cláusulas limitativas, se revelar verdadeira convenção excludente se o valor pré-fixado for irrisório e não houver a possibilidade de persecução do prejuízo suplementar. Sobre o tema, v. "Si malgré les précautions prises, le chargeur finit par atteindre l'armateur, ce dernier a encore une ressource, il peut fixer d'avance à un chiffre maximum les dommages-intérêts qu'il est susceptible de payer. L'indemnité forfaitaire peut être fixée de deux façons différentes, elle peut être limitée au montant du fret ou à tant par colis ou par kilo. Conforme aux principes juridiques qui admettent dans tout contrat une clause pénale, cette limitation forfaitaire peut exclure en fait toute responsabilité, si elle est fixée à un taux dérisoire" (TASSEL, Robert. *Réaction contre les clauses d'irresponsabilité dans les contrats de transport maritime*. Rennes: impr. de E. Edoneur, 1925, pp. 16-17). Tradução livre: "Se apesar das precauções tomadas, o carregador termina por atingir o proprietário do navio, este último ainda tem um recurso, ele pode fixar previamente a uma quantia máxima as perdas e danos que está suscetível de pagar. A indenização fixa pode ser estipulada de duas maneiras diferentes, ela pode ser limitada ao montante do frete ou a tanto por mercadoria ou por quilo. Conforme os princípios jurídicos que admitem em todo contrato uma cláusula penal, essa limitação fixa pode excluir de fato toda a responsabilidade, se ela é fixada em um valor irrisório".

Código Civil, de redução da pena excessiva.¹²⁶ Todavia, a licitude dos ajustes de limitação e de exoneração do dever de indenizar impede que o magistrado intervenha no contrato para majorar o montante previsto no ajuste penal pelo simples fato deste se relevar inferior à extensão do dano, em despreço à gestão de riscos acordada entre as partes.¹²⁷ Na síntese de Caio Mário da Silva Pereira, “pelo nosso direito não é possível a complementação”, de modo que se a cláusula penal for insuficiente, “de si mesmo se queixe por tê-la estimado em nível baixo”.¹²⁸

Fechando o parênteses aberto para o exame da possibilidade de majoração da cláusula penal e retomando a delimitação de fronteiras efetuada, pode-se imaginar, conforme referido na introdução deste estudo, linha tracejada que contenha, em um dos extremos, a plena satisfação do crédito e, no extremo oposto, o seu completo esvaziamento, de modo que a cláusula penal de perfil limitativo, o pacto limitativo do dever de indenizar, a convenção excludente do dever de reparar por perdas e danos e o ajuste limitativo do objeto contratual se apresentam em sequência.

Nessa toada, conforme a delimitação de fronteiras efetuada, os ajustes limitativos do objeto contratual se situam mais próximos das cláusulas de exclusão do dever de indenizar – mantendo, todavia, importante distanciamento referente à possibilidade de o credor ainda pleitear a *exata prestação devida* na hipótese de mora, o *equivalente à prestação devida* no caso de inadimplemento absoluto em que o credor opte pela execução e a *restituição da prestação já cumprida*, se configurado inadimplemento absoluto e o credor preferir exercer o direito de resolução. De outro giro, as cláusulas penais de perfil limitativo se situam mais

¹²⁶ “Parece-nos adequado deferir ao juiz o poder de agravar penas indenizatórias irrisórias naqueles casos em que não houve estipulação de cláusula pelo dano excedente. Se houvesse a cláusula, o credor sempre teria a segurança de receber a indenização cabal – desde que provados os prejuízos –, evitando todo e qualquer risco de a pena se situar aquém dos danos. Mas, inexistindo a cláusula de dano excedente, o magistrado só atuará para reforçar a cláusula penal quando manifestamente irrisória. O juiz tão-somente reduzirá o desequilíbrio” (ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 264).

¹²⁷ A intervenção judicial só se afigurará lícita nos casos em que vedada a limitação ou a exoneração do dever de indenizar. Como se verá mais detalhadamente no Capítulo II, *infra*, nas hipóteses em que as convenções de não indenizar se afiguram proibidas, também serão proscritos os ajustes penais de perfil limitativo, como se dá nas relações de consumo. Mesmo na espécie, contudo, a solução não será propriamente de majoração judicial da convenção penal, mas de direito do credor ao pleito dos prejuízos excedentes, obtendo a reparação integral, ainda que não tenha sido pactuada expressamente tal possibilidade, nos termos do artigo 416, parágrafo único, do Código Civil.

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 156-157.

próximas das convenções limitativas do dever de indenizar – sem, entretanto, se identificarem, eis que estas últimas apresentam a vantagem de dispensarem a comprovação de prejuízos.¹²⁹ Tais aproximações e distanciamentos funcionais tornam imperiosa a revisitação dos requisitos tradicionais de validade das cláusulas de não indenizar, de modo a se formular sistema de interpretação-aplicação das referidas espécies de cláusulas disciplinadoras da responsabilidade civil: pactos limitativos do objeto contratual, convenções excludentes do dever de indenizar, ajustes limitativos do dever de indenizar e cláusulas penais de perfil limitativo, organizadas, nesta enunciação, em ordem decrescente de grau de delimitação da tutela creditícia.

1.3. Necessidade de revisitação dos tradicionais requisitos de validade

*“A matéria foi transformada em um inextrincável labirinto. A principal dificuldade levantada por essas cláusulas resulta das turbulências e das incertezas que afetam seu regime”.*¹³⁰

YVES LEQUETTE

Tradicionalmente, foram concebidos como requisitos de validade das cláusulas de não indenizar, tratadas indistintamente: (i) o respeito à ordem pública; (ii) a não incidência da convenção sobre a obrigação principal do negócio jurídico e (iii) a impossibilidade de referência ao dolo ou à culpa grave.¹³¹ De acordo com o primeiro requisito, não se admitiria

¹²⁹ “(...) la cláusula penal (...) funcionalmente representa una valoración anticipada de los daños y perjuicios que el incumplimiento há de originar al acreedor, lo cual tiene la ventaja de dispensar a éste de la prueba cuantitativa de los daños y perjuicios – no siempre fácil – en el caso de que el incumplimiento efectivamente se produzca” (CALERO, Francisco Javier Sánchez. *Curso de derecho civil*. t. II. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004, p. 83). Tradução livre: “(...) a cláusula penal (...) funcionalmente representa uma avaliação antecipada dos danos e prejuízos que o inadimplemento há de originar ao credor, o que tem a vantagem de dispensar este da prova quantitativa de danos e prejuízos – não sempre fácil – no caso de que o inadimplemento efetivamente se produza”.

¹³⁰ LEQUETTE, Yves. Préface. In: LEVENEUR-AZÉMAR, Marie. *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*. Paris: L.G.D.J, 2017, pp. IX-XII; tradução livre.

¹³¹ “Não há maiores digressões a respeito da invalidade das cláusulas contratuais limitativas ou excludentes do dever de indenizar quando estas não observam normas de ordem pública ou os bons costumes, ou, ainda, nas situações específicas em que há normas cogentes vedando a sua estipulação. De fato, tais requisitos se aplicam de forma indiscriminada à generalidade dos negócios jurídicos, não podendo pretender furtarem-se as cláusulas de não indenizar à sua observância. (...) Tanto a doutrina quanto a jurisprudência são unânimes em refutar a

que as partes estipulassem a exclusão ou a limitação da reparação diante de direitos indisponíveis, isto é, em contraposição a normas cogentes. Ademais, o ajuste só poderia se referir a obrigações acessórias, sob pena de configurar condição puramente potestativa, cumprindo o devedor o contrato se assim quisesse. Por fim, considerar-se-ia inaplicável o pacto relativo ao inadimplemento doloso ou gravemente culposo, também diante do perigo de desnaturação do ajuste em condição puramente potestativa.

Tais requisitos, todavia, parecem descuidar da delimitação conceitual, efetuada no item anterior (v. item 1.2, *supra*), entre as cláusulas penais de perfil limitativo, as convenções limitativas da reparação por perdas e danos, os pactos excludentes do dever de indenizar e os ajustes limitativos do objeto contratual.

Nessa toada, diante da referida diferenciação quantitativa e qualitativa entre as cláusulas limitativas e as excludentes, exige-se a investigação acerca da específica disciplina de cada uma das convenções quanto aos requisitos de validade. Como visto, a necessidade histórica de se fundamentar a validade dos pactos de exoneração, por meio de aproximação com os ajustes limitativos, acabou por relegar a segundo plano estes últimos. Em contramão, faz-se mister perquirir em que medida a normativa das convenções limitativas deve se aproximar ou se distanciar do tratamento dado às cláusulas excludentes do dever de indenizar.

O específico estudo dos pactos limitativos traz ainda a exigência de se investigar a aproximação de disciplina entre as convenções limitativas e os ajustes penais. Como mencionado alhures, tais cláusulas se diferenciam, na enunciação clássica, na medida em que, no pacto penal, as perdas e danos são fixadas em valor invariável, orientado aos interesses do credor, enquanto, na convenção limitativa, estabelece-se teto de indenização, orientado aos interesses do devedor. Em perspectiva funcional, todavia, tais distinções devem ser relativizadas a partir da apreciação concreta do regulamento contratual. Isso porque a cláusula penal também pode servir aos interesses do devedor, quando o montante pré-fixado se revela inferior à extensão do dano causado e não há a possibilidade de pleito dos prejuízos

validade das cláusulas de não indenizar quando estas englobam a limitação ou a exclusão do dever de reparar nos casos de inadimplemento imputável a título de dolo do contratante beneficiário de tal avença. Essa noção é quase que intuitiva (...) Por fim, a doutrina majoritária tem considerado que somente há validade da cláusula de não indenizar nas relações contratuais quando o seu objeto não se refira a uma obrigação principal do contrato” (PERES, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 142-180).

excedentes.¹³² Em outras palavras, “a diferença funcional entre as duas cláusulas esbater-se-á em muito se a cláusula penal for estipulada 'com o intuito de pôr um limite à responsabilidade, nos casos em que os danos possam atingir proporções exageradas em relação às previsões normais dos contraentes’”.¹³³ Definiu-se, assim, no item 1.2, *supra*, a terminologia cláusulas penais de perfil limitativo para se referir aos casos em que o dano causado se afigura superior ao montante fixado no ajuste, não havendo previsão contratual da possibilidade de pleito de indenização suplementar.

A aproximação entre as cláusulas penais de perfil limitativo e as convenções limitativas do dever de indenizar possui quatro principais fundamentos e gera duas consequências essenciais. Em primeiro lugar, tem-se que, à luz da metodologia civil-constitucional, no processo de qualificação, a identidade de função demanda a identidade de disciplina incidente. De fato, estruturas diversas podem exercer concretamente a mesma finalidade, caso em que receberão normativa equivalente.¹³⁴ Assim, gerando as cláusulas penais e os pactos limitativos o similar efeito de restrição do montante indenizatório, os requisitos tradicionais de validade deverão ser interpretados sistematicamente para os dois ajustes.

Em segundo plano, o avizinhamento funcional se justifica com fins de se evitar a burla à lei por parte do devedor. Com efeito, se as cláusulas penais de perfil limitativo não fossem inválidas nos casos em que os ajustes limitativos o são, bastaria a fixação contratual de pacto penal de baixo montante, sem previsão de possibilidade de indenização suplementar, para que o contratante escapasse da proibição legal, obtendo justamente o efeito vedado, qual seja a constrição do dever de indenizar.

Em terceiro lugar, na ponderação entre a autonomia negocial e o princípio da reparação integral,¹³⁵ observa-se que os ajustes em análise produzem concretamente semelhante grau de restrição a este princípio. Desse modo, nas hipóteses em que pende no

¹³² OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. A cláusula penal compensatória estipulada em benefício do consumidor e o direito básico à reparação integral. *Revista de Direito do Consumidor* (Revista dos Tribunais Online), v. 105, 2016, p. 7.

¹³³ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 43-45.

¹³⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 118.

¹³⁵ PEREIRA, Vinicius. *Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 40.

prato da balança a reparação integral, invalidando-se os ajustes limitativos, também deverão ser nulificadas as cláusulas penais de perfil limitativo, em virtude de violarem a mesma prioridade valorativa.

Por fim, a partir do estudo comparativo do desenvolvimento doutrinário, legislativo e jurisprudencial de ambos os pactos, nota-se que as cláusulas penais receberam historicamente maior estudo e menor controle valorativo. A explicação de tal fenômeno se dá com a afinidade dos ajustes penais aos interesses do credor (por dispensarem a comprovação de prejuízos e poderem exceder o dano efetivamente causado), de acordo com a concepção clássica da relação obrigacional como tutela da supremacia creditícia.¹³⁶ As convenções de não indenizar, por outro lado, foram relegadas a segundo plano e, quando finalmente estudadas, o eram para fins de se propor amarras à sua validade, por meio dos referidos requisitos tradicionais de validade de (i) respeito à ordem pública; (ii) invalidade diante de obrigações principais e (iii) impossibilidade de referência ao dolo ou à culpa grave, requisitos estes que não foram cogitados para as convenções penais.

A releitura do direito obrigacional como relação de cooperação demanda a revisitação de tais pressupostos de validade. De acordo com essa perspectiva, em superação à ótica de subordinação do devedor aos interesses do credor, faz-se mister a imposição de deveres anexos a ambas as partes, com vistas a assegurar a satisfação do programa negocial, consoante o escopo pactuado e os riscos assumidos por cada contratante. Pressupõe-se, nesta toada, nova compreensão da relação obrigacional, que passa a ser vista como processo em que se objetiva o cumprimento global da obrigação e a tutela das legítimas expectativas despertadas,¹³⁷ exigindo-se, em seu âmbito, relação de cooperação entre ambas as partes, que já se inicia na fase pré-contratual e subsiste até mesmo após o cumprimento da obrigação principal.¹³⁸

¹³⁶ “Determinação *forfaitaire* e preventiva do dano devido, a cláusula penal simplifica a fase ressarcidora – ao prevenir e evitar as dificuldades de cálculo da indemnização e a intervenção do juiz, para esse efeito, dispensando ao credor a alegação e a prova do dano concreto – e é sempre exigível, desde que o inadimplemento ou cumprimento imperfeito da obrigação principal seja imputável ao devedor” (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995, pp. 248-249).

¹³⁷ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Direito ao cumprimento e direito a cumprir*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 5.

¹³⁸ “O comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa ótica histórico-cultural, a uma regra de actuação de boa-fé (...) no período pré-negocial, na constância

A revisitação dos requisitos tradicionais de validade, fundamentada com base nas quatro justificativas referidas, gera duas consequências essenciais: (i) a de retirar das cláusulas de não indenizar o controle excessivo e injustificado, não colocado para as convenções penais e (ii) a de estender aos pactos penais o controle valorativo efetuado por tais requisitos para os ajustes de não indenizar, quando se revelarem procedentes. O efeito da aproximação funcional, portanto, se afigura dúplice: eliminar as restrições desarrazoadas às cláusulas de não indenizar, em prestígio às suas potencialidades funcionais, e, de outro giro, abarcar as convenções penais de perfil limitativo no controle de merecimento de tutela a que devem se submeter todas as figuras do ordenamento jurídico.

Os mesmos fundamentos e consequências se aplicam para o cotejo entre as cláusulas excludentes do dever de indenizar e as convenções limitativas do objeto contratual, considerando-se que estas últimas se aproximam funcionalmente das primeiras ao também excluírem a reparação por perdas e danos, mas, passo adiante, são ainda mais gravosas aos interesses do credor, na medida em que eliminam os outros direitos diante do descumprimento. Desta feita, sob pena de fraude à lei, não se admite que a exoneração do dever de indenizar, quando vedada, seja obtida por meio da pactuação de cláusula limitativa do objeto contratual, sob o argumento de que o contratante estaria apenas definindo o conteúdo negocial. Como consequência, também as cláusulas limitativas do objeto contratual deverão se submeter ao juízo de merecimento de tutela a que estão sujeitas as cláusulas de não indenizar.

De outro giro, a diferenciação entre os dois ajustes exige a releitura dos tradicionais requisitos de validade para afastar a restrição excessiva sobre os pactos excludentes. Com efeito, a fundamentação de tais parâmetros de licitude, relacionada ao perigo de as cláusulas de não indenizar se transformarem em condições puramente potestativas, não capta a distinção entre estas e as convenções limitativas do objeto contratual. Isso porque, nos ajustes que exoneram o devedor do dever de indenizar, ainda serão cabíveis, aferidos os corretos suportes fáticos, os pleitos para obtenção da exata prestação devida, do equivalente ao devido e da restituição do já cumprido, não havendo que se falar em arbitrariedade do devedor no cumprimento do negócio.

Há, aqui, contudo, distinção entre o paralelo pacto limitativo do objeto contratual-cláusula excludente do dever de indenizar e o cotejo ajuste limitativo do dever de indenizar-convenção penal. Isso porque a aproximação funcional é maior no segundo caso, produzindo ambas as cláusulas o mesmo efeito de restrição do dever de indenizar. Na primeira hipótese, diversamente, o avizinhamento funcional se dá em relação continente-conteúdo, eis que a cláusula limitativa do objeto contratual produz também o efeito de exoneração do dever de indenizar, mas vai além e exclui todos os direitos diante do descumprimento. Desse modo, enquanto o controle funcional será (i) equiparado entre a cláusula limitativa do dever de reparar e a penal de perfil limitativo, (ii) para a limitativa do objeto e para a excludente do dever de indenizar a similitude vai até o idêntico efeito de exclusão da reparação, afigurando-se o controle funcional mais rigoroso para a convenção limitativa do objeto, vez que produz consequências mais gravosas.

O pano de fundo de tal releitura se traduz na trajetória trifásica das cláusulas de não indenizar. No momento inicial, tais ajustes foram condenados à invalidade, sob o fundamento de impossibilidade de restrição ao princípio da reparação integral, convertendo-se, por meio do pacto, a obrigação civil em obrigação natural.¹³⁹ Em seguida, identificou-se importante reação doutrinária à coibição das convenções, de modo a admitir sua validade.¹⁴⁰ Tal reação,

¹³⁹ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 519. V. tb. “Propendemos assim a considerar que o art. 809º proíbe qualquer cláusula de exclusão antecipada de responsabilidade, com exceção da responsabilidade do devedor pelos actos dos seus auxiliares. As partes podem celebrar cláusulas de renúncia a uma indemnização que já tenham adquirido mas não podem efectuar essa renúncia antecipadamente, tornando lícito o comportamento do devedor que representasse uma infracção da obrigação” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. II. Coimbra: Almedina: 2016, p. 271). Cf. ainda “A norma que estabelece o direito à indemnização tem carácter imperativo. Não pode excluir-se o direito a ser indemnizado em consequência da violação que o devedor venha a cometer do vínculo obrigacional” (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 424).

¹⁴⁰ Na doutrina portuguesa, o posicionamento foi capitaneado por António Pinto Monteiro: “De ahí partía la doctrina tradicional para concluir que no son admitidas, en ningún caso, las cláusulas exoneratorias, no teniendo que distinguir entre los varios grados de culpa. Esta posición – demasiado rígida y en contracción con otras normas, ya del Código Civil, ya de otros cuerpos legales – sólo tendría fundamento, en base al art. 809, si la cláusula exoneratoria se identificase, siempre y necesariamente, con una renuncia anticipada a la indemnización. Lo que, a mi modo de ver, no es correcto, como mostraremos más adelante. Por outro lado, eran de índole conceptual las razones apuntadas por la doctrina tradicional en apoyo de su posición: según esa doctrina, la inadmisibilidad de la cláusula exoneratoria sería el corolario lógico de la naturaleza jurídica del vínculo obligacional, de la exigibilidad del derecho de crédito, pues la validez de la cláusula exoneratoria convertiría la obligación civil en obligación natural. No me parece correcta esta posición. En 1985, en pruebas académicas celebradas en mi Universidad, defendí una posición contraria a de la doctrina entonces dominante. En primer lugar, la cláusula exoneratoria, si fuera válida y eficaz, sólo perjudica al acreedor en cuanto a la indemnización. Permanecen, para su defensa, todos los otros derechos que la ley ofrece para reaccionar contra el

no ordenamento jurídico brasileiro, ainda tímida, foi acompanhada de simultâneo processo de elaboração de requisitos tradicionais de validade dos ajustes. A licitude das convenções, assim, embora reconhecida, se afigurava demasiadamente constrangida: apenas se admitiam as cláusulas que não violassem a ordem pública, que se referissem a obrigações acessórias e ao inadimplemento por culpa leve, a impedir sua pactuação justamente para as hipóteses de maior utilidade prática. Passo adiante, este trabalho se situa em um terceiro momento da trajetória trifásica, no qual o modelo contemporâneo de contratação na sociedade tecnológica, em que se registra “majoração exponencial da álea suscitada pela transformação assustadoramente rápida e globalizada da economia”¹⁴¹ e multiplicação das demandas indenizatórias, demanda o reconhecimento das potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar por meio de efetiva (e não retórica) afirmação de sua validade, retirando-se as

no cumplimiento del deudor. (...) En segundo lugar, la cláusula exoneratoria sólo estaría incluida en el art. 809 si se defendiese su validez absoluta, en el caso de que ésta se tradujera en una renuncia anticipada a la indemnización, prohibida por la norma. (...) En tercer y último lugar – y éste hoy un argumento que encuentro decisivo –, el Decreto-Ley 446/1985, de 25 de octubre, que establece un régimen jurídico de las cláusulas contractuales generales, prohíbe las cláusulas exoneratorias en caso de dolo o culpa grave [art. 18, párrafos c) y d)], permitiendo, por argumento *a sensu contrario*, la validez de estas cláusulas en caso de simple culpa leve. (...) De esta manera, y en conclusión, la cláusula exoneratoria por culpa leve es, en principio, válida, tanto en contratos negociados, como en contratos de adhesión. Esta es la tesis que vengo defendiendo desde 1985, como dije anteriormente, y con la cual han estado de acuerdo varios autores, siendo ya hoy la posición ampliamente mayoritaria en la doctrina, lo contrario de lo que sucedía antes de mi intervención” (MONTEIRO, António Pinto. Las clausulas de exoneracion de la responsabilidad civil. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n. 83, 1994, pp. 204-205). Tradução livre: “De aí partia a doutrina tradicional para concluir que não são admitidas, em nenhum caso, as cláusulas de exoneração, não sendo preciso distinguir entre os vários graus de culpa. Essa posição – demasiado rígida e em contradição com outras normas, seja do Código Civil, seja de outros corpos legais – só teria fundamento, com base no art. 809, se a cláusula exoneratória se identificasse, sempre e necessariamente, como renúncia antecipada à indenização. O que, ao meu modo de ver, não é correto, como mostraremos mais adiante. Por outro lado, eram de índole conceitual as razões apontadas pela doutrina tradicional em apoio à sua posição: segundo essa doutrina, a inadmissibilidade da cláusula exoneratória seria o corolário lógico da natureza jurídica do vínculo obrigacional, da exigibilidade do direito de crédito, pois a validade da cláusula exoneratória converteria a obrigação civil em obrigação natural. Não me parece correta essa posição. Em 1985, em provas acadêmicas celebradas em minha universidade, defendi uma posição contrária à doutrina então dominante. Em primeiro lugar, a cláusula exoneratória, se for válida e eficaz, só prejudica o credor em termos de indenização. Permanecem, para sua defesa, todos os outros direitos que a lei oferece para reagir contra ele no adimplemento do devedor (...). Em segundo lugar, a cláusula exoneratória só estaria incluída no art. 809 se se defendesse sua validade absoluta, em cujo caso essa se traduziria em renúncia antecipada à indenização, proibida pela norma. (...) Em terceiro e último lugar – e este é um argumento que acho decisivo –, o Decreto-Lei 446/1985, de 25 de outubro, que estabelece um regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, proíbe as cláusulas exoneratórias em caso de dolo ou culpa grave [art. 18, c e d], permitindo, por argumento *a contrario sensu* a validade dessas cláusulas em caso de simples culpa leve. (...) Desta maneira, em conclusão, a cláusula exoneratória por culpa leve é, em princípio, válida, tanto em contratos negociados como em contratos de adesão. Esta é a tese que venho defendendo desde 1985, como disse anteriormente, e com a qual tem estado de acordo vários autores, sendo já hoje a posição amplamente majoritária em doutrina, ao contrário do que sucedia antes da minha intervenção”.

¹⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Prefácio. In: BANDEIRA, Paulo Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. xiii.

amarras excessivas impostas pelos requisitos tradicionais de licitude, sem se descurar, todavia, da importância do controle funcional de tais ajustes.

Nesse sentido, nota-se que o requisito de validade relativo à ordem pública não representa especial peculiaridade das cláusulas de não indenizar,¹⁴² uma vez que todo e qualquer ajuste não poderá violar as regras, os princípios e os valores do ordenamento, como se verá no Capítulo II. Prevê o artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública”.¹⁴³ De outra parte, os requisitos tradicionais de validade, tal como concebidos, acabam por constranger demasiadamente o espectro de incidência das cláusulas de não indenizar, restringindo-as às obrigações acessórias e à culpa leve, consoante se demonstrará nos Capítulos III e IV. Denota-se, assim, excessiva desconfiança em face de tais convenções, que resulta em despreço à sua relevância para a gestão de riscos e a previsibilidade na dinâmica negocial.

Destaque-se, por fim, que as mudanças levadas a cabo na teoria da responsabilidade civil – do ofensor à vítima, da culpa ao risco e do ato ilícito ao dano injusto –, bem como na teoria contratual – da estrutura à função, do individualismo ao solidarismo, do dogma da vontade ao juízo de merecimento de tutela – também impõem a releitura dos requisitos de validade tradicionalmente estabelecidos para as cláusulas excludentes e limitativas à luz de tais premissas metodológicas.¹⁴⁴

Com efeito, a Constituição de 1988 inaugurou nova ordem jurídica fundada no princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁴⁵ Na teoria da responsabilidade civil, a opção

¹⁴² A respeito da dificuldade de definição do conceito de ordem pública, v. OMMESLAGHE, Pierre Van. *Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats*. In: FORIERS, Paul Alain (Org.). *Actualité du droit des obligations*. Bruxelles: Bruylant, 2005, p. 89.

¹⁴³ Art. 2.035, CC. “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”.

¹⁴⁴ “Para evitar os perigos de um estruturalismo árido, de maneira a subtrair-se ao fascínio de doutos questionamentos sobre o consentimento, sobre a troca sem diálogo e sem acordo, é necessário deslocar a atenção para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia negocial, para o seu merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 358-359).

¹⁴⁵ “Abre-se para o civilista um vasto e sugestivo programa de investigação, que se propõe a realização de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização de

constitucional significou alteração de perspectiva, com vistas a assegurar a reparação integral do lesado.¹⁴⁶ Consoante a previsão do artigo 5º, V e X da Constituição¹⁴⁷ e do artigo 944 do Código Civil,¹⁴⁸ deverá o ofendido ser reparado na totalidade da extensão do dano, admitindo-se, inclusive, a cumulação entre a reparação de danos morais e danos patrimoniais.¹⁴⁹

Além disso, sob o norte do princípio da reparação integral, foram progressivamente reconhecidas hipóteses de presunção de culpa, seguidas da previsão de dispensa de culpa em legislações esparsas até a consagração da cláusula geral de responsabilidade objetiva no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.¹⁵⁰ A diabólica prova de culpa cedeu espaço, assim, à noção de risco.¹⁵¹ Nesse cenário, a categoria da ilicitude clássica se tornou insuficiente para explicar as hipóteses de responsabilidade objetiva, bem como para justificar a reparação nos

cada normativa à luz de um renovado juízo de valor; verificar e adequar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de fato à legitimação etc.), em um esforço de modernização do instrumentário e, especialmente, da teoria da interpretação” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 591).

¹⁴⁶ “(...) a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação da sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12).

¹⁴⁷ Art. 5º, CRFB/88. “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: (...) 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”.

¹⁴⁸ Art. 944, CC. “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”.

¹⁴⁹ “Hoje, portanto, após longo percurso, estabeleceu-se a reparação integral do dano como um valor importante no ordenamento. Reconheceu-se, mais, que os danos extrapatrimoniais são merecedores de tutela privilegiada, já que fundamentalmente ligados à dignidade da pessoa humana, segundo a normativa da Constituição República, de 1988. E que o princípio da dignidade humana, erigido pelo Constituinte de 1988 como fundamento da República, deve irradiar-se, prioritária e necessariamente, por todo o sistema jurídico. Por outro prisma, consagrou-se a solidariedade como um valor da República (Constituição República, de 1988, art. 1º, III, e art. 3º, I), solidariedade que, em tema de responsabilidade civil, aponta no sentido da vítima, sempre buscando garantir-lhe uma reparação integral. Em doutrina, consagrou-se a expressão ‘giro conceitual’ de Orlando Gomes: do ato ilícito passou-se ao dano injusto, do causador passou-se à vítima. Ou seja, diante do dano sofrido, a vítima fará jus à reparação integral, independentemente do juízo de reprovação da conduta” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63, 2008, p. 4).

¹⁵⁰ Art. 927, CC. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

¹⁵¹ Sobre o tema, cf. LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 48.

casos em que, ainda que a conduta não seja vedada expressamente pelo ordenamento jurídico, o interesse lesado é tutelado pela tábua axiológica constitucional, a gerar a necessidade de releitura do ato ilícito para o dano injusto.¹⁵²

De outro giro, a consolidação de nova ordem jurídica voltada ao personalismo e ao solidarismo implicou, na teoria contratual, a reformulação da noção de autonomia privada, que “deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional”.¹⁵³ O juízo de merecimento de tutela exige, assim, a interpretação-aplicação dos institutos à luz de sua função concreta.¹⁵⁴ É o que se passa a ver.

¹⁵² “Hoje, mudou o ângulo de visão dessa teoria no tratamento dos problemas. O regime da responsabilidade está passando por uma revisão importante, e manifestam-se tendências que o renovam significativamente. A mais interessante mudança de ângulo visual é o giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto” (GOMES, Orlando. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco Di. (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 293).

¹⁵³ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6.

¹⁵⁴ “O fato jurídico, como qualquer outra entidade, deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individuar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve)” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 603).

2. REQUISITO DE VALIDADE REFERENTE À ORDEM PÚBLICA

2.1. Análise crítica: depuração de conteúdo e proposta de interpretação sistemática

*“A regra não é de fácil interpretação, não sendo claro o critério com que se possa individuar as normas de ordem pública”.*¹⁵⁵

TOMASO GALLETTO

O primeiro requisito tradicionalmente proposto se volta à inadmissibilidade de cláusulas limitativas e excludentes que violem a ordem pública. Argumenta-se que as convenções de não indenizar só se afiguram válidas se tutelarem interesses privados, não já direitos indisponíveis.¹⁵⁶

A título ilustrativo da expansão de tal pressuposto de validade, destaca-se, na experiência estrangeira, o artigo 1229, 2º co., do Código Civil Italiano, que dispõe: “é nulo também qualquer pacto preventivo de exoneração ou de limitação de responsabilidade para os casos nos quais o fato do devedor ou de seus auxiliares constitua violação a obrigações derivadas de normas de ordem pública”.¹⁵⁷ Assim também o artigo 800 do Código Civil Português, segundo o qual “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”. Ainda, veja-se exemplificativamente o artigo 1.743 do Novo Código Civil Argentino, que prevê a invalidade das “cláusulas que excluem ou limitam a obrigação de

¹⁵⁵ Tradução livre. No original: “La norma non è di facile interpretazione, non essendo chiaro il criterio con cui si possono individuare le norme di ordine pubblico” (GALLETTO, Tomaso. *Clausole di esonero dalla responsabilità*. In: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*. v. II. Torino: Utet, 1988, p. 401).

¹⁵⁶ MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. t. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1897, p. 267. V. tb. “Une seule restriction est apportée au principe de la liberté des conventions: on ne peut insérer dans un contrat une clause contraire à l’ordre public ou aux bonnes moeurs” (BRUNE, Daniel. *De la clause de non-responsabilité de l’armateur pour les fautes du capitaine*. Bordeaux: Imprimerie Nouvelle F. Pech, 1901, pp. 29-30). Tradução livre: “Uma só restrição é trazida ao princípio da liberdade das convenções: não se pode inserir no contrato uma cláusula contrária à ordem pública ou aos bons costumes”.

¹⁵⁷ Tradução livre. No original: “È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore e dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”.

indenizar quando afetam direitos indisponíveis, atentam contra a boa-fé, os bons costumes ou leis imperativas, ou são abusivas”.¹⁵⁸

Na experiência brasileira, o requisito constitui pressuposto de validade de toda cláusula contratual. Nesse sentido, prevê o artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública”.¹⁵⁹ Com efeito, o pressuposto não constitui específico requisito de validade para o tema em análise. Dito diversamente, embora o requisito se afigure pertinente, não traduz peculiaridade dos ajustes limitativos e excludentes, vez que qualquer pacto não será admitido se violar as regras, os princípios e os valores do ordenamento jurídico.

A crítica esboçada gera três principais efeitos. Se todas as cláusulas devem se submeter ao controle de validade em análise, faz-se mister precisar em que termos a ordem pública deve ser compreendida. Desse modo, a primeira releitura necessária se volta à interpretação do conceito de ordem pública como, à luz da metodologia civil-constitucional, o juízo de merecimento de tutela *lato sensu* a que se submetem todos os institutos do ordenamento jurídico. Nesse processo, ou bem haverá contrariedade estrutural à regra de regência (ilicitude), ou bem, embora não haja violação direta à lei, o exercício da situação jurídica se revelará contrário à sua função (abusividade),¹⁶⁰ ou, finalmente, ambas as situações jurídicas se configurarão igualmente lícitas e não-abusivas, a atrair a incidência da razoabilidade para a ponderação de interesses e a conformação dos valores do ordenamento jurídico (juízo de merecimento de tutela em sentido estrito).¹⁶¹

¹⁵⁸ Tradução livre. No original: “Artículo 1743. Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder”.

¹⁵⁹ Art. 2.035, CC. “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”.

¹⁶⁰ SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, 2012, pp. 71-72.

¹⁶¹ “Mediante a razoabilidade, o intérprete poderá aferir em que medida a disciplina individuada para certa hipótese fática, mesmo diante de regras aparentemente claras, se encontra consentânea com os princípios e valores do ordenamento, tendo-se em conta as especificidades dos interesses em questão. É papel do intérprete, portanto, em nome da razoabilidade, entrever as consequências da sua atividade interpretativa no caso concreto, em busca da solução razoável que, ao mesmo tempo, seja rigorosamente fiel aos valores do ordenamento

Bem postas estas premissas, faz-se mister segundo passo no sentido de depurar o que se pode extrair como concretizações do requisito da ordem pública em tema de cláusula de não indenizar. O esforço de individuação de específico conteúdo ao pressuposto em análise visa a evitar que a interpretação ampliativa acabe por significar despreço às potencialidades funcionais das convenções de não indenizar, estirando-se o conceito de ordem pública para vedar os ajustes em situações que fujam ao tradicional esquema em que cogitados, em postura conservadora de criação de barreiras a novas potencialidades. O requisito da ordem pública pode, assim, ser concretizado como referente a três principais hipóteses de aferição de validade dos pactos: (i) diante de patente vulnerabilidade do credor, como em relações de consumo; (ii) quando referente a lesão à pessoa humana (geradora de danos morais ou materiais) e (iii) se em violação a regras que disciplinam a limitação do dever de indenizar, de que é exemplo o mosaico normativo na disciplina do contrato de transporte.¹⁶² Em outras palavras, averiguar se os ajustes excludentes e limitativos ferem a ordem pública significa investigar, sobretudo, se havia vulnerabilidade apta a nulificar a cláusula, se o pacto vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana ao se referir à reparação de danos materiais ou morais a esta causada e se há dispositivo legal que rege a restrição ao dever do indenizar em específicos contratos e atividades. Não se insere no espectro deste requisito, contudo, a pactuação de cláusulas de não indenizar na seara da responsabilidade extracontratual, da responsabilidade objetiva e da responsabilidade pré-contratual, em que

jurídico” (TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade e a sua adoção à moda do jeitão. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 8, 2016, p. 6).

¹⁶² A título ilustrativo, a relevância foi reconhecida pelo Novo Código Civil Argentino, que trouxe específicas previsões acerca das cláusulas de não indenizar de acordo com a função negocial. Nesse sentido, cf. “Artículo 1292. Cláusulas limitativas de la responsabilidad. Las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista de personas por muerte o daños corporales se tienen por no escritas. Artículo 1313. Limitación de la responsabilidad. Prohibición. Los que realizan habitualmente servicios de transporte no pueden limitar las reglas de responsabilidad precedentes, excepto en el caso del artículo 1310. Artículo 1310. Responsabilidad por culpa. Si se trata de cosas frágiles, mal acondicionadas para el transporte, sujetas a fácil deterioro, de animales o de transportes especiales, el transportista puede convenir que sólo responde si se prueba su culpa. Esta convención no puede estar incluida en una cláusula general predisposta”. Tradução livre: “Artigo 1292. Cláusulas limitativas da responsabilidade. As cláusulas que limitam a responsabilidade do transportador de pessoas por morte ou danos corporais são tidas por não escritas. Artigo 1313. Limitação da responsabilidade. Proibição. Aqueles que realizam habitualmente serviços de transporte não podem limitar as regras de responsabilidade precedentes, exceto no caso no caso do artigo 1310. Artigo 1310. Responsabilidade por culpa. Se se trata de coisas frágeis, mal acondicionadas para o transporte, sujeitas a uma fácil deterioração, de animais ou de transporte especial, o transportador pode convencionar que só responde se a culpa é comprovada. Esta convenção não pode ser incluída em uma cláusula geral predisposta”.

serão válidas as convenções limitativas e excludentes, conforme se analisará mais detalhadamente no item 4.3, *infra*.

Em um terceiro momento, se do próprio comando do artigo 2.035 se extrai que as convenções contratuais não poderão violar a ordem pública, todos os ajustes disciplinadores da responsabilidade civil a que se referiu no item 1.2, *supra*, quais sejam, cláusulas limitativas do objeto contratual, convenções excludentes do dever de indenizar, ajustes limitativos da reparação por perdas e danos e pactos penais de perfil limitativo, deverão se submeter a este controle de validade, nas três depurações descritas na segunda proposta. Com efeito, se são, em determinadas hipóteses, vedadas as convenções excludentes do dever de indenizar, com maior razão serão, nas mesmas circunstâncias, proscritas as cláusulas limitativas do objeto contratual, eis que geram efeitos ainda mais gravosos ao eliminarem todas as consequências do inadimplemento. De mais a mais, se não se afiguram admitidos, em certos termos, os ajustes limitativos da reparação por perdas e danos, também serão proibidos, nas mesmas condições, os pactos penais de perfil limitativo, por gerarem concretamente o mesmo efeito de restrição do dever de indenizar. É o que se passa a analisar.

2.2. Cláusulas de não indenizar em relações de consumo e em contratos de adesão em relações civis

*“Especial importância prática tem adquirido as cláusulas limitativas, constituindo uma das condições habituais e um dos tipos mais graves de cláusulas abusivas, que tem feito reagir os legisladores de todos os países, nos últimos anos, no marco da política da defesa dos consumidores”.*¹⁶³

MANUEL GARCIA AMIGO

Em primeiro plano, destaque-se a proscrição das cláusulas de não indenizar nas relações de consumo. Ponha-se entre parênteses que, de acordo com o artigo 2º do Código de

¹⁶³ Tradução livre. No original: “Especial importancia práctica han adquirido las cláusulas limitativas (...) constituyendo una de las condiciones habituales y uno de los tipos más graves de cláusulas abusivas, que han hecho reaccionar a los legisladores de todos los países, en los últimos años, en el marco de la política de defensa de los consumidores” (AMIGO, Manuel Garcia. *Lecciones de derecho civil II: teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid: McGraw-Hill, 1995, pp. 618-619).

Defesa do Consumidor, é consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. A esse respeito, formaram-se, ao longo das décadas, dois nortes interpretativos. O primeiro, denominado maximalismo, descreve o consumidor como destinatário fático do produto ou serviço,¹⁶⁴ admitindo o uso profissional, desde que haja o emprego indireto na cadeia produtiva. O segundo, por sua vez, tratado como finalismo e adotado pelo STJ a partir de 2004,¹⁶⁵ rejeita a admissibilidade do uso profissional, caracterizando o consumidor como o destinatário fático e econômico do produto ou serviço.¹⁶⁶

Mais recentemente, observa-se, na jurisprudência, tendência à mitigação da teoria finalista, considerando consumidor todo aquele que se encontra em “estado de vulnerabilidade”.¹⁶⁷ A teoria do finalismo aprofundado,¹⁶⁸ responsável por esse

¹⁶⁴ Na jurisprudência, cf. “O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 445.854/MS. 3ª Turma. Relator Ministro Castro Filho. Brasil: 2 de dezembro de 2003). V. tb. BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 208.793/MT. 3ª Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasil: 18 de novembro de 1999.

¹⁶⁵ “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” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 541.867/BA. 2ª Seção. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Relator para acórdão Ministro Barros Monteiro. Brasil: 10 de novembro de 2004).

¹⁶⁶ “A corrente maximalista ou objetiva entende que o CDC, ao definir o consumidor, apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço. (...) A corrente finalista ou subjetivista, a seu turno, interpreta de maneira restritiva a expressão destinatário final. (...) O conceito de consumidor, na esteira do finalismo, portanto, restringe-se, em princípio, às pessoas físicas ou jurídicas, não profissionais, que não visam lucro em suas atividades e que contratam com profissionais” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 67-69).

¹⁶⁷ “Esta Corte firmou posicionamento no sentido de que a teoria finalista deve ser mitigada nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não tecnicamente destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou de submissão da prática abusiva, autorizando a aplicação das normas prevista no CDC” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Conflito de Competência 146.868/ES. 3ª Seção. Relator Ministro Moura Ribeiro. Brasil: 22 de março de 2017). V. tb. BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 601.234. 3ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasil: 12 de maio de 2015.

¹⁶⁸ “É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve 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 como uma utilização mista, principalmente na área de serviços; provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final do consumo prevalente” (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 117).

abrandamento, se afigura como a mais adequada à tábua axiológica constitucional, ao permitir a releitura do sistema à luz da análise concreta das vulnerabilidades, confirmando a tutela privilegiada das situações jurídicas existenciais.¹⁶⁹

Fechando-se, então, o parêntese aberto para a compreensão do consumidor¹⁷⁰ como a pessoa física ou jurídica em situação de vulnerabilidade,¹⁷¹ cabe analisar o tratamento legislativo acerca das cláusulas de não indenizar nessa seara. Exige-se, para tanto, a interpretação dos artigos 25 e 51, I, do CDC. Trata-se de dispositivos que concretizam o comando do artigo 6º, VI, do CDC,¹⁷² que elenca entre os direitos básicos do consumidor a reparação integral, assegurando, para tanto, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

O artigo 25, situado na Seção III, “Da responsabilidade por vício do produto e do serviço” do Capítulo IV, “Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos”, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que “é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”, de modo a alcançar também a Seção II do Capítulo IV, relativa à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Veda-se, assim, a convenção limitativa e a excludente do dever de indenizar por vício do produto e do serviço e por fato do produto e do serviço.

¹⁶⁹ “Tais observações encontram-se confortadas por inúmeras, sucessivas e recentes manifestações do STJ, que incorporam em seu repertório conceitos hauridos do CDC, como vulnerabilidade e abusividade, que servem de critérios hermenêuticos para a solução de conflitos em favor de pequenos empresários, comerciantes e agricultores, em face da concreta situação de desvantagem em que se encontravam na relação contratual, considerando-os consumidores. (...) Diante de tal tendência metodológica, longe de se entrever, no horizonte, uma redução da proteção dos consumidores, há de se constatar o reconhecimento pela Corte Superior da unidade axiológica da ordem civil-constitucional, que se manterá íntegra na medida em que se assegure sempre a dignidade da pessoa humana (consumidora ou não) e a prevalência das relações existenciais sobre as patrimoniais” (TEPEDINO, Gustavo. Código de defesa do consumidor, código civil e complexidade do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 406-407).

¹⁷⁰ Na ressalva de Perlingieri: “(...) o consumidor não é um *status*, mas uma posição contratual a ser individualizada e averiguada a cada vez” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 543).

¹⁷¹ “(...) il consumatore soffre di una asimmetria informativa che limita il suo potere di negoziazione anche al di fuori delle condizioni generali di contratto” (NAVARRETTA, Emanuela. Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma. In: *Studi in onore di Giorgio Cian*. t. II. Padova: CEDAM, 2010, p. 1765). Tradução livre: “(...) o consumidor sofre de uma assimetria informativa que limita o seu poder de negociação mesmo fora das condições gerais do contrato”.

¹⁷² Art. 6º, CDC. “São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Em seguida, o artigo 51, I, do CDC lista, dentre as cláusulas abusivas, o ajuste de não indenizar e complementa o tratamento da matéria ao diferenciar a disciplina incidente para o consumidor pessoa física e para o consumidor pessoa jurídica.¹⁷³ Segundo o dispositivo, afiguram-se nulas de pleno direito “as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.¹⁷⁴ De outro giro, prevê que “nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”.

Em síntese, conforme se extrai da interpretação dos artigos 6º, VI, 25 e 51, I, do Código de Defesa do Consumidor, será a cláusula excludente ou limitativa inválida se o consumidor for pessoa física.¹⁷⁵ Por outro lado, tratando-se de pessoa jurídica consumidora, será lícita a

¹⁷³ Na experiência estrangeira, v. FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial*. v. I. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005, p. 192: “Constituyen cláusulas abusivas, que merecen ser revisadas por los tribunales, las que colocan a la otra parte a merced del empresario predisponente, como ocurre, por ejemplo, con las que prácticamente dejan sin efecto las normas sobre garantía por vicios en las cosas; las que hacen asumir al cliente los riesgos de transporte; las que liberan al empresario de toda responsabilidad por culpa o establecen a su cargo, en concepto de indemnización por responsabilidad, sumas inferiores a las que puedan corresponder, en tanto que las penalidades para el cliente son impuestas con criterio riguroso y desproporcionado a sus derechos, etcétera”. Tradução livre: “Constituem cláusulas abusivas, que merecem ser revisadas pelos tribunais, as que colocam a outra parte a mercê do empresário proponente, como ocorre, por exemplo, com as que praticamente deixam sem efeito as normas sobre garantia por vícios nas coisas; as que fazem o cliente assumir os riscos do transporte; as que liberam o empresário de toda responsabilidade por culpa ou estabelecem a seu cargo, em termos de indenização por responsabilidade, somas inferiores às que possam corresponder, enquanto as penalidades para o cliente são impostas com critério rigoroso e desproporcional a seus direitos, etc”. Cf. ainda MELI, Marisa. *La disciplina delle clause abusive nella recente proposta di direttiva sui diritti dei consumatori*. In: *Studi in onore di Giorgio Cian*. t. II. Padova: CEDAM, 2010, p. 1687.

¹⁷⁴ “De acordo com o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas eximentes de responsabilidade civil devem sempre ser consideradas abusivas, na medida em que retiram do consumidor a possibilidade, de um lado, de ter efetivo acesso à justiça e garantia de seus direitos fundamentais e, por outro, ver restringidas as possibilidades de reparação dos danos que porventura venham a ser causados pela utilização de um determinado produto ou serviço” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 166).

¹⁷⁵ Na jurisprudência, cf. “No contrato de penhor é notória a hipossuficiência do consumidor, pois este, necessitando de empréstimo, apenas adere a um contrato cujas cláusulas são inegociáveis, submetendo-se à avaliação unilateral realizada pela instituição financeira. Nesse contexto, deve-se reconhecer a violação ao art. 51, I, do CDC, pois mostra-se abusiva a cláusula contratual que limita, em uma vez e meia o valor da avaliação, a indenização devida no caso de extravio, furto ou roubo das joias que deveriam estar sob a segura guarda da recorrida (...)” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.155.395/PR. 4ª Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Brasil: 1 de outubro de 2013).

convenção limitativa do dever de indenizar em *situações justificáveis* e nulo o pacto excludente.¹⁷⁶ Passa-se à análise desta última previsão.

Para parte da doutrina, a interpretação do que seria uma situação justificável conduz à exigência de que a operação de venda ou compra do produto ou serviço ocorra fora do padrão regular de consumo. Assim, se a pessoa jurídica adquire microcomputador em loja de departamentos ou diretamente do fabricante, essa operação não comportaria limitação do dever de indenizar, por se tratar de aquisição comum que receberia as garantias gerais do sistema de responsabilidade previsto no CDC.¹⁷⁷ Outros exigem que a pessoa jurídica seja de “porte razoável” e inexistir vulnerabilidade jurídica do consumidor,¹⁷⁸ de modo que este seja expressamente assistido por advogado como garantia para a assunção consciente dos riscos.¹⁷⁹ Considera-se, ainda, como requisito a negociação prévia da cláusula,¹⁸⁰ revelando-se insuficiente a redação com destaque (art. 54, § 4º, CDC¹⁸¹).¹⁸² Segundo essa terceira condição, portanto, só se admitiria a inserção em contrato de adesão mediante a assinatura de aditivo contratual.

¹⁷⁶ “(...) é válido notar, porém, que a segunda parte do próprio art. 51 permite a limitação da responsabilidade, 'em situações justificáveis', quando se tratar de relação entre fornecedor e consumidor pessoa jurídica. A exceção tem perfeita justificativa: assim como nas relações de transporte, as relações de consumo se mostram, na maioria das vezes, desequilibradas, vindo a legislação a proteger o consumidor hipossuficiente, como forma de dotar a relação jurídica da necessária paridade de armas. Tal desequilíbrio, em relações envolvendo pessoas jurídicas, é menos acentuado, e quiçá inexistente, daí a permissão legal” (WALD, Arnaldo. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. *Revista de direito civil contemporâneo* (Revista dos Tribunais Online), v. 4, 2015, p. 3).

¹⁷⁷ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 699; FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197; LAUDANNA, Raquel de Moraes. A cláusula de não indenizar. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, n. 9, v. 3, 2011, p. 232.

¹⁷⁸ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 700; LAUDANNA, Raquel de Moraes. A cláusula de não indenizar. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, n. 9, v. 3, 2011, p. 232.

¹⁷⁹ PEREIRA, Vinicius. *Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 137-138.

¹⁸⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 298; NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 699; MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁸¹ Art. 54, § 4º, CDC. “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

¹⁸² PEREIRA, Vinicius. *Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 135.

Tais pressupostos, contudo, acabam por restringir demasiadamente o âmbito de incidência da autorização legal e, em consequência, retiram da esfera de autonomia negocial da pessoa jurídica instrumento de gestão de riscos e de previsibilidade que corresponda a vantagem econômica justamente em operações que se situam no padrão regular de consumo.¹⁸³ Além disso, a inexistência de vulnerabilidade jurídica é consequência natural da caracterização do consumidor como pessoa jurídica, não já requisito para a validade da cláusula.¹⁸⁴

De mais a mais, não parece existir razão para se impor formalidade adicional para as cláusulas de não indenizar, se, para as convenções que limitam o objeto contratual, excluindo todas as consequências do inadimplemento (mais gravosas ao consumidor, portanto, vez que a obrigação não é assumida), como na delimitação do risco no contrato de seguro, são exigidas regularmente as condições do artigo 54, § 4º, CDC,¹⁸⁵ desde que haja o efetivo cumprimento do dever de informação.¹⁸⁶ Por outro lado, a assinatura de termo em separado não assegura necessariamente a adequada informação do consumidor ou o equilíbrio da relação jurídica.

Requisito mais adequado para a exigência de equilíbrio contratual consiste na aferição de vantagem patrimonial em favor do consumidor, que pode se traduzir em redução do preço,

¹⁸³ “L’autonomie de la volonté et la liberté contractuelle des parties justifient qu’elles puissent prévoir, avant la réalisation de toute perte, le montant maximum de l’indemnité octroyée au créancier. Les parties peuvent donc déterminer le plafond de l’indemnité due en cas d’inexécution. Les clauses limitatives de réparation, imposant un montant maximum à l’indemnité à allouer au créancier, sont donc valables” (GALLOU, Cécile le. *La notion d’indemnité en droit privé*. Paris: L.G.D.J, 2007, p. 306). Tradução livre: “A autonomia da vontade e a liberdade contratual das partes justificam que elas possam prever, antes da ocorrência de toda perda, o montante máximo da indenização outorgada ao credor. As partes podem então determinar o teto da indenização devida em caso de inexecução. As cláusulas limitativas de reparação, impondo um montante máximo à indenização destinada ao credor, são então válidas”.

¹⁸⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.

¹⁸⁵ “É possível, em contrato de adesão, cláusula limitativa de risco, em texto expresso e de fácil verificação. Artigos 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor e 1.460 do Código Civil anterior” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 763.648/PR. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasil: 14 de junho de 2007).

¹⁸⁶ “Os arts. 6º, inciso III, e 54, § 4º, do CDC, estabelecem que é direito do consumidor a informação plena do objeto do contrato, garantindo-lhe, ademais, não somente uma clareza física das cláusulas limitativas – o que é atingido pelo simples destaque destas –, mas, sobretudo, clareza semântica, um significado unívoco dessas cláusulas, que deverão estar infensas a duplo sentido” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 814.060/RJ. 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasil: 6 de abril de 2010); “Cláusula restritiva, contida em contrato de adesão, deve ser redigida com destaque a fim de se permitir, ao consumidor, sua imediata e fácil compreensão. O fato de a cláusula restritiva estar no meio de outras, em negrito, não é suficiente para se atender à exigência do Art. 54, § 4º, do CDC” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 774.035/MG. 3ª Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasil: 24 de novembro de 2006).

aumento do prazo de pagamento ou da garantia contratual, dentre outros.¹⁸⁷ Exemplificativamente, em contrato de transporte de carga, ainda que presente vulnerabilidade concreta apta a configurar como consumidora a pessoa jurídica, afigura-se admissível cláusula contratual que ofereça à expedidora duas opções: o pagamento do frete correspondente ao valor declarado da mercadoria ou do frete reduzido, sem referência ao valor da carga a ser transportada, hipótese em que a transportadora se beneficiará da limitação do dever de indenizar por avaria na mercadoria, desde que esta não represente ínfimo valor.¹⁸⁸

Desse modo, a solução deve se voltar não já para requisitos formais e exclusivamente objetivos, mas para a apreciação concreta do efetivo equilíbrio da relação complexa,¹⁸⁹ de acordo com o grau de vulnerabilidade daquela pessoa jurídica. Note-se que o pressuposto aqui

¹⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 298; GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 579.

¹⁸⁸ Na jurisprudência, cf. BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.076.465/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasil: 8 de outubro 2013; RIO DE JANEIRO: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.07844. 13ª Câmara Cível. Relator Desembargador Antonio José Azevedo Pinto. Rio de Janeiro: 15 de julho de 2009. Por outro lado, já enfrentou o Tribunal de Justiça do Paraná caso acerca da responsabilidade de empresa de segurança, contratada para monitorar o sistema de alarmes da autora, por furto ocorrido nas dependências desta. No contrato, constava a seguinte cláusula limitativa: “Cláusula Décima Terceira. Parágrafo Primeiro. As partes convencionam em caráter irrevogável e irretroatável que a responsabilidade da contratada por eventuais reparações acerca de prejuízos materiais e imateriais que a contratante venha a sofrer em decorrência de ações criminosas decorrente de sua culpa comprovada no evento está limitada a um valor anual não cumulativo equivalente a 10 (dez) vezes o preço mensal do monitoramento da época do evento danoso. As partes declaram ter plena consciência de que a presente norma contratual é uma cláusula limitativa da responsabilidade da contratada, considerando a natureza dos serviços contratados, não se caracterizando como ‘cláusula de não indenizar’”. Considerou-se, na espécie, válida a convenção: “(...) Apesar de a referida cláusula limitar o direito da autora, foi redigida com destaque (negrito e caixa alta), de modo a permitir fácil e imediata compreensão, conforme prevê o artigo 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor. Então, não há que se falar em qualquer nulidade da cláusula limitativa de responsabilidade. (...) Destaca-se que o representante da empresa apelante, Cezar Augusto Antunes, quando do seu depoimento pessoal em Juízo (CD-ROM), admitiu que tinha pleno conhecimento sobre a cláusula de limitação de responsabilidade” (PARANÁ: Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 1203773-5. 11ª Câmara Cível. Relator Desembargador Rui Portugal Bacellar Filho. Paraná: 5 de agosto de 2015).

¹⁸⁹ “Nella fattispecie la buona fede sembra identificarsi con il principio di equità contrattuale, per cui il predisponente deve determinare il contenuto del contratto in modo tale da contemperare i propri interessi con quelli del consumatore, cui non possono essere imposti sacrifici rilevanti rispetto all’interesse perseguito dal contratto” (CAMILLETTI, Francesco. *Profili del problema dell’equilibrio contrattuale*. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 163). Tradução livre: “Na hipótese fática, a boa-fé parece identificar-se com o princípio da equidade contratual, pelo qual o proponente deve determinar o conteúdo do contrato de modo tal a harmonizar os próprios interesses com aqueles do consumidor, a quem não podem ser impostos sacrifícios relevantes com relação ao interesse perseguido pelo contrato”.

analisado se especifica no aspecto subjetivo, em virtude da existência de vulnerabilidade, fator que orientará o intérprete na aferição do equilíbrio.¹⁹⁰

De outro giro, o requisito de validade referente à ordem pública deve ser estendido para alcançar as cláusulas penais de *perfil limitativo*, isto é, os casos em que o montante pré-fixado na convenção penal se afigura inferior à extensão dos danos causados pelo fornecedor, inexistindo previsão contratual acerca da possibilidade de pleito dos prejuízos excedentes. Nessa hipótese, o consumidor pessoa física terá direito à indenização suplementar, ainda que não estipulada negocialmente, a afastar a incidência do artigo 416, parágrafo único, do Código Civil^{191 192}. Tratando-se de pessoa jurídica consumidora, por outro lado, se equilibrada a relação jurídica, não haverá direito ao pleito dos prejuízos excedentes.

Com efeito, o sistema de interpretação-aplicação das cláusulas de não indenizar e das convenções penais de perfil limitativo deve se apresentar coerente. Nesse sentido, se são vedadas as cláusulas limitativas diante de consumidor pessoa física, não poderá a cláusula penal significar a restrição do dever de indenizar, havendo, em ambos os casos, o direito do consumidor de pleitear a reparação integral dos danos. De outro giro, se são admitidas as cláusulas limitativas diante de consumidor pessoa jurídica em situação justificável, serão os pactos penais de perfil limitativo válidos nas mesmas condições.

Insista-se que a extensão do espectro de incidência do requisito da ordem pública para abarcar as cláusulas penais de perfil limitativo se justifica por quatro principais razões. Em primeiro lugar, pois, à luz da metodologia civil-constitucional, a identidade de função

¹⁹⁰ “O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que, para a proteção do consumidor, deve ser atendido, dentre outros, os seguintes princípios: 'reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo', ao lado do princípio da 'harmonização dos interesses' e 'equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedor', sendo estes enunciados expressões da equivalência material. A equivalência material, recepcionada como princípio normativo pelo direito brasileiro, rompe a barreira de contenção da igualdade jurídica e formal, que caracterizou a concepção liberal do contrato. Ao juiz estava vedada a consideração da desigualdade real dos poderes contratuais ou o desequilíbrio de direitos e deveres, pois o contrato fazia lei entre as partes, formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da parte vulnerável” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 159).

¹⁹¹ Art. 416, CC. “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

¹⁹² Sobre o tema, cf. OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. A cláusula penal compensatória estipulada em benefício do consumidor e o direito básico à reparação integral. *Revista de Direito do Consumidor* (Revista dos Tribunais Online), v. 105, 2016, p. 7.

demanda a identidade de disciplina incidente, considerando-se que ambas as convenções produzem como efeito a dispensa do fornecedor de indenizar todo o dano causado. Em segundo lugar, porquanto o direito à reparação integral é reconhecido como direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso III, do CDC, não se admitindo sua constrição por qualquer estrutura que se possa conceber no ilimitado imaginário da autonomia negocial. Em terceiro lugar, porque, se a equiparação não fosse possível, facilmente poderia o fornecedor burlar as vedações contempladas nos artigos 25 e 51, I, do CDC. Bastaria, para tanto, que, em vez de estipular cláusula limitativa do dever de indenizar, fixasse convenção penal de baixo montante, gerando a segunda, na prática, o mesmo efeito da primeira. Por fim, eis que, em superação à concepção da relação obrigacional como supremacia creditícia, também as cláusulas penais devem se submeter ao juízo de merecimento de tutela.

De acordo com a mesma lógica de identidade funcional e de impedimento à fraude à lei, o requisito da ordem pública alcança ainda as cláusulas limitativas do objeto contratual, pois, se são vedados os pactos excludentes, diante de consumidor pessoa física ou jurídica, devem também ser proscritas as convenções limitativas do objeto que representem consequência mais gravosa do que os ajustes de exoneração: não apenas a perda do direito do consumidor à reparação pecuniária, mas a outras prestações materiais, relativas à exata prestação devida, ao equivalente ao devido e à restituição do já cumprido.

Em outras palavras, também não se admite – e com maior razão – que a cláusula limitativa do objeto contratual represente renúncia a direitos, como na exclusão do dever de guarda do fornecedor com relação aos veículos estacionados no estabelecimento. Assim se consolidou a jurisprudência, prevendo, desde 1995, no Enunciado 130 da Súmula do STJ, que “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.

Por outro lado, nos contratos de adesão em relações civis, distintamente das relações de consumo, não há vedação à pactuação de cláusulas de não indenizar.¹⁹³ Embora o artigo

¹⁹³ “A cláusula de não indenizar pode ser estipulada bilateralmente, ou vir adjecta a um contrato de adesão, tendo em vista que a justaposição das vontades geradoras do negócio jurídico pode ocorrer momentaneamente, mediante aceitação manifestada ao que é previamente assentado pelo proponente. Não pode, contudo, ser admitida quando violadora da vontade do aceitante, porque, assim, reveste a forma de uma imposição” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 396-397).

424 do Código Civil¹⁹⁴ contemple a nulidade de convenções que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, a limitação ou a exoneração da reparação pecuniária não se encontra proscriita por tal dispositivo. Isso porque os direitos que integram a natureza do negócio devem ser identificados na fisiologia da relação contratual, não em seu momento patológico,¹⁹⁵ consistindo nos direitos que integram a causa e sem os quais o programa negocial é frustrado. A responsabilidade por perdas e danos, contudo, não constitui característica peculiar da natureza de determinado contrato, mas um dos efeitos do inadimplemento de qualquer negócio.¹⁹⁶ Com efeito, a compra e venda não deixa de ser compra e venda se a parte só puder pleitear execução específica ou se também puder perseguir perdas e danos.¹⁹⁷

De mais a mais, os pactos de não indenizar não privam o aderente de se valer de outros direitos diante do inadimplemento, havendo o recebimento de perdas e danos pelo valor máximo fixado no ajuste limitativo,¹⁹⁸ bem como permanecendo hígidos os direitos à exata prestação devida, ao equivalente ao devido e à restituição do já cumprido, nas cláusulas excludentes e limitativas. Em sede de contratos de adesão em relações civis, em que, frise-se, inexistente vulnerabilidade apta a caracterizar como consumidor o contratante, a solução não será de vedação apriorística, mas de aferição concreta do equilíbrio da relação jurídica, devendo a convenção limitativa ou excludente corresponder a vantagem em contrapartida ao aderente. Prestigiam-se, assim, a autonomia negocial e as potencialidades das cláusulas de não

¹⁹⁴ Art. 424, CC. “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

¹⁹⁵ A respeito da validade das cláusulas de não indenizar em contratos de adesão em relações civis, v. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. v. V. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 318-319; PEREIRA, Vinicius. *Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 101-118. Em sentido contrário, cf. AVELAR, Leticia Marquez de. *A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 164; PERES, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 193-194.

¹⁹⁶ “Trata-se, pois, de não perder de vista a necessidade de proceder diferentemente, por exemplo, na presença de contratos gratuitos e onerosos; tratar de forma distinta as relações fiduciárias e aquelas que não fincam raízes profundas na confiança entre as partes; reconhecer e fazer valer a diversidade existente entre contratos comutativos e pactos aleatórios” (TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a constituição da república*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 30-31)

¹⁹⁷ OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11.

¹⁹⁸ Aduz Pinto Monteiro que a cláusula limitativa “não suprime o direito à indemnização, atenuando apenas o seu montante. O devedor continua obrigado a reparar os danos que vierem a produzir-se, mantendo-se a sanção da responsabilidade civil” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 171).

indenizar como instrumentos de gestão de riscos negociais, sem se descurar da necessária proteção do aderente se, no caso específico, se identificar o desequilíbrio contratual.

Não parece proceder, de outro giro, o Enunciado n. 430 da V Jornada de Direito Civil (2012), segundo o qual, “no contrato de adesão, o prejuízo comprovado do aderente que exceder ao previsto na cláusula penal compensatória poderá ser exigido pelo credor independentemente de convenção”, uma vez que este traduz vedação apriorística ao ajuste. Se são admitidas as cláusulas limitativas do dever de indenizar em contratos de adesão, as convenções penais, quando apresentarem perfil limitativo, não serão *a priori* inválidas. A possibilidade de pleito dos prejuízos excedentes deve ser restrita aos casos em que haja desequilíbrio da relação jurídica, pelos fundamentos já expostos.

Por fim, tratando-se de cláusula limitativa do objeto contratual, esta, quando referente a obrigações essenciais, será inválida por representar renúncia do aderente a direito resultante da natureza do negócio. De fato, na espécie, há exclusão da própria obrigação, impossibilitando não apenas o pleito de reparação por perdas e danos, mas também os direitos à exata prestação devida, ao equivalente ao devido e à restituição do já cumprido, de sorte a caracterizar a frustração do programa negocial.

Formam-se, nessa toada, três níveis de controle de merecimento de tutela das cláusulas de não indenizar e das convenções penais de acordo com o grau de vulnerabilidade dos contratantes, a exigir aferição qualitativamente distinta do equilíbrio contratual: (i) contratos com pessoas jurídicas em relações de consumo; (ii) contratos de adesão em relações civis e (iii) contratos livremente negociados em relações paritárias.

2.3. Cláusulas de não indenizar na reparação de dano material e moral decorrente de lesão à pessoa humana

“Radicalmente nulas devem ser consideradas as cláusulas de não indenizar por danos à pessoa”.¹⁹⁹

MASSIMO BIANCA

¹⁹⁹ Tradução livre. No original: “Radicalmente nullo devono pertanto considerarsi, tra le altre, le clausole di esonero da responsabilità per danni alla persona” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. v. V. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994, p. 70).

Não se admite a exoneração ou a limitação do dever de reparar danos à pessoa. Caso contrário, colocar-se-ia em xeque o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do sistema jurídico.²⁰⁰ Embora a doutrina brasileira se refira, recorrentemente, apenas à proscrição em face de reparação de dano moral,²⁰¹ deve-se incluir na vedação também a indenização de danos materiais decorrentes de lesão à pessoa humana, uma vez que estes vão de encontro à mesma prioridade valorativa.²⁰² Faz-se necessário, nesse ponto, remeter à teoria dos efeitos da lesão, a qual sustenta a superação da identidade entre dano e lesão, de sorte a conceber o dano como o efeito da lesão.²⁰³ Assim, na espécie em análise, conquanto a consequência (dano) seja material, a lesão em jogo é existencial (à pessoa humana), de modo que violaria a ordem pública na legalidade constitucional a exoneração ou a limitação da reparação diante de tais eventos. A título ilustrativo, não comportam cláusula de não indenizar os prejuízos materiais ou morais decorrentes de lesão à integridade psicofísica de passageiro no contrato de transporte ou de paciente por intervenção médica.²⁰⁴

A interpretação ampliativa no sentido de vedação às cláusulas que limitem ou excluam a reparação de danos materiais e morais decorrentes de lesão à pessoa humana é majoritária na experiência estrangeira e perfeitamente aplicável ao direito brasileiro.²⁰⁵ De fato, a

²⁰⁰ Seja consentido remeter a MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Dano moral e homo sacer: o problema do Enunciado 385 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e sua recente ampliação. *Revista de Direito Privado*, v. 73, 2017, p. 129.

²⁰¹ MACHADO, Diego Carvalho. Notas sobre cláusulas de não indenizar e limitativas do montante reparatório. *Revista de Direito Privado* (Revista dos Tribunais Online), v. 35, 2008, p. 15; PEREIRA, Vinicius. *Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 47.

²⁰² Importante, nesse sentido, a previsão do artigo 11 do Código Civil, segundo o qual “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

²⁰³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, pp. 130-131.

²⁰⁴ Veja-se outro exemplo de dano que não poderia sofrer limitação ou exoneração: “Inversamente, pode tratar-se da violação de um bem patrimonial — e, ainda assim, da lesão resultarem (também) danos não patrimoniais. Imagine-se que alguém destrói determinado objecto, com o qual o seu proprietário tinha uma forte e justificada relação afectiva (por ter pertencido a um antepassado ou ao cônjuge entretanto falecido, etc). Não é de excluir que, numa situação deste tipo, para lá do dano patrimonial (valor ou preço do objecto destruído), ocorram danos não patrimoniais merecedores de tutela jurídica (por exemplo, grave transtorno ou abalo emocional causado pela destruição desse bem)” (MONTEIRO, António Pinto. A indemnização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas?. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 5, 2015, p. 111). No caso da perda de bem de valor afetivo, considera-se, neste trabalho, que a lesão moral descrita no exemplo é à pessoa humana.

²⁰⁵ V. ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile*. t. IV. Milano: Giuffrè Editore, 1999, pp. 347-348: “La nullità mi sembra inevitabile quando la clausola riguardi il danno alla persona (...), perché la lesione della integrità

Constituição de 1988, ao definir, no artigo 1º, III, CRFB/88,²⁰⁶ a dignidade da pessoa humana como vértice axiológico do ordenamento, promoveu a superação do paradigma individualista e patrimonialista de outrora, passando-se do *pater familias* como sujeito de Direito²⁰⁷ à tutela da livre realização da personalidade e da solidariedade social.²⁰⁸

Tal cláusula geral traz a unidade necessária à compreensão do sistema,²⁰⁹ porquanto constitui o valor central do ordenamento jurídico. Os institutos de Direito Civil são

fisiopsichica certamente impinge nell'ordine pubblico. Se si accoglie una nozione ampia di persona, inclusive dei diritti della personalità, ricadono nel divieto e quindi nella nullità anche le clausole che limitassero o esonerassero il danneggiante dal risarcimento del danno conseguente alla lesione di diritti della personalità". Tradução livre: "A nulidade me parece inevitável quando a cláusula diz respeito ao dano à pessoa (...), porque a lesão à integridade psicofísica certamente influencia na ordem pública. Se se acolhe uma noção ampla de pessoa, inclusive dos direitos da personalidade, recaem na proibição e, então, na nulidade também as cláusulas que limitem ou exonerem o ofensor do ressarcimento do dano resultante da lesão aos direitos da personalidade". No mesmo sentido: "Enfin, la nullité des clauses doit être conservée lorsqu'elles couvrent le dol; elle doit être consacrée, pour des raisons d'ordre public et d'intérêt général, lorsqu'elles atténuent ou suppriment la réparation du dommage corporel" (LEVENEUR-AZEMAR, Marie. *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*. Paris: L.G.D.J, 2017, p. 398; grifou-se). Tradução livre: "Enfim, a nulidade das cláusulas deve ser conservada quando elas cobrem o dolo; ela deve ser consagrada, por razões de ordem pública e de interesse geral, quando atenuam ou suprimem a reparação do dano corporal". Cf. ainda MALINVAUD, Philippe; FENOUILLET, Dominique; MEKKI, Mustapha. *Droit des obligations*. Paris: LexisNexis, 2014, p. 623: "(...) les clauses limitatives seraient sans valeur lorsqu'elles portent sur la réparation des dommages causés à l'intégrité physique de la personne, au motif que la matière est d'ordre public". Tradução livre: "(...) as cláusulas limitativas seriam sem valor quando elas se referem à reparação dos danos causados à integridade física da pessoa, pelo motivo de que a matéria é de ordem pública". No mesmo sentido, Cf. ainda RUPERTO, Cesare. *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*. libro IV. t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 467.

²⁰⁶ Art. 1º, CRFB/88. "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana".

²⁰⁷ "Tudo ainda se reduz: a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de Direito, aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode testar, e até contrai núpcias. Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do Direito Civil; para os demais, o limbo" (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 116).

²⁰⁸ "A prevalência do valor da pessoa impõe a interpretação de cada ato ou atividade dos particulares à luz desse princípio fundamental" (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 276). V. tb. "As transformações subseqüentes da política dos Estados democráticos, com reflexo no direito contratual, foram inspiradas pelo princípio da solidariedade social, que, desde o meado do século XIX, tendem a prevalecer, por influência das idéias socialistas, sobre o individualismo puro do período anterior. Nasce a tese da proteção social dos mais fracos, destinada a corrigir as conseqüências desumanas do liberalismo jurídico – favorecendo o empregado em relação ao empregador; o devedor em relação ao credor; o inquilino em relação ao senhorio; a vítima em relação ao autor do dano, ou ao seu responsável indireto; o consumidor em relação ao fornecedor" (DANTAS, San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual*. *Revista Forense*, v. 139, 1952, pp. 8-9).

²⁰⁹ "A ciência do Direito (*jurisprudence*), por outro lado, revela o seu potencial quando se exige a formulação de princípios gerais: não apenas conceitos abstratos, mas também a crítica e a análise de tendências no pensamento jurídico e na judicatura são o seu domínio próprio. Não há dúvida de que os juristas podem esclarecer e explicar de uma maneira que não é como a do legislador nem como a do juiz" (CAENEGEM, R. C. van. *Juizes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 91).

funcionalizados²¹⁰ ao personalismo e solidarismo e as situações patrimoniais passam a estar instrumentalizadas à realização das situações existenciais.²¹¹ Estabelece-se, assim, o controle de merecimento de tutela para além do paradigma do direito subjetivo.²¹² Tutela-se, ademais, a igualdade por meio do direito à diferença, concebendo-se o ser humano como individual e plural a um só tempo.²¹³

É superada, ainda, a dicotomia entre Direito Público e Privado, em razão da força normativa dos princípios constitucionais, que servem como paradigmas interpretativos e são também aplicados diretamente às relações privadas.²¹⁴ O ordenamento jurídico assume importante função promocional, para além daquela repressiva-protetora.²¹⁵ Em suma, a tábua

²¹⁰ Na síntese de Pietro Perlingieri: “O fato jurídico, como qualquer outra entidade, deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individuar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve)” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 603). V. tb. “Nesse panorama, o intérprete que se vê diante de uma situação jurídica qualquer deve perquirir, para além de seus elementos constitutivos (o que ela é), a sua razão teleologicamente justificadora: para que serve? Ou seja, os institutos jurídicos, partes integrantes da vida de relação, passam a ser estudados não apenas em seus perfis estruturais (sua constituição e seus elementos essenciais), como também – e principalmente – em seus perfis funcionais (sua finalidade, seus objetivos)” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 17).

²¹¹ “é necessário reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 121-122).

²¹² “a personalidade humana mostra-se insuscetível de recondução a uma ‘relação jurídica-tipo’ ou a um ‘novelo de direitos subjetivos típicos’, sendo, ao contrário, valor jurídico a ser tutelado nas múltiplas e renovadas situações em que o homem possa se encontrar a cada dia. Daí resulta que o modelo do direito subjetivo tipificado será necessariamente para atender às possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica” (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 45).

²¹³ “No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares. Essa distinção singular vem à tona no discurso e na ação. Através deles, os homens podem-se distinguir-se, ao invés de permanecerem apenas diferentes; a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens” (ARENDETT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 189).

²¹⁴ “Parece evidente que a distinção entre direito público e privado, mais que ser qualitativa, é quantitativa e determinável somente em relação a situações concretas” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 140).

²¹⁵ “(...) no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional” (BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Manole, 2007, p. 13).

axiológica constitucional passa a assegurar a abertura do sistema à mutabilidade do Direito ao longo do processo histórico, denotando o caráter histórico-relativo de seus institutos.²¹⁶ Dá-se, assim, passo adiante no sentido da tutela da pessoa humana concretamente considerada, não já do sujeito anônimo e abstrato.²¹⁷

Nesse cenário, as situações existenciais passam a gozar de prioridade valorativa,²¹⁸ não se afigurando possível, sob pena de subversão hermenêutica, a prefixação de valor máximo ou a exclusão de reparação pecuniária por lesão à pessoa humana.²¹⁹ Também não se admite que cláusula limitativa do objeto contratual exclua obrigação de cuja inobservância decorra lesão à pessoa humana, como na exoneração do transportador da obrigação de deslocar o passageiro com segurança. No mesmo sentido, a reparação de dano à pessoa humana não poderá ser restringida por cláusula penal, havendo, em todo caso, direito do credor de pleitear indenização suplementar, ainda que não previsto contratualmente, a afastar a incidência do parágrafo único do artigo 416 do Código Civil.²²⁰

Imagine-se que, em contrato de transporte de pessoa, ocorra acidente que gere dano material por perda da bagagem no montante de 300 unidades e dano moral no valor de 600 unidades. Suponha-se que, no negócio, havia cláusula penal de montante de 500 unidades, sem previsão de possibilidade de pleito de indenização suplementar. Considerando-se que o pacto penal, diversamente da convenção limitativa, determina montante invariável, prefixando perdas e danos, cabe indagar se o valor estipulado no ajuste penal se relacionará

²¹⁶ “(...) o direito existe sempre 'em sociedade' (situado, localizado) e (...) as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais” (HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13).

²¹⁷ “O princípio da dignidade da pessoa humana, como bem se pode observar, deve fazer referência à proteção da pessoa concreta, não se reduzindo ao ‘sujeito virtual’ abstratamente considerado, reputado como mero elemento da relação jurídica ou centro de imputação” (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35, 2008, p. 102).

²¹⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos contemporâneos do direito civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 20.

²¹⁹ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 332.

²²⁰ Art. 416, CC. “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convenicionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

apenas à indenização de danos materiais ou também à compensação de danos morais. Deverá o transportador reparar o valor pré-fixado na cláusula penal, isto é, 500 unidades, acrescidas das 600 unidades referentes à extensão do dano moral, totalizando 1.100 unidades, ou deverá o transportador reparar 900 unidades, correspondentes à soma da extensão dos danos materiais e morais? Em outras palavras, a convenção penal não poderá se referir à reparação de danos morais, mas apenas à indenização de danos materiais à coisa, ou poderá se referir à compensação de danos morais, mas sem limitá-la? Por coerência sistemática com as aludidas premissas de tutela privilegiada das situações existenciais e de concepção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do sistema, o ajuste penal só poderá pré-fixar danos materiais à coisa, de modo que, no caso analisado, deverá o transportador arcar com o montante de 1.100 unidades.²²¹

Será admitida, por outro lado, a limitação ou a exoneração do dever de indenizar por ofensa à denominada honra objetiva da pessoa jurídica, eis que, nesse caso, não há lesão à pessoa humana. À luz das premissas metodológicas já assentadas de eleição da dignidade como fundamento do sistema, a resultar na prevalência das situações existenciais sobre as patrimoniais, as pessoas físicas e as pessoas jurídicas recebem tutela qualitativamente diversa do ordenamento jurídico, em distinção valorativa.²²²

Desse modo, embora seja dotada de subjetividade (isto é, capacidade para exercer direitos e deveres), não possui a pessoa jurídica personalidade no sentido de valor, como conjunto de predicados da pessoa humana, sempre concebida como fim em si mesma. Conseqüentemente, não poderá sofrer dano moral. Nesse sentido deve ser interpretado o artigo 52 do Código Civil,²²³ que “não assegura às pessoas jurídicas os direitos subjetivos da personalidade, admitindo, tão-somente, a extensão da técnica dos direitos da personalidade

²²¹ Sobre o tema, v. CORDEIRO, Amanda Guimarães; SOUZA, Larissa de Lima Vargas. Danos morais contratuais e o problema da cláusula penal. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. (Coord.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 66.

²²² “Cuida-se, afinal, de uma tomada de posição do legislador constituinte, que delineou a tábua axiológica definidora do sistema e, por conseguinte, da atividade econômica privada. Daí a necessidade de uma reelaboração dogmática, de molde a subordinar a lógica patrimonial àquela existencial, estremando, de um lado, as categorias da empresa, informadas pela ótica do mercado e da otimização dos lucros, e, de outro, as categorias atinentes à pessoa humana, cuja dignidade é o princípio basilar posto ao vértice hierárquico do ordenamento” (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 59).

²²³ Art. 52. “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

para a proteção da pessoa jurídica”.²²⁴ Com efeito, conquanto admitidos jurisprudencialmente (Enunciado 227 da Súmula do STJ²²⁵), os chamados danos morais à pessoa jurídica consistem, a bem da verdade, em efeitos patrimoniais da lesão à entidade abstrata, comportando limitação ou exoneração contratual.²²⁶

Deve-se analisar, por fim, duas situações aventadas doutrinariamente como exceções à vedação de cláusulas de não indenizar referentes à lesão à pessoa humana, autorizando-se, segundo a tese, sua pactuação em atividades desportivas, no que se refere à responsabilidade de patrocinadores, agentes ou organizadores do evento por danos sofridos pelo atleta autônomo,²²⁷ e em tratamentos experimentais na responsabilidade médica, com relação ao dever de reparar do médico por danos decorrentes de tais procedimentos.²²⁸

²²⁴ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 60. V. tb. o Enunciado n. 286 da IV Jornada de Direito Civil (2006): “Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos”.

²²⁵ Enunciado 227 da Súmula do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

²²⁶ “Cabe frisar, neste passo, que os efeitos danosos que se podem registrar na pessoa jurídica, em virtude da lesão de direito, tanto em bens jurídicos patrimoniais como extrapatrimoniais, serão sempre de índole patrimonial. E aqui mostra-se irrefutavelmente claro que efeito moral, à semelhança do dano moral das pessoas físicas (que em sua concepção clássica se consubstancia na dor), não pode existir. Restaria tão-só o dano patrimonial a ser indenizado (diminuição de clientela — redução de lucros), em virtude da exclusão da outra espécie” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 75)

²²⁷ Ressalve-se que se o atleta não for autônomo, isto é, se existir relação trabalhista, o fundamento da solução será diverso, eis que inválidas as cláusulas de não indenizar na seara trabalhista. Sobre o tema, v. BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 132-133.

²²⁸ “Também as atividades esportivas e de diversão têm suscitado dúvidas acerca da validade desse tipo de convenção ou aviso de irresponsabilidade de seus organizadores ou patrocinadores. Nesse ponto, entendemos que José de Aguiar Dias está correto ao distinguir a circunstância em que ‘a pessoa se converte, ela própria, em criador do risco ou do perigo, isto é, ela se associa aos demais, no estabelecimento da situação de que advém o dano’ em comparação com os ‘exploradores de praça de diversão’ que têm uma obrigação de incolumidade, ‘uma vez que não se compreende que a Administração conceda licença para a atividade em que põe em risco a vida e a saúde dos cidadãos’. (...) No primeiro caso, são citados com recorrência os exemplos do boxe e das corridas de automóvel, em que, conscientemente, os atletas criam para si, e entre si, o próprio risco, devendo prevalecer a cláusula de irresponsabilidade nos contratos firmados entre patrocinadores, agentes ou organizadores desses eventos. No segundo, temos os parques de diversões ou de estabelecimentos, públicos ou privados, que promovem atividades físicas ou de diversão mediante utilização de instrumentos ou brinquedos. (...) Seria válida a convenção ou termo de responsabilidade firmado pelo paciente terminal de câncer, pelo qual aceita a cláusula de irresponsabilidade do médico ou do hospital para submeter-se a tratamento experimental conscientemente aceito? Propugnamos que sim, pois as circunstâncias evidenciam que o próprio tratamento, cujos efeitos podem não ser totalmente conhecidos, visa preservar exatamente o bem que se pretende proteger quando não se admite a validade da cláusula, ou seja, a vida e a integridade física do paciente” (FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 240-244).

Parece que as hipóteses não constituem exceções à sistemática proposta, fazendo-se mister a distinção entre a admissibilidade de pactuação de cláusula de não indenizar e a ausência de configuração do dever de reparar por falta de um de seus elementos deflagradores, quais sejam culpa, nexo causal e dano. Em outras palavras, o que se verifica, nesses casos, não é a validade da cláusula contratual como apta a limitar ou a excluir dever de indenizar que se conjecturou legalmente, mas a inexistência de conformação da responsabilidade em determinadas hipóteses, casos em que não haverá o surgimento do dever de reparar, e a configuração da responsabilidade em outras situações, nas quais o dever de indenizar se manifestará e não poderá ser limitado ou excluído por se referir, repita-se, à lesão à pessoa humana.

Nessa direção, tratando-se de atividades desportivas, como lutas de boxe, se inexistir culpa ou nexo de causalidade entre a lesão sofrida pelo atleta em decorrência da prática do esporte e a conduta dos patrocinadores, agentes ou organizadores do evento, a responsabilidade civil não estará conjecturada legalmente. A hipótese, entretanto, não será de excepcional validade de cláusula de não indenizar para danos decorrentes de lesão à integridade psicofísica, mas sim de inexistência de surgimento do dever de reparar. De outro giro, se o dano sofrido pelo atleta decorre de atuação culposa de tais sujeitos, por meio, por exemplo, de dano causado por defeito no equipamento por eles fornecido, haverá dever de indenizar e cláusula contratual não poderá afastá-lo.²²⁹

Também se enquadra no mesmo raciocínio a responsabilidade médica. A rigor, o médico só responde quando configurados, na espécie, culpa, dano e nexo de causalidade. Se, em decorrência de tratamento experimental, o paciente vem a sofrer danos, por exemplo, por consequências desconhecidas em virtude justamente do caráter piloto do procedimento, inexistente culpa apta a configurar a responsabilidade médica, lembrando-se, ainda, da necessária observância do dever de informação. Com efeito, há, na medicina, “um risco ínsito de produção de danos ou resultados indesejados” que “não podem ser imputados ao médico”,

²²⁹ Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira ressalva que “do ponto de vista da boa prática de redação contratual, recomenda-se regular a divisão de risco no contrato de natureza civil firmado entre as partes caso se queira evitar um intrincado debate sobre a causalidade para decidir a questão” (*As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 135). Parece, contudo, que tal utilidade é relativizada a partir do momento em que, ainda que pactuada cláusula de não indenizar, será necessário aferir o nexo causal, além da culpa e do dano, porquanto, se a responsabilidade está conjecturada legalmente, o ajuste de não indenizar não será válido.

correspondendo “a luta contra os riscos” ao “próprio objeto central da profissão”.²³⁰ Por outro lado, se, no curso do tratamento experimental, o médico age culposamente e ingressa na cadeia causal por meio, ilustrativamente, de esquecimento de agulha no corpo do paciente em uma das intervenções, haverá a configuração do dever de reparar os danos decorrentes de lesão à integridade psicofísica da vítima e cláusula limitativa ou excludente não poderá afastá-lo.

Nessas situações, portanto, não há exceção à invalidade de ajustes de não indenizar referentes à lesão à pessoa humana. *Tertium non datur*: ou bem não há dever de reparar porque inexistente culpa, nexo de causalidade ou dano, ou bem a responsabilidade civil está configurada e cláusula contratual não poderá afastar o direito da vítima lesada em sua integridade psicofísica à reparação integral.

2.4. Cláusulas de não indenizar no contrato de transporte

*“É em matéria de transporte que a primeira lei imperativa interveio para afastar as cláusulas de redução ou de supressão da responsabilidade”.*²³¹

FRANÇOISE LABARTHE E CYRIL NOBLOT

No bojo do contrato de transporte, identifica-se mosaico normativo acerca da restrição do dever de indenizar, ora vedando-a em determinadas circunstâncias, ora estipulando legalmente teto máximo de reparação por perdas e danos.

²³⁰ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 251-252. Segundo o autor, ainda, “(...) cumpre consignar que a doutrina especializada sempre afastou a possibilidade de estipulação de *cláusula de não indenizar* no âmbito da relação médico-paciente. Com efeito, como se cogitava da responsabilização do médico apenas nas hipóteses de erro grave, afirmava-se já haver proteção suficiente ao profissional, sem necessidade da estipulação de semelhante cláusula. Embora hoje não se considere o critério de gravidade do erro o melhor parâmetro para a delimitação da responsabilidade do médico, a vedação à cláusula de não indenizar ainda parece ser o caminho mais adequado, ao menos no que tange aos danos à integridade psicofísica do paciente, com os quais esse tipo de cláusula se mostra incompatível. Raciocínio análogo aplica-se às cláusulas limitativas da responsabilidade” (pp. 234-235).

²³¹ Tradução livre. No original: “C’est en matière de transport que la première loi impérative est intervenue pour écarter des clauses de réduction ou de suppression de responsabilité” (LABARTHE, Françoise; NOBLOT, Cyril. *Le contrat d’entreprise*. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 443, p. 446). A frase, embora referente à experiência francesa, é também válida para o direito brasileiro, a denotar a relevância do tema das cláusulas de não indenizar no contrato de transporte, em que a lei imperativa veda, em determinadas circunstâncias, a pactuação de tais ajustes.

Para apreciar a validade das cláusulas de não indenizar no contrato de transporte, deve o intérprete se orientar por três principais vetores de análise, que impactarão nos efeitos produzidos: (a) um primeiro, que distingue o transporte de coisas e de pessoas, em virtude da tutela privilegiada da pessoa humana fixada constitucionalmente; (b) um segundo, que diferencia as relações conforme o grau de vulnerabilidade do credor, isto é, se se trata de relação paritária livremente negociada, de contrato de adesão em relação civil ou de relação de consumo, em razão da importância da vulnerabilidade como parâmetro de interpretação-aplicação de todos os institutos de direito privado e (c) um terceiro, que diferencia o transporte interno do internacional, devido à relevância das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, sobretudo após decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto dos RE 636.331 e ARE 766.618, que considerou aplicáveis tais convenções ainda que diante de relação de consumo.

Note-se que, consoante a interpretação sistemática proposta, nos casos em que vedadas as cláusulas excludentes do dever de indenizar no contrato de transporte, as convenções limitativas do objeto contratual não poderão gerar o mesmo efeito proscrito, além dos demais mais gravosos. Do mesmo modo, nas hipóteses em que proibidos os pactos limitativos do dever de reparar por perdas e danos, os ajustes penais de perfil limitativo também não serão admitidos, assegurando-se o direito do credor aos prejuízos excedentes, ainda que não pactuado expressamente, a afastar a incidência do artigo 416, parágrafo único, do Código Civil.

No primeiro vetor de análise, prevê o artigo 734 do Código Civil,²³² ao disciplinar o transporte de pessoas, a nulidade de qualquer cláusula excludente do dever de indenizar danos causados ao passageiro e às suas bagagens. Afiguram-se inválidas, ainda, as convenções limitativas do dever de indenizar diante de lesão à pessoa humana, seja o efeito desta lesão (dano) moral ou patrimonial, sob pena de violação ao princípio da dignidade, conforme examinado no item 2.3, *supra*. Permite-se, por outro lado, no transporte de pessoas, a

²³² Art. 734, CC. “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”.

limitação do dever de indenizar em face de lesão à bagagem transportada ou outros pertences do passageiro.²³³

No transporte de coisas, a seu turno, não contempla o Código Civil qualquer regra a respeito das cláusulas de não indenizar. Serão admitidos, assim, ajustes limitativos do dever de indenizar por lesão à coisa. Como visto, convenção encontrada no transporte de carga se refere à oferta ao expedidor de duas opções: a) uma primeira, em que este declara o valor da coisa transportada, pagando valor maior de frete e b) uma segunda, em que o expedidor não declara o valor da mercadoria, recebe desconto no frete, mas, em contrapartida, a responsabilidade do transportador passa a ser limitada.

Por outro ângulo, questão mais sensível se refere à admissibilidade das cláusulas excludentes do dever de indenizar no transporte de coisas. Importante mencionar, nesse ponto, o Enunciado 161 da Súmula do STF, segundo o qual “em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”,²³⁴ que, embora pareça prescindível, em razão do advento do Código Civil, que contempla, no referido artigo 734, a invalidade das cláusulas de exoneração no transporte de pessoas, continua a ser aplicado pela jurisprudência para o transporte de coisas, de modo a também proscrever, nessa espécie, o pacto excludente.²³⁵ A rigor, contudo, não há qualquer vedação legal aos ajustes excludentes no bojo do transporte de coisas, reservando o legislador a proibição ao transporte de pessoas.²³⁶ Não se tratando, assim, de

²³³ TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo código civil*. v. X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 493.

²³⁴ Registre-se que tal enunciado sumular se baseou em interpretação do artigo 1º do Decreto nº 19.473/1930, que, ao regular “os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar” previa: “Art. 1º O conhecimento de frete original, emitido por empresas de transporte por água, terra ou ar, prova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no lugar do destino. *Reputa-se não escrita qualquer cláusula restritiva, ou modificativa, dessa prova, ou obrigação*” (grifou-se). No entanto, não procede a argumentação de que o referido dispositivo vedava a pactuação de cláusula de não indenizar, uma vez que esta, como já analisado, não significa a não assunção da obrigação nem produz efeito na prova do recebimento da mercadoria. Destaque-se, ainda, que o Decreto nº 19.473/1930 foi revogado pelo Decreto de 25 de abril de 1991. Sobre o tema, v. PERES, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 156-157

²³⁵ BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.076.465/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasil: 8 de outubro de 2013.

²³⁶ Ressalve-se, ainda, que embora o art. 12 do Decreto nº 2.681/1912 (Lei das Estradas de Ferro) disponha que “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”, não há, na espécie, vedação ao ajuste de não indenizar. Com efeito, “o dispositivo não informa de nulidade todas as cláusulas de não indenizar. Ao contrário. Ele as admite no transporte de mercadorias desde que estabelecidas facultativamente (isto é, desde que haja

lesão à pessoa humana, serão admitidas as cláusulas excludentes no transporte de coisas, em prestígio à autonomia negocial,²³⁷ como, por exemplo, na hipótese de exoneração do dever de indenizar por atraso na entrega da mercadoria.²³⁸

O segundo vetor de análise diz com o grau de vulnerabilidade do credor. Isso porque, conforme já referido no item 2.2, *supra*, o Código de Defesa do Consumidor veda, em seus artigos 25 e 51, I,²³⁹ os ajustes de não indenizar. Desse modo, diante de consumidor pessoa física, no transporte de coisas e de pessoas, serão inválidas as cláusulas limitativas e excludentes. Será lícita, de outro giro, a convenção limitativa diante de consumidor pessoa jurídica em situação justificável.

Já nos contratos de adesão em relações civis, admitem-se os pactos de não indenizar, consoante examinado no item 2.2, *supra*. Assim também o será em relações paritárias. Chega-se, desse modo, à conclusão de que são válidas as cláusulas limitativas do dever de indenizar por lesão à coisa no transporte de coisas e no transporte de pessoas, bem como as convenções excludentes no transporte de coisas, desde que em relações paritárias livremente negociadas ou em contratos de adesão em relações civis. Em relações de consumo diante de consumidor pessoa jurídica, serão admitidos apenas os ajustes limitativos, desde que em situação justificável. Por outro lado, se o consumidor for pessoa física, serão ilícitos os pactos limitativos e excludentes.

aceitação expressa) bem como redução correspondente de tarifa. (...) Assim sendo, no âmbito de transporte terrestre de mercadorias, tratando-se de relação paritária, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, disposição legal que proíba a celebração de cláusula de não indenizar, sendo certo, contudo, que a jurisprudência majoritária dos tribunais estaduais, bem como dos superiores, nega, reiteradamente, a validade de tal pactuação” (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo código civil*. v. X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 593-595). Em sentido contrário, v. PEREIRA, Vinicius. *Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 48.

²³⁷ GERBERT, Marcel. *La clause de non-responsabilité dans les transports de marchandises par les compagnies de chemin de fer*. Paris: Arthur Rousseau, 1905, p. 25.

²³⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo código civil*. v. X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 596.

Ressalve-se, contudo, que, em sede de transporte aéreo, o Código Brasileiro de Aeronáutica e as Convenções de Varsóvia e de Montreal vedam a cláusula de exoneração, como se verá adiante.

²³⁹ Art. 25, CDC. “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores. § 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação”; Art. 51, CDC. “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”.

O terceiro vetor de análise se refere à distinção entre o transporte interno e o internacional. Ilustrativamente, na disciplina do transporte aéreo interno, o Código Brasileiro de Aeronáutica prevê os seguintes limites legais ao dever de indenizar do transportador: (i) 3.500 obrigações do Tesouro Nacional – OTN para a hipótese de morte ou lesão de passageiro ou tripulante, podendo ser fixado limite maior mediante pacto acessório entre o transportador e o passageiro (art. 257, CBA); (ii) 150 OTN para o caso de atraso do transporte, salvo se valor superior for fixado por convenção entre as partes (art. 257, CBA); (iii) 150 OTN para a hipótese de destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou conservada em mãos do passageiro (art. 260, CBA); (iv) 3 OTN por quilo, no caso de atraso, perda, destruição ou avaria de carga, no transporte aéreo de coisa, salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor e pagamento de taxa suplementar (art. 262, CBA); (v) na hipótese de danos a terceiros na superfície, causados, diretamente, por aeronave em voo, ou manobra, assim como por pessoa ou coisa dela caída ou projetada, o valor de 3.500 OTN para aeronaves com o peso máximo de 1.000 kg e de 3.500 OTN para aeronaves com peso superior acrescida de um décimo do valor de cada OTN por quilograma que exceder a mil (art. 269, CBA) e (vi) por fim, no caso de abalroamento, os limites serão os fixados nos referidos artigos 257, 260 e 262, relativos a pessoas e coisas a bordo, elevados ao dobro; os previstos no artigo 269, referentes a terceiros na superfície, elevados ao dobro; os relativos a reparos e substituições de peças da aeronave abalroada, se recuperável, ou de seu valor real imediatamente anterior ao evento, se inconveniente ou impossível a recuperação; e os atinentes ao décimo do valor real da aeronave abalroada imediatamente anterior ao evento, em virtude da privação de seu uso normal (art. 277, CBA). Contempla o Código, ainda, a inaplicabilidade da limitação legal diante de dolo ou culpa grave do transportador (art. 248, CBA). Por fim, o artigo 247 do CBA proscree os ajustes de exoneração do dever de indenizar ou aqueles que fixem limites inferiores ao estipulados em lei, aduzindo a sanção de nulidade parcial (apenas da convenção e não de todo o contrato). O regime de responsabilidade é, em síntese, subjetivo com presunção de culpa.

Já no caso do transporte aéreo internacional, comportam incidência (i) a Convenção de Varsóvia, de 12 de outubro de 1929, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 20.704/1931 e (ii)

a Convenção de Montreal, de 28 de maio de 1999, promulgada no Brasil pelo Decreto n° 5.910/2006.²⁴⁰

A Convenção de Varsóvia, com as alterações dadas pelo Protocolo de Haia, de 1955, pelos Protocolos de Guatemala, de 1971, e pelo Protocolo n° 4 de Montreal, de 1975, prevê como limites legais ao dever de indenizar: (i) 250 mil francos no transporte de pessoas (art. 22, 1); (ii) 250 francos por quilo no transporte de bagagens, salvo declaração especial de valor e pagamento de taxa suplementar (art. 22, 2, a) e (iii) 17 direitos especiais de saque por quilo no transporte de mercadorias, observadas as mesmas condições do item (ii) (art. 22, 2, b). Veda-se, ainda, a cláusula de exoneração do dever de indenizar ou a que estipule limite inferior ao fixado na Convenção (art. 23). Ademais, afasta-se a incidência dos limites legais diante de dolo ou culpa grave do transportador (art. 25), em regime de responsabilidade civil por culpa presumida. Com relação à prescrição, dispõe o artigo 29 que “a ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia, em que a aeronave, devia ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte”.

Na Convenção de Montreal, atualmente em vigor para a disciplina do transporte aéreo internacional, são fixadas as seguintes limitações do dever de indenizar: (i) 100.000 direitos especiais de saque na hipótese de morte ou lesão do passageiro (art. 21); (ii) 4.150 direitos especiais de saque no caso de atraso no transporte de pessoas (art. 22, 1); (iii) 1.000 direitos especiais de saque na hipótese de destruição, perda, avaria ou atraso no transporte de bagagem, salvo declaração especial de valor e pagamento de taxa suplementar (art. 22, 2); (iv) 17 direitos especiais de saque por quilograma no caso de destruição, perda, avaria ou atraso no transporte de carga, com as mesmas ressalvas do item (iii) (art. 22, 3). Ainda, conforme os artigos 25 e 26, admite-se que o transportador fixe limites superiores aos previstos em lei, bem como a reparação integral, mas veda-se a pactuação de cláusula de exoneração do dever de indenizar ou de limites inferiores aos legais. Afasta-se, uma vez mais, a limitação do dever de indenizar em caso de dolo ou culpa grave do transportador (art. 22,5). Em tema de prazo

²⁴⁰ “Se por um lado a doutrina ressalta a imposição de um sistema de limitação indenizatório denominado sistema de indenização tarifada, em outro vértice também reconhece que o sistema adotado pela Convenção de Varsóvia representou um avanço em prol dos usuários do sistema de transporte aéreo com a adoção da culpa presumida em desfavor do transportador. Algo inovador para o sistema de responsabilidade civil no século XIX e em fração do século seguinte” (PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. A questão da antinomia de normas no transporte aéreo internacional de passageiros: a primazia da Convenção de Montreal. *Revista Forense*, v. 415, 2012, p. 119)

prescricional, o artigo 35 dispõe que “o direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte”.

Com relação ao regime de responsabilidade civil, a Convenção de Montreal adotou o sistema da responsabilidade objetiva para as hipóteses de destruição, perda ou avaria no transporte de carga (arts. 18²⁴¹ e 22²⁴²) e de destruição, perda, ou avaria no transporte de bagagem registrada (arts. 17²⁴³ e 22²⁴⁴). No caso de atraso no transporte aéreo de passageiros,

²⁴¹ Art. 18, Convenção de Montreal. “Dano à Carga. 1. O transportador é responsável pelo dano decorrente da destruição, perda ou avaria da carga, sob a única condição de que o fato que causou o dano haja ocorrido durante o transporte aéreo. 2. Não obstante, o transportador não será responsável na medida em que prove que a destruição ou perda ou avaria da carga se deve a um ou mais dos seguintes fatos: a) natureza da carga, ou um defeito ou um vício próprio da mesma; b) embalagem defeituosa da carga, realizada por uma pessoa que não seja o transportador ou algum de seus prepostos; c) ato de guerra ou conflito armado; d) ato de autoridade pública executado em relação com a entrada, a saída ou o trânsito da carga. 3. O transporte aéreo, no sentido do número 1 deste Artigo, compreende o período durante o qual a carga se acha sob a custódia do transportador. 4. O período do transporte aéreo não abrange qualquer transporte terrestre, marítimo ou por águas interiores, efetuado fora de um aeroporto. Todavia, quando dito transporte se efetue durante a execução de um contrato de transporte aéreo, para o carregamento, a entrega ou o transbordo, todo dano se presumirá, salvo prova em contrário, como resultante de um fato ocorrido durante o transporte aéreo. Quando um transportador, sem o consentimento do expedidor, substitui total ou parcialmente o transporte previsto no acordo entre as duas partes como transporte aéreo por outra modalidade de transporte, o transporte efetuado por outro modo se considerará compreendido no período de transporte aéreo”.

²⁴² Art. 22, Convenção de Montreal. (...) 3. No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino. 4. Em caso de destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de qualquer objeto que ela contenha, para determinar a quantia que constitui o limite de responsabilidade do transportador, somente se levará em conta o peso total do volume ou volumes afetados. Não obstante, quando a destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de um objeto que ela contenha afete o valor de outros volumes compreendidos no mesmo conhecimento aéreo, ou no mesmo recibo ou, se não houver sido expedido nenhum desses documentos, nos registros conservados por outros meios, mencionados no número 2 do Artigo 4, para determinar o limite de responsabilidade também se levará em conta o peso total de tais volumes”.

²⁴³ Artigo 17, Convenção de Montreal. “Morte e Lesões dos Passageiros – Dano à Bagagem. (...) 2. O transportador é responsável pelo dano causado em caso de destruição, perda ou avaria da bagagem registrada, no caso em que a destruição, perda ou avaria haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante qualquer período em que a bagagem registrada se encontre sob a custódia do transportador. Não obstante, o transportador não será responsável na medida em que o dano se deva à natureza, a um defeito ou a um vício próprio da bagagem. No caso da bagagem não registrada, incluindo os objetos pessoais, o transportador é responsável, se o dano se deve a sua culpa ou a de seus prepostos. 3. Se o transportador admite a perda da bagagem registrada, ou caso a bagagem registrada não tenha chegado após vinte e um dias seguintes à data em que deveria haver chegado, o passageiro poderá fazer valer contra o transportador os direitos decorrentes do contrato de transporte. 4. A menos que se indique de outro modo, na presente Convenção o termo ‘bagagem’ significa tanto a bagagem registrada como a bagagem não registrada”.

²⁴⁴ Art. 22, Convenção de Montreal. “1. Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, como se especifica no Artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por

bagagem ou carga, o modelo é o subjetivo com presunção de culpa (art. 19²⁴⁵). Por fim, na hipótese de lesão ou morte do passageiro, acolheu-se o regime de responsabilidade sem culpa até o limite de 100.000 direitos especiais de saque e, a partir deste teto, o sistema de presunção de culpa (arts. 17, 1²⁴⁶ e 21²⁴⁷).

Duas principais controvérsias a respeito da incidência de tais Convenções devem ser enfrentadas. A primeira diz com a possibilidade de se pleitear a reparação de danos morais para além dos limites previstos nas Convenções, que não lhe faz menção. A segunda se associa ao conflito entre tais documentos internacionais e o Código de Defesa do Consumidor.

No que se refere à primeira controvérsia, com a promulgação das Convenções de Varsóvia e de Montreal, passou-se a debater acerca da admissibilidade da reparação de danos morais em valor superior aos limites legais, eis que tais Convenções, ao contemplarem a restrição do dever de indenizar, silenciaram quanto a compensação dos danos morais e proscreveram a reparação para além do teto estipulado. Nesse sentido, dispõe o item 2 do artigo 24 da Convenção de Varsóvia que “qualquer que seja o seu fundamento, quer se fundamente na presente Convenção, quer num contrato ou acto ilícito ou em qualquer outra causa, não pode ser exercida senão nas condições e com os limites de responsabilidade

passageiro. 2. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino. (...) 5. As disposições dos números 1 e 2 deste Artigo não se aplicarão se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de um preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções”.

²⁴⁵ Art. 19, Convenção de Montreal. “Atraso. O transportador é responsável pelo dano ocasionado por atrasos no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga. Não obstante, o transportador não será responsável pelo dano ocasionado por atraso se prova que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas”.

²⁴⁶ Artigo 17, Convenção de Montreal. Morte e Lesões dos Passageiros – Dano à Bagagem. “1. O transportador é responsável pelo dano causado em caso de morte ou de lesão corporal de um passageiro, desde que o acidente que causou a morte ou a lesão haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque ou desembarque”.

²⁴⁷ Art. 21, Convenção de Montreal. “Indenização em Caso de Morte ou Lesões dos Passageiros. 1. O transportador não poderá excluir nem limitar sua responsabilidade, com relação aos danos previstos no número 1 do Artigo 17, que não exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro. 2. O transportador não será responsável pelos danos previstos no número 1 do Artigo 17, na medida em que exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, se prova que: a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro”.

previstos na presente Convenção”, bem como que “estes limites de responsabilidade constituem limites máximos e não podem ser ultrapassados quaisquer que sejam as circunstâncias que estejam na origem da responsabilidade”. O artigo 29 da Convenção de Montreal traz idêntica previsão, vedando, ademais, a outorga de “indenização punitiva, exemplar ou de qualquer natureza que não seja compensatória”.

Ilustre-se o debate com o limite de mil direitos especiais de saque previsto na Convenção de Montreal para o extravio de bagagem. Ocorrida a perda, cumpre investigar se o teto de aproximadamente R\$ 4.605,00²⁴⁸ abarcaria apenas a indenização dos danos materiais sofridos (v.g., valor das bagagens, de seu conteúdo e de eventuais despesas do consumidor para compensar a ausência de seus pertences durante a viagem internacional) ou também a reparação de danos morais.

Para uma primeira tese, a omissão legislativa significaria a impossibilidade de cumulação da reparação de danos morais.²⁴⁹ A rigor, contudo, o advento da Constituição da República de 1988 sepultou tal posicionamento.²⁵⁰ Com efeito, a reparação de danos morais decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), e é

²⁴⁸ Cotação disponível em <http://www2.correios.com.br/sistemas/efi/consulta/cotacaomoeda/>. Acesso em 23.1.2018.

²⁴⁹ “A nosso ver, as convenções de Varsóvia e de Roma e o Código Brasileiro de Aeronáutica, ao imporem limites à indenização por danos decorrentes da atividade do transporte aéreo, admitiram como inclusos todos os danos, inclusive os morais. Isto porque os danos, além de materiais ou morais, também se subdividem em emergentes e danos decorrentes da cessação de lucros, os chamados lucros cessantes. Pois bem, os mencionados diplomas legais tratam dos danos de uma maneira genérica, sem distinguir suas espécies. Assim como o fato da omissão quanto aos lucros cessantes não faz supor sua exclusão, o silêncio quanto aos danos morais não impõe seu afastamento. Todos os danos estão abrangidos na lei e devem ser reparados, embora dentro dos limites impostos. Ademais, já foi visto que o objetivo da Convenção era a preservação das empresas aéreas em surgimento, evitando-se a quebra em caso de vultosas indenizações decorrentes de acidentes. Estabelecendo limite apenas para os danos materiais, restaria aberta a possibilidade de serem impostas indenizações além das possibilidades das empresas, sob o título de danos morais, o que tornaria ineficaz o dispositivo tendente a limitá-las. Mesmo que se argumente que a noção de dano moral não estava devidamente desenvolvida à época, verdade é que o objetivo da Convenção era restringir o montante das indenizações a todo e qualquer dano, os existentes à época e todos os demais que pudessem surgir, tudo com o fito de preservar as empresas então incipientes” (CAVALCANTI, André Uchôa. *Responsabilidade civil do transportador aéreo: tratados internacionais, leis especiais e código de proteção e defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 214-215).

²⁵⁰ Nesse sentido, posicionou-se o STF em 1996, mesmo na vigência da referida primeira fase jurisprudencial, em que prevaleciam as convenções internacionais em face do CDC: “Indenização. Dano moral. Extravio de mala em viagem aérea. Convenção de Varsóvia. Observação mitigada. Constituição Federal. Supremacia. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil” (BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 172.720. 2ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasil: 6 de fevereiro de 1996).

assegurada pelos incisos V e X do artigo 5º da Constituição,²⁵¹ independentemente de previsão expressa em Convenções internacionais, que, como toda lei, devem ser interpretadas à luz da tábua axiológica constitucional.^{252 253} Interpretar a Constituição consoante as Convenções internacionais, de modo a excluir a reparação além do teto legal, constituiria verdadeira subversão hermenêutica.²⁵⁴ Mesmo no plano infraconstitucional, a compensação de danos morais é assegurada pelo artigo 186 do Código Civil,²⁵⁵ e pode ser cumulada com a indenização de danos materiais, conforme reconhecido pelo Enunciado 37 da Súmula do STJ desde 1992.²⁵⁶

Com relação à segunda controvérsia anunciada, embora tais Convenções comportem plena incidência nas relações paritárias, colidem, nas relações de consumo, com as previsões

²⁵¹ Art. 5º, CRFB/88. “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: 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”.

²⁵² “As inadequações funcionais das normas ordinárias, ainda que relativamente à questão concreta, são superáveis em sede interpretativa, no momento da individuação da normativa a ser aplicada, sem que seja útil para o juízo e obrigatório para o juiz iniciar o processo de legitimidade constitucional. De fato, é indiscutível que a própria qualificação dos institutos jurídicos, previstos e regulados por leis ordinárias, se realize levando em consideração justamente os princípios e os valores constitucionais” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 581-582).

²⁵³ “(...) necessário, desde logo, afirmar três pontos para evitar uma leitura inconstitucional da Convenção de Montreal (Convenção de Montreal para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, promulgada pelo Decreto 5.910/06): a Convenção de Montreal não trata de danos morais (só proíbe as perdas e danos punitivos), não trata da responsabilidade por overbooking/práticas comerciais/cláusulas abusivas e por recusa de embarque! E a Convenção de Montreal, ao contrário do que uma leitura apressada do decisum do STF pode afirmar, é regra imperativa de proteção dos passageiros que permite apenas derrogação *im favorem* dos direitos dos passageiros-consumidores. Assim, por exemplo, em caso de demora ou atraso de voo, o consumidor europeu pode escolher entre a indenização ‘taxada’ e automática do Regulamento 261/2004/CE ou da Convenção de Montreal, que procura fixar o verdadeiro dano em caso de atraso, possuindo apenas máximos” (MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso. As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo das fontes com o CDC. *Conjur*, 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/regras-convencao-montreal-dialogo-fontes-cdc>. Acesso em 11.10.2017).

²⁵⁴ Cabe destacar também a argumentação desenvolvida no julgamento do RE nº 636.331, analisado mais detalhadamente abaixo: “Corroborar a interpretação da inaplicabilidade do limite do *quantum* indenizatório às hipóteses de dano moral a previsão do art. 22, que permite o passageiro realizar ‘declaração especial’ do valor da bagagem, como forma de eludir a aplicação do limite legal. Afinal, se pode o passageiro afastar o valor limite presumido pela Convenção mediante informação do valor real dos pertences que compõem a bagagem, então não há dúvidas de que o limite imposto pela Convenção diz respeito unicamente à importância desses mesmos pertences e não a qualquer outro interesse ou bem, mormente os de natureza intangível” (Trecho do inteiro teor).

²⁵⁵ Art. 186, CC. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

²⁵⁶ “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

dos referidos artigos 6º, VI, 25 e 51, I, do CDC, que, como visto, vedam a exoneração e a limitação do dever de indenizar diante de consumidor pessoa física, admitindo apenas a limitação em face de pessoa jurídica em situação justificável. O regime de responsabilidade civil adotado também se afigura diverso: enquanto o Código de Defesa do Consumidor acolhe o sistema da responsabilidade objetiva (artigos 12 e 14, CDC²⁵⁷), as Convenções se valem, nos casos já analisados, da técnica de presunção de culpa. Com efeito, ao passo que, nesta última hipótese, o devedor não responde se provar que não agiu com culpa, na primeira, há responsabilidade ainda que sem culpa.²⁵⁸ Diverso é ainda o regime de prazo prescricional, contemplando o CDC, no artigo 27, o prazo de cinco anos para que o consumidor pleiteie a “reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço”, contados “a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”, enquanto as Convenções preveem, como visto, o prazo de dois anos a contar da data de chegada, ou do dia em que a aeronave deveria ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte (arts. 29 e 35).

A respeito do referido conflito de leis, a jurisprudência já oscilou em três fases. Na primeira, prevaleceram as Convenções internacionais em face do CDC.²⁵⁹ Todavia, a partir dos julgamentos dos Recursos Especiais 156.240/SP e 209.527/RJ pelas duas Turmas que compõem a Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça, no final dos anos 2000,

²⁵⁷ Art. 12, CDC. “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”; Art. 14, CDC. “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

²⁵⁸ “Paralelamente à evolução da responsabilidade objetiva, e com a mesma finalidade de evitar as dificuldades trazidas pela prova diabólica, presunções de culpa foram, em toda parte, instituídas pela jurisprudência ou prospectadas pela doutrina no próprio texto das codificações. Aqui, não se trata de ignorar o elemento culpa, mas tão-somente de inverter o ônus da demonstração em benefício da vítima, contrariando o brocardo *actori incumbit probatio*” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 29).

²⁵⁹ “A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado. Subsistência das normas constantes da convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 58.736/MG. 3ª Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. Brasil: 13 de dezembro de 1995). V. tb. BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 154.698/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Relator para acórdão Ministro Bueno de Souza, Brasil: 9 de junho de 1998; BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 156.238/RJ. 3ª Turma. Relator Ministro Waldemar Zveiter. Brasil: 7 de junho de 1999; BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 135.535/PB. 4ª Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasil: 11 de abril de 2000. No âmbito do STF, v. BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 172.720. 2ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasil: 6 de fevereiro de 1996.

a orientação foi alterada, passando a se decidir pela incidência do CDC em detrimento das Convenções.²⁶⁰ Esta segunda fase perdurou de 2000 a 2017, quando a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE 636.331 e do ARE 766.618, de 25 de maio de 2017, inaugurou a terceira fase ao estabelecer: “por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.²⁶¹ É o que se passa a analisar.

²⁶⁰ Confira-se: “Transporte aéreo de mercadorias. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a indenização pelo extravio de mercadoria não está sob o regime tarifado, subordinando-se ao princípio da ampla reparação, configurada a relação de consumo” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 209.527/RJ. 3ª Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasil: 15 de dezembro de 2000); “A indenização pelos danos material e moral decorrentes do extravio de bagagem em viagem aérea doméstica não está limitada à tarifa prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica, revogado, nessa parte, pelo Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 156.240/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasil: 23 de novembro de 2000). Mais recentemente, cf. BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 874.427/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Brasil: 4 de outubro de 2016; BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 607.388/RJ. 3ª Turma. Relator Ministro Moura Ribes. Brasil: 16 de junho de 2016. No âmbito do STF, v. “O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 351.750. 1ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para acórdão Ministro Carlos Britto. Brasil: 17 de março de 2009). V. tb. BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 351.750. 1ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para acórdão Ministro Carlos Britto. Brasil: 17 de março de 2009.

²⁶¹ Confirmam-se as ementas dos julgados paradigmáticos: “Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento” (BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 636.331. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasil: 25 de maio de 2017); “Direito do consumidor. Transporte aéreo internacional. Conflito entre lei e tratado. Indenização. Prazo prescricional previsto em convenção internacional. Aplicabilidade. 1. Salvo quando versem sobre direitos humanos, os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com status equivalente ao de lei ordinária. Em princípio, portanto, as antinomias entre normas domésticas e convencionais resolvem-se pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade. 2. Nada obstante, quanto à ordenação do transporte internacional, o art. 178 da Constituição estabelece regra especial de solução de antinomias, no sentido da prevalência dos tratados sobre a legislação doméstica, seja ela anterior ou posterior àqueles. Essa conclusão também se aplica

O caso concreto julgado pelo STF no RE 636.331 dizia com extravio de bagagem em transporte aéreo internacional ocorrido em 3 de outubro de 2005, de modo que se aplicava à espécie a Convenção de Varsóvia. Isso porque a Convenção de Montreal, de 28 de maio de 1999, somente foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.910/2006. Em primeira instância, a indenização de danos materiais foi fixada consoante a previsão da Convenção, que, como visto, limita o *quantum* ao patamar de 250 francos por quilo, salvo declaração especial de valor e pagamento de taxa suplementar (art. 22, 2, a). A compensação de danos morais, a seu turno, foi arbitrada em 6 mil reais. Em sede de apelação, por outro lado, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que prevalecia, na hipótese, a incidência do Código de Defesa do Consumidor, de modo a não admitir a limitação da indenização dos danos materiais ao teto fixado na Convenção. Deu-se procedência ao pedido de indenização de danos materiais no montante de R\$ 7.171,00 e majorou-se a reparação de danos morais para R\$ 10.000,00. O recurso extraordinário ajuizado tinha como objetivo a reforma da indenização de *danos materiais*, não se referindo, portanto, à compensação de danos morais. Ao julgar a lide, a Corte deu provimento ao recurso, limitando o *quantum* ao teto da Convenção de Varsóvia.

Na hipótese do ARE 766.618, julgado conjuntamente com o RE 636.331 pelo STF, a discussão se voltava ao prazo prescricional aplicável à pretensão de reparação de *danos morais* em virtude de atraso de 12 horas do voo: (i) se o prazo de 5 anos do artigo 27 do CDC²⁶² ou (ii) se o prazo de 2 anos do artigo 35 da Convenção de Montreal.²⁶³ Na espécie, a aeronave havia chegado ao destino em 28 de setembro de 2006 e a ação proposta em 26 de maio de 2009. A primeira e a segunda instâncias do Tribunal de Justiça de São Paulo condenaram a empresa ao pagamento de seis mil reais a título de reparação de danos morais à passageira. A decisão, contudo, foi revertida no STF. Prevaleceu, na hipótese, a incidência da

quando o conflito envolve o Código de Defesa do Consumidor. 3. Tese afirmada em sede de repercussão geral: ‘Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor’. 4. Recurso extraordinário provido” (BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 766.618. Tribunal Pleno. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasil: 22 de maio de 2017).

²⁶² Art. 27, CDC. “Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

²⁶³ Art. 35, Convenção de Montreal. “O direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte”

Convenção de Montreal, que, aqui, frise-se, incidiu para a compensação de danos morais.²⁶⁴ Considerou-se, assim, prescrita a pretensão.

Vê-se que as ações julgadas em conjunto versavam sobre dois problemas diversos: a limitação da indenização de danos materiais e a prescrição da pretensão de reparação de danos morais, incidindo, no primeiro caso, a Convenção de Varsóvia e, no segundo, a Convenção de Montreal. No julgamento de 25 de maio de 2017, o STF, por maioria, com apenas dois votos vencidos, fixou, repita-se, a seguinte tese com repercussão geral: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. O julgamento se iniciou em 8 de maio de 2014 e, em virtude de pedido de vista, foi concluído em 25 de maio de 2017. A publicação do acórdão, a seu turno, se deu em 13 de novembro de 2017.

Os argumentos em prol da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal giram em torno de três principais eixos. O primeiro diz com o caráter especial das Convenções internacionais sobre transporte aéreo em face do Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, segundo a norma extraída do artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro),²⁶⁵ as leis especiais prevalecem sobre as gerais (*lex specialis derogat legi generali*). Nesse sentido, sustentou-se que “a Convenção de Varsóvia e os regramentos internacionais que a modificam são normas especiais em relação ao Código de Defesa do Consumidor, que é norma geral para as relações de consumo”. Assim, o CDC trata da “generalidade das relações de consumo, ao passo que as referidas Convenções disciplinam

²⁶⁴ Nesse sentido, já havia se posicionado o STF em outra oportunidade: “Prazo prescricional. Convenção de Varsóvia e Código de Defesa do Consumidor. 1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 11.6.99). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso provido” (BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 297.901. 2ª Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasil: 7 de março de 2006).

²⁶⁵ Art. 2º, Decreto-Lei 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro). “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (...) § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

uma modalidade especial de contrato, a saber, o contrato de transporte aéreo internacional de passageiros”.²⁶⁶

O segundo argumento se relaciona ao critério cronológico de solução de antinomias, previsto no artigo 2º, § 1º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro),²⁶⁷ segundo o qual a lei posterior prevalece sobre a anterior (*lex posterior derogat legi priori*). Nessa toada, considerando-se que a Convenção de Varsóvia foi promulgada em 24 de novembro de 1931, o Código de Defesa do Consumidor em 11 de setembro de 1990 e a Convenção de Montreal em 27 de setembro de 2006, a justificativa se restringe a esta última, e, por conseguinte, ao julgamento do ARE 766.618, vez que o RE 636.331, como visto, se refere à incidência da Convenção de Varsóvia.²⁶⁸

O terceiro fundamento, a seu turno, se volta à aplicação, na espécie, do artigo 178 da Constituição da República, segundo o qual “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”. A proteção do consumidor, segundo o raciocínio, não seria absoluta, podendo ser derogada por norma mais restritiva, de que é exemplo o artigo 178, o qual solucionaria o conflito de leis em favor das Convenções internacionais, na medida em que determina a sua observância.²⁶⁹ Afirma-se,

²⁶⁶ Trecho do inteiro teor do RE nº 636.331.

²⁶⁷ Art. 2º, Decreto-Lei 4.657, de 1942. (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro). “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

²⁶⁸ “*Lex posterior derogat priori*: trata-se de brocardo consagrado pelo artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil. Sua incidência se justifica porque, embora a Convenção de Varsóvia seja anterior à legislação nacional de que tratamos, as modificações nela introduzidas são mais recentes, razão pela qual o critério cronológico justifica a incidência do regramento internacional” (Trecho do inteiro teor do ARE 766.618).

²⁶⁹ “Em primeiro lugar, é fundamental afastar o argumento segundo o qual o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Constituição Federal) impediria qualquer sorte de derrogação do Código de Defesa do Consumidor por norma mais restritiva, ainda que por lei especial. A proteção do consumidor não é a única diretriz a que se orienta a ordem econômica nem o único mandamento constitucional que deve ser observado pelo legislador no caso em exame. É certo que a Constituição Federal em vigor incluiu a defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais, no art. 5º, inciso XXXII (“XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”), e também entre os princípios da ordem econômica, no art. 170, inciso V, mas é também o próprio texto constitucional, já em redação originária, que determinou a observância dos acordos internacionais, quanto à ordenação do transporte aéreo internacional. Refiro-me à regra do art. 178 do texto constitucional” (Trecho do inteiro teor do RE nº 636.331); “(...) o dispositivo constitucional estabelece um critério especial de solução de antinomias: em matéria de transporte internacional, conflitos entre lei e tratado resolvem-se em favor do segundo. Trata-se, portanto, de uma norma de sobredireito – como os demais critérios de resolução de conflitos normativos –, que se singulariza, porém, por

nesse sentido, que a previsão constitucional do referido dispositivo atribuiria *status* supralegal às Convenções relativas ao transporte internacional.²⁷⁰

Desse modo, segundo a tese vencedora, entre a *regra* insculpida no artigo 178 e o *princípio* de defesa do consumidor previsto nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição da República,²⁷¹ não haveria que se falar em ponderação, predominando em todo caso a regra. Favorecer-se-ia, desta feita, a cooperação internacional, assegurando-se a observância das Convenções pelo Brasil.²⁷²

Aduziu-se, ainda, no julgamento do RE 636.331, que a possibilidade prevista nos artigos 22, 2, das Convenções de Varsóvia e de Montreal, de que o consumidor proceda à declaração especial de valor e ao pagamento de taxa suplementar para afastar os limites legais e obter a reparação integral de eventual dano sofrido impediria que a decisão de prevalência das Convenções em face do CDC prejudicasse os direitos dos consumidores, porquanto estes ainda teriam a garantia de reparação de toda a extensão do dano se seguissem o procedimento e informassem previamente o valor de seus pertences.²⁷³

seu status formal: cuidando-se de um comando constitucional, o art. 178 prepondera sobre outros critérios (como o da especialidade) caso apontem soluções diversas para o mesmo caso” (Trecho do inteiro teor do ARE nº 766.618).

²⁷⁰ “Parece-me, aliás, que, conquanto os referidos tratados não versem sobre direitos humanos, a eles o Poder Constituinte conferiu excepcional status supralegal, ao erigir, no texto magno, regra segundo a qual as leis internas devem observar os acordos internacionais sobre transporte aéreo, aquático e terrestre firmados pela República Federativa do Brasil” (Trecho do inteiro teor do ARE nº 766.618).

²⁷¹ Art. 5º, CRFB/88. “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”; Art. 170, CRFB/88. “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”.

²⁷² “(...) a hipótese claramente não é de ponderação, porque não se pondera uma norma de princípio institutivo, convocatória da atuação do legislador, a meu ver, com uma regra que até prevaleceria sobre um eventual direito fundamental, porque seria uma determinação específica da Constituição nesse sentido. Dentro do que me parece ser a melhor forma de se interpretar o Direito, deve-se ler as disposições normativas à luz dos princípios constitucionais. Mas quando uma regra constitucional estatuir em sentido diverso ao indicado por um princípio constitucional, deve-se aplicar a regra, a opção claramente manifestada pelo constituinte – o que me parece que também esse seria o caso aqui, se nós considerássemos que existiria, no art. 5º, XXXII, uma proteção mais ampla do consumidor”; “Antes mesmo da globalização de que hoje se fala com tanta destreza e intensidade, as companhias aéreas já compunham esse mundo, que exige uma cooperação e um critério minimamente homogêneo, sob pena de, na verdade, estabelecer-se uma certa anarquia, anomia, perplexidade. Então, aqui me parece que a defesa do consumidor há de ser feita sob a tutela internacional” (Trecho do inteiro teor do RE nº 636.331).

²⁷³ “Cotejados os referidos preceitos constitucionais com as condições previstas no tratado em tela (declaração especial ou verificação da existência de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos), para obtenção de indenização integral e ilimitada, não diviso, ao menos no tocante aos casos de perda, destruição,

Postas as premissas que orientaram a decisão, passa-se à sua análise crítica.

Registre-se, inicialmente, que a busca pelos critérios da especialidade e da cronologia para o deslinde do conflito de leis não parece solucionar a controvérsia, eis que, consoante a previsão do princípio de defesa do consumidor na Constituição da República como direito fundamental (art. 5º, XXXII, CRFB/88) e como princípio da ordem econômica (art. 170, V, CRFB/88),²⁷⁴ o CDC prevalece sobre as Convenções em matéria de proteção do consumidor.

avaria ou atraso de bagagem, que é o objeto específico de um dos casos sob julgamento (RE 636331/RJ), incompatibilidade da Convenção de Varsóvia com a Carta Magna, sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade. Ao prever a realização de declaração especial, como requisito para assegurar indenização correspondente ao valor do objeto declarado, independentemente de inquirição sobre a existência de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos, entendo que a Convenção de Varsóvia veicula norma impregnada de racionalidade. O transportador aéreo internacional, no intuito de calcular os riscos a que está exposto e embutir o custo da correspondente cobertura securitária no preço cobrado pelas passagens ou pela expedição de bagagens ou mercadorias, tem de se valer de parâmetros estipulados legal ou contratualmente” (Trecho do inteiro teor do RE nº 636.331).

²⁷⁴ Nesse sentido, cf. “(...) na hipótese de relação de consumo, diversa é a solução alvitrada pelo legislador”, impondo-se a “reparação integral dos danos sofridos”. Desse modo, “é vedada a estipulação da cláusula que atenua a obrigação de indenizar (arts. 25 e 51, I), e não se aplicam às relações de consumo os tetos indenizatórios previstos no CBA e na Convenção de Varsóvia” (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo código civil*. v. X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 492). V. tb. MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor - antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3, 1992, p. 155; BENJAMIN, Antônio Herman V. O transporte aéreo e o código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 26, 1998, p. 33; MIRAGEM, Bruno. Nota ao artigo ‘Transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor’, de Antonio Herman Benjamin. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 100, 2015, p. 39; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 194-195; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 26, 1998, p. 9; CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do transportador na jurisprudência do STF. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 76, 2010, p. 112; SILVA, Daniel Vicente Evaldt; SILVA, Jonas Sales Fernandes da; SANTOS, Júlio Edstron Secundino. Análise da aplicação do código de defesa do consumidor a casos de dano material por extravio de bagagem no contrato de transporte aéreo internacional: um (aparente) conflito de normas jurídicas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 108, 2016, p. 375; ROLAND, Beatriz da Silva. O diálogo das fontes no transporte aéreo internacional de passageiros: ponderações sobre a aplicabilidade da convenção de montreal e/ou do CDC. *Revista de Direito do Consumidor* (Revista dos Tribunais Online), v. 99, 2015, p. 16; GRASSI NETO, Roberto. Crise no setor de transporte aéreo e a responsabilidade por acidente de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 64, 2007, p. 109; FINATO, Newton Luiz. Contrato de transporte aéreo e a proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 42, 2002, p. 173; NORDMEIER, Carl Friedrich. Direito internacional privado – implicações em viagens aéreas internacionais e a situação dos passageiros. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 73, 2010, p. 207; COL, Helder Martinez Dal. Os contratos de transporte de pessoas à luz da responsabilidade civil e do novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 804, 2002, p. 11.

Em sentido contrário, posicionando-se pela prevalência das Convenções em face do CDC, v. GRAU, Eros Roberto. Transporte aéreo de passageiros; dano moral causado a passageiro: prevalência do código brasileiro de aeronáutica sobre o código de defesa do consumidor. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 28, 2005, p. 22; SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. Responsabilidade civil no transporte aéreo internacional de pessoas. *Revista de Direito Privado*, v. 66, 2016, p. 173; PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. A questão da antinomia de normas no transporte aéreo internacional de passageiros: a primazia da Convenção de Montreal. *Revista Forense*, v. 415, 2012, p. 111; NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. Brevíssimas notas sobre a aplicação da Convenção de Varsóvia-Montreal (e não do Código de Defesa do Consumidor) no transporte internacional aéreo de cargas, inclusive para fins de limitação da responsabilidade indenizatória do transportador.

Com relação ao critério da especialidade, note-se que o raciocínio, estendido aos demais contratos, poderia representar a construção de microsistemas, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor, que não rege nenhum tipo contratual específico, mas trata das relações caracterizadas pelo aspecto subjetivo de presença de consumidores e fornecedores, não comportaria incidência para qualquer negócio jurídico regido por lei especial, como no caso dos contratos de plano de saúde (Lei nº 9.656/1998), do transporte interno (Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei nº 7.565/1986) e dos contratos bancários (regulamentações do Conselho Monetário Nacional). Tal tese de afastamento da tutela do consumidor diante de leis especiais foi há muito rejeitada no ordenamento pátrio, pacificando-se a incidência do CDC para os contratos de planos de saúde,²⁷⁵ para o transporte interno²⁷⁶ e para os contratos bancários.²⁷⁷ Faz-se mister, assim, à luz da unidade do sistema,²⁷⁸ impedir a criação de guetos normativos, sobretudo diante da constatação de que o Código de Defesa do Consumidor

Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 24, 2009, p. 327; BORGES, Mônica Aparecida Canato. O código de defesa do consumidor, a convenção de varsóvia e o novo código civil: tratados internacionais e direito interno, algumas considerações. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 56, 2005, p. 90.

²⁷⁵ Enunciado 469 da Súmula do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

²⁷⁶ “Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, não mais prevalece, para efeito indenizatório, a tarifação prevista tanto na Convenção de Varsóvia, quanto no Código Brasileiro de Aeronáutica, segundo o entendimento pacificado no âmbito da C. Segunda Seção” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo 1344297/SP. 3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Brasil: 15 de maio de 2012); “O conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica – que é anterior à CF/88 e, por isso mesmo, não se harmoniza em diversos aspectos com a diretriz constitucional protetiva do consumidor –, deve ser solucionado com prevalência daquele (CDC), porquanto é a norma que melhor materializa as perspectivas do constituinte no seu desígnio de conferir especial proteção ao polo hipossuficiente da relação consumerista. Precedente do STF” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.281.090/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasil: 7 de fevereiro de 2012). Cf. ainda “Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 351.750. 1ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para acórdão Ministro Carlos Britto. Brasil: 17 de março de 2009).

²⁷⁷ Veja-se o art. 3º, CDC. “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. A respeito da constitucionalidade do dispositivo, v. BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Velloso. Relator para acórdão Ministro Eros Grau. Brasil: 7 de junho de 2006. Cf. ainda Enunciado 297 da Súmula do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

²⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 597.

também apresenta caráter especial pelo aspecto subjetivo, dotado de prioridade valorativa consoante o tratamento dado às pessoas humanas em situação de vulnerabilidade.

A respeito da incidência do artigo 178 da Constituição da República, a norma extraída do texto legal, como produto da interpretação,²⁷⁹ diz somente com a observância dos tratados e convenções na edição de leis a respeito do transporte aéreo. Cuida o dispositivo, desta feita, de questões relativas à ordenação do transporte, não já da tutela da pessoa humana em situação de vulnerabilidade. Note-se que, de fato, como ressaltado na decisão, o respeito aos tratados e às convenções pelo Brasil se afigura de grande importância na cooperação internacional, mas a inaplicabilidade das Convenções de Varsóvia e de Montreal diante de consumidores pessoas físicas não significa torná-las letra morta, preservando-se sua plena incidência para relações paritárias, para contratos de adesão em relações civis e para relações de consumo diante de pessoa jurídica consumidora, sobretudo em tema de transporte aéreo internacional de carga, bem como as previsões das Convenções que regulamentam outros aspectos, relacionados ao transporte em si, sem conflitar com o CDC.²⁸⁰

²⁷⁹ GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 284.

²⁸⁰ “Apelação. Transporte aéreo internacional de carga. Carga avariada. Ação regressiva ajuizada por segurador. Sentença de acolhimento do pedido. Reforma, com a proclamação de decadência. 1. Qualificação jurídica do contrato de transporte em que se fundamenta a demanda. Típico contrato empresarial. Inexistência de desproporção de forças entre os participantes do negócio. Inaplicabilidade do CDC. 2. Convenção de Montreal. Norma aplicável à relação em análise. Incidência da orientação firmada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral e força vinculante (CPC, arts. 1.039 e 1.040, III), tendo por paradigma o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) 636331 e do RE com Agravo (ARE) 766618 (j. 25.5.17)” (SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1086500-24.2015.8.26.0100. 19ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Ricardo Pessoa de Mello Belli. São Paulo: 18 de setembro de 2017). Em sentido contrário já se posicionou o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão posterior à referida decisão do STF, entendendo pela inaplicabilidade das Convenções mesmo para relações paritárias, por força da incidência do princípio da reparação integral, v. “Diversamente do sustentado pela autora (fls. 8/9, 191/193), não se aplica ao caso em tela o Código de Defesa do Consumidor, porquanto não se trata de relação de consumo. A relação originária, envolvendo “Farmace Indústria Químico Farmacêutico Cearense Ltda.”, segurada da autora, e a ré transportadora, versa sobre relação comercial. De qualquer maneira, mesmo não incidindo a legislação consumerista, a reparação dos danos causados pela ré à segurada da autora deve ser integral. Em que pese entendimento em sentido oposto adotado na sentença recorrida (fl. 177), a indenização tarifada estabelecida pela Convenção de Varsóvia, posteriormente atualizada pela Convenção de Montreal, celebrada em 28.5.1999 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Federal nº 5.910, de 27.9.2006, não pode ser aplicada. Embora as disposições constantes dessas convenções tenham caráter de especialidade em relação às normas gerais, elas vão de encontro ao direito fundamental à reparação integral dos danos morais e materiais, assegurado pelo art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, o que não se pode admitir. Nessa linha de raciocínio, a ré deve ressarcir a autora do valor total da indenização paga à sua segurada, com amparo no art. 944, “caput”, do Código Civil, conclusão que melhor se coaduna com o preceito constitucional citado” (SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1088293-32.2014.8.26.0100. 23ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador José Marcos Marrone. São Paulo: 27 de setembro de 2017).

No que tange ao caráter supralegal das Convenções em análise, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacificada no sentido da natureza de lei dos tratados internacionais,²⁸¹ excepcionada apenas para tratados de direitos humanos, que comportarão *status* de emenda constitucional quando observarem o rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República,²⁸² ou, não observando, receberão *status* supralegal.²⁸³ As Convenções de Varsóvia e Montreal, todavia, não constituem tratados que versam sobre direitos humanos, de modo a se afastar a tese da supralegalidade.²⁸⁴ Ao revés, tais Convenções assumem natureza restritiva de direitos quando limitam a garantia da reparação integral dos danos sofridos pelos consumidores.²⁸⁵

²⁸¹ “Convenção de genebra, lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias. Aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal - impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. *Embora a convenção de genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país*, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec-lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido” (BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004. Tribunal Pleno. Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Brasil: 1 de junho de 1977; grifou-se).

²⁸² 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: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

²⁸³ “(...) diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. (...) Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada” (BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasil: 3 de dezembro de 2008. pp. 1.160-1.161).

²⁸⁴ “Nessa direção, por força da Carta da República, as sujeições (ativas e passivas) que norteiam as relações de consumo e os institutos a ela jungidos – como é o caso da prescrição e do princípio da ampla indenizabilidade dos danos – não podem sofrer mitigação por força de qualquer outro diploma infraconstitucional com *status* de lei ordinária, quer seja oriundo de nosso Poder Legislativo, quer seja decorrente de tratado ou convenção internacional comuns, tal como a Convenção de Varsóvia, tratado desprovido, tanto de força de emenda constitucional, como de *status* supralegal” (ROSSI, Júlio César. Tutela do direito de ação: CDC vs Convenção de Varsóvia. *Revista dialética de direito processual*, v. 109, 2012, pp. 72-73).

²⁸⁵ Vejam-se os seguintes exemplos propostos por Leonardo F Beraldo: “Segundo o art. 21(1) da Convenção de Montreal, o transportador pode excluir a sua responsabilidade, com base em mera cláusula contratual, quando o valor da indenização ultrapassar 100.000 Direitos Especiais de Saque (equivalente a R\$ 460.000,00) por passageiro. Será que esse valor é suficiente para cobrir pensão, para a família da vítima, até a data e, que este completasse 75 anos de idade? Vou trazer dois exemplos para ilustrar. No primeiro caso, um trabalhador de 40 anos de idade ganha R\$ 5.000,00 (líquido) por mês. Se ele morrer, e deixar esposa e filho, eles terão direito de receber pensão de, aproximadamente, dois terços disso, que dá R\$ 3.000,00. Em menos de 12 anos terá sido

De outro giro, em contramão à tese sustentada de impossibilidade de ponderação entre princípio (defesa do consumidor) e regra (artigo 178 da Constituição), com prioridade absoluta desta última, deve-se sublinhar que, à luz da metodologia civil-constitucional, a unidade entre interpretação e aplicação do direito significa que a ponderação será sempre possível e necessária, entre regras, entre princípios e entre regras e princípios, prevalecendo, em todo caso, o comando que melhor concretizar os valores emanados do texto constitucional, sob pena de se recair em raciocínio subsuntivo de automática incidência da premissa maior sobre a premissa menor.²⁸⁶ Na espécie, portanto, a solução se orienta para a prevalência da proteção do consumidor.²⁸⁷

Há, ainda, a possibilidade de violação ao princípio da isonomia, vez que, no âmbito do transporte interno, não se admite a limitação do dever de indenizar dano causado ao consumidor, por força da incidência dos artigos 25 e 51, I, do CDC, mas tal teto reparatório é considerado válido no bojo do transporte internacional. Assim, imagine-se que dois consumidores partam da mesma origem, com o mesmo conteúdo em sua mala, com o mesmo destino, embora um deles tenha tal ponto de chegada como final e o outro como conexão para viagem internacional. Acontecendo o extravio de bagagem desses dois consumidores, o

atingido o teto da Convenção. Isso quer dizer que a família da vítima ficará sem receber a indenização devida por 23 anos, pois seria essa a data em que o passageiro morto completaria 75 anos de idade. No segundo caso, uma servidora pública de 45 anos de idade ganha R\$ 25.000,00 (líquido) por mês. Se ela morrer, e deixar marido e dois filhos, eles terão direito de receber pensão de, aproximadamente, dois terços disso, que dá R\$ 16.666,00. Em apenas 27 meses terá sido atingido o teto da Convenção. Isso quer dizer que a família da vítima ficará sem receber a indenização devida por 28 anos, pois seria essa a data em que a passageira morta completaria 75 anos de idade” (BERALDO, Leonardo F. *A responsabilidade civil das companhias aéreas no transporte aéreo internacional*. Disponível em:

https://www.academia.edu/35332387/A_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DAS_COMPANHIAS_A%C3%89REAS_NO_TRANSPORTE_A%C3%89REO_INTERNACIONAL. Acesso em 20.12.2017).

²⁸⁶ “Revela-se, assim, inconsistente o mecanismo da subsunção, que erroneamente postula a precedência lógica e cronológica da interpretação em relação à qualificação: uma e outra são aspectos de um processo cognitivo unitário voltado a individuar a normativa a ser aplicada. Apesar de a norma constitucional aparentemente ser utilizada como instrumento hermenêutico de um enunciado ordinário, na realidade ela se torna parte integrante da própria normativa destinada a regular a concreta relação” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 579).

²⁸⁷ “Como se sabe, o magistrado tem o dever de julgar, encontrando a solução para todos os casos que lhe são submetidos. E deve fazê-lo com base no ordenamento: unitário, complexo e sistemático. Vale-se de princípios e valores que uniformizem o sentido das decisões, reconduzindo-as da fragmentação da casuística à unidade axiológica indispensável à compreensão do ordenamento como sistema. Para tanto, não pode levar em conta uma regra isoladamente considerada, ainda que apropriada para a hipótese, mas o conjunto das normas inserido no ordenamento. (...) A ponderação torna-se, portanto, indispensável como técnica capaz de sopesamento dos diversos vetores normativos incidentes no caso concreto. Por isso mesmo, a ponderação não deve ser adotada apenas na aplicação de princípios, mas também entre regras, e regras e princípios, já que todos os enunciados normativos dialogam entre si, contemporaneamente, sob a mesma tábua axiológica” (TEPEDINO, Gustavo. *Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação*. *Revista Forense*, v. 419, 2014, p. 29).

primeiro, em viagem nacional, receberá a reparação integral, enquanto o segundo, em escala para viagem internacional, verá sua indenização limitada em razão da aplicação das Convenções de Varsóvia e de Montreal.²⁸⁸

Parece, ademais, que a possibilidade contemplada nas Convenções de declaração especial de valor e pagamento de taxa suplementar, situação em que os limites ao dever de reparar não se colocariam, não retira de pronto o prejuízo dos tetos de indenização às garantias do CDC. Isso porque a declaração especial de valor se refere apenas às hipóteses de extravio de bagagem, não havendo que se falar em tal possibilidade nos casos de morte ou lesão ao passageiro ou de atraso de voo. De mais a mais, a exigência de pagamento de taxa suplementar significa o repasse ao consumidor de ônus financeiro indevido diante do direito básico à reparação integral. Por fim, a declaração especial de valor está sujeita a regras específicas das companhias aéreas, com a previsão, em alguns casos, de limites máximos ao valor declarado, bem como de inexistência de cobertura quando o trajeto é operado por mais de uma companhia.²⁸⁹

Desta feita, a solução que melhor se amolda à unidade do sistema diz com, no julgamento do RE 636.331, a impossibilidade de limitação do dever de indenizar dano material pelo extravio de bagagem, devendo a empresa aérea reparar integralmente o dano. No ARE 766.618, de outro giro, deve-se afastar a incidência do prazo de dois anos previsto na Convenção de Montreal para a pretensão de reparação de dano moral decorrente do atraso de doze horas no voo, de modo que o prazo prescricional a ser aplicado seria o de cinco anos disposto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.²⁹⁰ Na espécie, como a violação do direito se deu em 28 de setembro de 2006 e a ação foi proposta em 26 de maio de 2009, a pretensão não estaria prescrita.

²⁸⁸ ROLAND, Beatriz da Silva. O diálogo das fontes no transporte aéreo internacional de passageiros: ponderações sobre a aplicabilidade da convenção de montreal e/ou do CDC. *Revista de Direito do Consumidor* (Revista dos Tribunais Online), v. 99, 2015, p. 16.

²⁸⁹ BERALDO, Leonardo F. *A responsabilidade civil das companhias aéreas no transporte aéreo internacional*. Disponível em: https://www.academia.edu/35332387/A_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DAS_COMPANHIAS_A%C3%89REAS_NO_TRANSPORTE_A%C3%89REO_INTERNACIONAL. Acesso em 20.12.2017.

²⁹⁰ Art. 27, CDC. “Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

A questão se agrava ainda mais diante da referida controvérsia acerca da incidência das Convenções para a reparação de danos morais, eis que estes, como decorrentes de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, não comportariam exclusão ou reparação sequer em relações livremente negociadas (v. item 2.3, *supra*).

Registre-se que, antes da publicação dos acórdãos do RE 636.331 e do ARE 766.618, que somente se deu em 13 de novembro de 2017, os tribunais inferiores já passaram a seguir a nova tese, fazendo incidir as Convenções de Varsóvia e de Montreal para a limitação da indenização de danos materiais²⁹¹ e para prescrição da pretensão indenizatória no prazo de dois anos.²⁹² Em tema de limitação da reparação de danos morais, contudo, a jurisprudência sinalizou oscilação, ora adotando postura cautelosa quanto à incidência dos documentos internacionais, continuando a aplicar, na espécie, o Código de Defesa do Consumidor,²⁹³ ora

²⁹¹ “O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 636331, de relatoria de Gilmar Mendes, decidiu que os conflitos que envolvam extravios de bagagem e prazos prescricionais ligados a transporte aéreo internacional de passageiros devem ser resolvidos pelas regras estabelecidas pelas convenções internacionais, ratificadas pelo Brasil. Assim, devem ser seguidas, em relação ao dano material decorrente de extravio de bagagens em voos internacionais, as normas previstas na Convenção de Montreal” (RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70073747495. 1ª Câmara Cível. Relator Desembargador Antônio Maria Rodrigues De Freitas Iserhard. Rio Grande do Sul: 6 de setembro de 2017); “Nesse caso, estando impossibilitada a aferição por simples estimativa, deve ser fixada a reparação do dano material com base no montante estipulado na Convenção de Montreal, qual seja, em 1.000 DES (Direitos Especiais de Saque) para a mala extraviada, montante esse que corresponderá àquele vigente na data do fato, depois do que corrigido pelo IGP-M e com a incidência de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação” (RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70074624800. 12ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout. Rio Grande do Sul: 31 de agosto de 2017); “Recurso inominado. Ação indenizatória. Compra de produto pela internet. Entrega através de transporte internacional. Mercadoria descartada por abandono de transportador e destinatário. Contato com os autores para a retirada do produto não demonstrado. Falha na prestação do serviço. Danos materiais configurados. Aplicabilidade das convenções de varsóvia e montreal. Recente posicionamento do STF. Tema 210. Repercussão geral. Prevalência dos tratados internacionais em relação ao código de defesa do consumidor afastado. Danos morais incoerentes. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido” (RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível 71006331789. 2ª Turma Recursal Cível. Relator Desembargador Roberto Behrendorf Gomes da Silva. Rio Grande do Sul: 21 de junho de 2017).

²⁹² “Recurso inominado. Ação de indenização por danos materiais e morais. Transporte aéreo internacional. Cancelamento de voo. Sentença de parcial procedência. Prescrição afastada com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. Provimento jurisdicional que contraria o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 636.331. Aplicabilidade do prazo prescricional de 2 anos, previsto nas Convenções de Varsóvia e de Montreal. Pretensão prescrita. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada” (SANTA CATARINA: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso Inominado 03009626620168240091. 1ª Turma Recursal Cível. Relator Desembargador Laudénir Fernando Petroncini. Santa Catarina: 28 de setembro de 2017).

²⁹³ “Dano moral. Convenções de Varsóvia e de Montreal sobre transporte aéreo internacional de passageiros. As Convenções de Varsóvia e de Montreal não esclarecem suficientemente sobre a limitação da obrigação de indenizar os danos morais. De outra parte, o julgado do STF no RE636.331/RJ, ainda não foi publicado no seu inteiro teor, de modo que não há fundamento jurídico consistente para modificação do julgado que reconheceu a obrigação de indenizar os danos morais” (DISTRITO FEDERAL: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e

reconhecendo a incidência das Convenções mesmo para a restrição da compensação de danos morais.²⁹⁴

Verifica-se, ainda, terceira tendência no sentido de se utilizar do espectro do limite fixado na Convenção como valor tabelado da reparação de dano moral em dez mil reais, sobretudo em tema de atraso no transporte aéreo, em espécie de solução judicial de equidade.²⁹⁵ Segundo o raciocínio, considerando-se que o limite de reparação da Convenção de Montreal para a hipótese de atraso gira em torno de vinte mil reais (4.150 direitos especiais de saque), o valor de dez mil reais de compensação de danos morais constituiria meio-termo que observaria o limite das Convenções, deixaria ainda saldo de dez mil reais para eventual pleito de indenização de danos materiais e, simultaneamente, constituiria valor razoável a reparar os consumidores. Deve-se alertar, quanto a este ponto, para os perigos de

Territórios. Processo 07122224620178070016. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Relator Desembargador Aiston Henrique de Sousa. Distrito Federal: 1 de setembro de 2017).

²⁹⁴ “Mesmo o dano moral ocorrido durante o cumprimento de contrato de transporte aéreo internacional deve ser indenizado pelo regime da Convenção, por força do que determina seu art. 24, verbis: “Dans les cas prévus aux articles 18 et 19 toute action em responsabilité, à quelque titre que se soit, ne peut être exercée que dans les conditions et limites prévues par la presente Convention”. A única interpretação razoável desse dispositivo é a de que ele consagra a possibilidade de ser postulada a indenização tanto de danos materiais, quanto dos morais. A diferença é que o dano moral indenizável submete-se também ao regime tarifado, salvo casos de dolo ou culpa grave. Só aí é que se torna possível o rompimento dos limites tarifados (art. 25.1)” (SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 2017.0000687522. 22ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Campos Mello. São Paulo: 31 de agosto de 2017). V. tb. SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1031110-33.2014.8.26.0576. 18ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Henrique Rodruigero Clavisio. São Paulo: 3 de outubro de 2017.

²⁹⁵ “Em se tratando de demanda condenatória por danos morais decorrentes do atraso na entrega da bagagem, aplica-se ao caso concreto o parâmetro indenizatório estipulado pelo art. 22.1 da Convenção de Montreal, o qual estipula ser de 4.150 Direitos Especiais de Saque o patamar máximo de responsabilidade do transportador, em tais hipóteses. Nesse sentido, tomando em conta a norma em questão, bem como considerando as circunstâncias do caso concreto – no qual houve a entrega dos pertences dos autores somente após o transcurso de 12 (doze) dias, no transcurso da viagem de férias ao Exterior –, à luz do princípio da integral reparação do dano (art. 944, “caput”, CC/2002, c/c art. 6º, VI, CDC), entendo cabível a majoração do “quantum” indenizatório a cada co-autor para R\$10.000,00 (dez mil reais), valores compatíveis com a tarifação do precitado art. 22.1 da Convenção de Montreal. Impositivo, portanto, o provimento do apelo” (RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70074903055. 12ª Câmara Cível. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Rio Grande do Sul: 28 de setembro de 2017). V. tb. SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1000725-55.2017.8.26.0008. 20ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Rebello Pinho. São Paulo: 11 de dezembro de 2017; SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1013242-78.2015.8.26.0100. 37ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Sergio Gomes. São Paulo: 12 de dezembro de 2017; SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1127035-58.2016.8.26.0100. 19ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargadora Claudia Grieco Tabosa Pessoa. São Paulo: 27 de novembro de 2017.

tabelamentos e tarifações, que se dão em despreço às condições pessoais da vítima e à imperiosa análise do caso concreto.²⁹⁶

De outra parte, a publicação dos acórdãos, em 13 de novembro de 2017, não solucionou a controvérsia jurisprudencial acerca do alcance da tese em repercussão geral fixada pelo STF, isto é, se as Convenções internacionais prevaleceriam também em tema de reparação de dano moral. Isso porque, embora, no julgamento do RE 636.331, que versava sobre a fixação de teto legal para a indenização de danos materiais por extravio de bagagem, os Ministros tenham, em seus votos, ressalvado a inaplicabilidade do entendimento para a compensação de danos morais,²⁹⁷ no julgamento do ARE 766.618, a decisão de preponderância do prazo de dois anos fixado na Convenção de Montreal se deu justamente para fulminar a pretensão de reparação de danos morais. Em outras palavras, no julgamento conjunto, afirmou-se, de um lado, a inaplicabilidade dos limites legais à compensação de danos morais e, de outro, a incidência do prazo prescricional de dois anos previsto nas Convenções internacionais para a reparação de danos morais. A tese fixada em repercussão geral, a seu turno, refere-se apenas à “limitação da responsabilidade”, sem indicação da espécie de dano, se moral ou patrimonial, a gerar cenário de insegurança jurídica sobre o tema.^{298 299}

²⁹⁶ OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor* (Revista dos Tribunais Online), v. 93, 2014, p. 4: “Com efeito, em matéria de reparação integral do consumidor, a tipificação pode acabar sendo prejudicial, por desprestigiar o exame das circunstâncias do caso concreto e, com isso, amesquinhar sua proteção”.

²⁹⁷ “(...) a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a disposição do art. 22 não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral” (Trecho do inteiro teor do RE nº 636.331); “Esclareço que o enfoque se dá apenas quanto aos danos materiais, pois, como ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio, quando do início do julgamento deste feito, na sessão de 08.5.2014, a Convenção de Varsóvia não cuidou dos danos morais, não cabendo, nessa perspectiva, estender a estes a aplicação dos limites indenizatórios estabelecidos no mencionado pacto internacional” (Trecho do inteiro teor do RE nº 636.331).

²⁹⁸ Em recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, posterior à publicação dos acórdãos do STF, aduziu-se que também a limitação da reparação de danos morais estaria abrangida pela decisão. Confira-se: “Por força do deliberado no RE 636331 e no ARE 766.618, em julgados do Eg. STF, sob a sistemática da repercussão geral, de rigor, a aplicação das Convenções de Varsóvia e/ou Montreal, que regulam regras de unificação de transporte aéreo internacional e têm prevalência em relação ao Código de Defesa de Consumidor, em ações objetivando indenização por danos materiais e/ou morais em transporte aéreo internacional, dentre as quais se enquadra a presente ação promovida por passageiros, por transporte aéreo internacional, realizado na vigência DF 5.910/2012, que promulgou a Convenção de Montreal, de 28.05.1999” (SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1000725-55.2017.8.26.0008. 20ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Rebello Pinho. São Paulo: 11 de dezembro de 2017). De outro giro, em decisão também recente, restringiu-se o

Parece que o entendimento consolidado na decisão foi no sentido de fragmentar a incidência das disposições das Convenções de Varsóvia e de Montreal. No transporte aéreo internacional, nos casos de lesão ou morte do passageiro, de atraso de voo, de destruição, perda, avaria ou atraso no transporte de bagagem e de destruição, perda, avaria ou atraso no transporte de carga, prevalecem os limites contemplados nas Convenções para a indenização de danos materiais. Por outro lado, tratando-se da compensação de danos morais, afastam-se os tetos legais. O prazo prescricional de dois anos previsto nas Convenções, por sua vez, incide tanto para a pretensão de reparação de danos patrimoniais quanto para a de danos morais. Segundo *obiter dictum* no voto de vista, ademais, a incidência do CDC seria preservada para a inversão do ônus da prova de dolo ou culpa grave do transportador (art. 6º, VIII, CDC³⁰⁰).³⁰¹ Por outro ângulo, tratando-se de danos que não os decorrentes das hipóteses contempladas em lei, como os ocasionados por cancelamento de voos, *overbooking*, práticas

entendimento à indenização de danos materiais: “V. acórdão desta e. Câmara que negou provimento ao apelo da ré, mantendo a sentença de procedência, que condenou a companhia aérea ao pagamento de indenização por danos materiais, fixada em R\$ 813,07 (oitocentos e treze reais e sete centavos), e por danos morais, fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Aplicação da Convenção de Montreal conforme entendimento do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 636.331 /RJ - Limitação do montante indenizatório prevista no artigo 22.2 da referida Convenção (equivalente a 1.000 Direitos Especiais de saque por passageiro) que se restringe aos danos materiais sofridos pelo passageiro - Reparação fixada que não extrapola o teto previsto na referida Convenção” (SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1013242-78.2015.8.26.0100. 37ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Sergio Gomes. São Paulo: 12 de dezembro de 2017).

²⁹⁹ Ressalve-se que estão pendentes de julgamento embargos de declaração opostos em face das referidas decisões no RE 636.331 e no ARE 766.618. O recurso sugere a adoção do seguinte texto para a tese fixada em repercussão geral: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, *sempre que assegurado no caso concreto o princípio da reciprocidade*, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade por danos materiais das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente a Convenção de Montreal, tem prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor nos temas que regulam (a saber, danos materiais oriundos de morte e lesão de passageiros, danos à bagagem e atrasos) e o Código de Defesa do Consumidor tem prevalência nos temas não regulados pela Convenção de Montreal, como danos morais por ilícito, por práticas abusivas e proibição de cláusulas abusivas, *overbooking* e violações a direitos humanos, sendo a Convenção de Varsóvia e seus valores somente a observar se não viola os valores da Constituição Federal” (grifos no original).

³⁰⁰ Art. 6º, CDC. “São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

³⁰¹ “A propósito, a título de *obiter dictum*, destaco que o tratado em tela não excluiu a aplicação de regras processuais domésticas (art. 28, nº 2, da Convenção de Varsóvia), motivo pelo qual, à míngua de antinomia, entendo cabível, em demandas entre consumidores e fornecedores do serviço de transporte aéreo internacional, a inversão processual do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC. Em outras palavras: a partir da conjugação dos arts. 22 e 25 da Convenção de Varsóvia com o art. 6º, VIII, do CDC, analisada, em cada caso, a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, não visualizo óbice à inversão do ônus da prova quanto à caracterização de dolo ou culpa grave do transportador aéreo internacional ou de seus prepostos” (Trecho do inteiro teor do RE nº 636.331).

abusivas e cláusulas abusivas, a reparação de danos materiais e morais será integral, nos termos do CDC.³⁰²

³⁰² MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso. As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo das fontes com o CDC. *Conjur*, 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/regras-convencao-montreal-dialogo-fontes-cdc>. Acesso em 11.10.2017; BERALDO, Leonardo F. *A responsabilidade civil das companhias aéreas no transporte aéreo internacional*. Disponível em: https://www.academia.edu/35332387/A_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DAS_COMPANHIAS_A%C3%89REAS_NO_TRANSPORTE_A%C3%89REO_INTERNACIONAL. Acesso em 20.12.2017.

3. REQUISITO DE VALIDADE REFERENTE ÀS OBRIGAÇÕES ESSENCIAIS

3.1. Do exame abstrato à investigação da causa concreta: individuação do conceito de obrigação essencial

“A causa consiste na síntese dos efeitos jurídicos, síntese dos efeitos práticos a que tende o sujeito”.³⁰³

SALVATORE PUGLIATTI

De acordo com o segundo requisito exposto pela doutrina brasileira, vedar-se-ia a celebração de cláusulas de não indenizar relativas a obrigações principais do negócio jurídico, admitindo-se a exclusão ou a limitação tão somente para obrigações acessórias. Caso contrário, a convenção se tornaria puramente potestativa, cumprindo o devedor o contrato se quisesse.³⁰⁴

A compreensão do conceito de obrigações principais exige a apreensão concreta do programa contratual, vez que determinada obrigação aparentemente acessória pode assumir, no caso prático, conotação essencial.³⁰⁵ Para tanto, faz-se mister o exame da causa negocial.

O exame do hermenuta sobre determinada figura jurídica pode se desenvolver de duas formas: ou por seu aspecto estrutural (“o que é”) ou por seu aspecto funcional (“para que serve”). Alerta-se, porém, que, como visto (v. item 1.1, *supra*), tais aspectos não se excluem. Na verdade, o exame funcional amplia a tutela conferida pelo estrutural. Enquanto, neste prisma, alcança-se o juízo de licitude ou ilicitude, pelo funcional, investiga-se a abusividade e

³⁰³ Tradução livre. No original: “sintesi degli effetti giuridici, sintesi degli effetti pratici a cui tende il soggetto” (PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. Diritto civile: metodo-teoria-pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 111).

³⁰⁴ WALD, Arnoldo. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. *Revista de direito civil contemporâneo* (Revista dos Tribunais Online), v. 4, 2015, p. 4; 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. *Revista dos Tribunais* (Revista dos Tribunais Online), v. 769, 1999; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 506; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 50; AVELAR, Leticia Marquez de. *A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 214; MACHADO, Diego Carvalho. Notas sobre cláusulas de não indenizar e limitativas do montante reparatório. *Revista de Direito Privado* (Revista dos Tribunais Online), v. 35, 2008, p. 5.

³⁰⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*, a. 2, n. 4, 2013, p. 14.

o merecimento de tutela em sentido estrito do ato. Por tal razão, afirma-se que a função goza de “prioridade valorativa”,³⁰⁶ sendo certo que, embora o intérprete não possa descurar da análise estrutural do objeto, deve privilegiar o perfil funcional, ao objetivo de que estenda o controle repressivo (para além da ilicitude, levada a cabo pelo juízo de abusividade) e lance mão de sanções positivas sobre o ato, em respeito à função promocional do direito (para cuja concretização se volta o juízo de merecimento de tutela em sentido estrito à luz do critério hermenêutico da razoabilidade³⁰⁷).³⁰⁸

Sob a condução deste raciocínio, nota-se que a qualificação realizada pelo hermeneuta consiste no procedimento por intermédio do qual se identifica a função de determinada regulamentação de interesses a fim de que se especifique – tomando como base controle repressivo e positivo – a disciplina jurídica que melhor promova os valores presentes na tábua axiológica constitucional.³⁰⁹ Busca-se construir “a resposta, em termos de disciplina, que o ordenamento globalmente considerado dá à exigência de tutela que o fato manifesta”.³¹⁰ Percebe-se, assim, que, ao se modificar a função do ato, mudam também seus efeitos jurídicos essenciais e, em consequente, a disciplina jurídica incidente.³¹¹

³⁰⁶ KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, 2010, p. 33.

³⁰⁷ A respeito da identidade funcional entre razoabilidade e proporcionalidade, cf. “Quando un po’ frettolosamente si critica la giurisprudenza dei Tribunali Superiori, affermando che quel che è proporzionale non sempre è ragionevole, ovvero si evocano aspetti esclusivamente strutturali, senza porre la dovuta attenzione alla funzione di tali nozioni; o, ancora, si ricorre al senso volgare di entrambe le espressioni (è proporzionale la legge del taglione, sebbene non sia ragionevole), si ignora che ciò che è proporzionale, in termini esclusivamente matematici, appare contrario ai valori dell’ordinamento, ed è pertanto antiggiuridico” (TEPEDINO, Gustavo. *La ragionevolezza nell’esperienza brasiliana. Rassegna di diritto civile*, v. 2, 2017, p. 660). Tradução livre: “Quando um pouco apressadamente se critica a jurisprudência dos Tribunais Superiores, afirmando que aquilo que é proporcional nem sempre é razoável, ou se evocam aspectos exclusivamente estruturais, sem dar a devida atenção às funções de tais noções, ou, ainda, se recorre ao sentido vulgar de ambas as expressões (é proporcional a lei de talião, ainda que não seja razoável), ignora-se que aquilo que é proporcional, em termos exclusivamente matemáticos, se afigura contrário aos valores do ordenamento, e é portanto antijurídico”.

³⁰⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, v. 58, 2014, p. 75.

³⁰⁹ “A qualificação é o procedimento que da identificação da função chega à identificação da disciplina” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 658). Cf. tb. “A operação lógica, através da qual o intérprete – perante um contrato determinado, concreto – individualiza a que tipo ele pertence, designa-se por qualificação” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 133).

³¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 651.

³¹¹ Seja consentido remeter a CASTRO, Diana Paiva de; FREITAS, Rodrigo. A qualificação do contrato de doação com encargo: proposta de delimitação de fronteiras entre modo e contraprestação à luz da metodologia civil-constitucional [no prelo].

No estudo dos negócios jurídicos – e mais especificamente no dos contratos – a individuação da função do ato de autonomia se identifica com a causa. Não se trata das intenções que levaram os agentes a praticar o ato, via de regra, irrelevantes para o direito. Aquela, na verdade, consiste, na lição de Salvatore Pugliatti, na mínima unidade de efeitos essenciais de determinado contrato.³¹² A partir de sua identificação, qualifica-se o contrato, respondendo a que negócio jurídico pertence o efeito que se analisa,³¹³ e identifica-se o valor e o alcance conferido à operação econômica.³¹⁴

Tome-se como exemplo o contrato de compra e venda de bem imóvel. Enquanto a motivação para a aquisição do bem pode variar de sujeito a sujeito: “A” adquire a casa para fins habitacionais, “B” para torná-la sede de sua empresa, “C” com intuito especulativo, “D” para dá-la em locação; em todas as hipóteses, o resultado prático alcançado é idêntico: entrega da coisa vs pagamento do preço. Assim, enquanto o motivo é antecedente ao ato, a causa se volta aos efeitos produzidos, traduzindo-se no escopo prático perseguido pelas partes e reconhecido como merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico.³¹⁵ Será essencial, portanto, a obrigação que integrar a mínima unidade de efeitos do negócio.

³¹² Adota-se, neste trabalho, portanto, a definição de causa de PUGLIATTI, Salvatore. *Istituzioni di diritto civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1933, pp. 443-444. Nesse sentido, v. tb. TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 131: “Embora não prevista pelo Código Civil, não há como se negar a importância da causa nos negócios jurídicos, tomada, na lição de Salvatore Pugliatti, como ‘síntese dos efeitos jurídicos essenciais’, único meio de se estabelecer as distinções entre contratos e a consequente disciplina jurídica a ser aplicada”. O tema relativo ao conceito de causa, todavia, é controvertido na doutrina, fugindo tal debate do escopo deste estudo. Para aprofundamento do tema, remete-se às referências contidas na nota de rodapé nº 12.

³¹³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*, a. 2, n. 4, 2013, p. 4.

³¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 370.

³¹⁵ “Ora, questo risultato pratico, questo evento che si vuol produrre, si può chiamare scopo, fine, intento: in altre parole, causa finale. Il motivo è l'antecedente dell'atto, l'intento ne è la conseguenza; il motivo è variabile, l'intento è tipico; il motivo si concreta in una rappresentazione, l'intento stimola la volontà; il motivo rimane al di qua del processo volitivo, di cui precede la genesi, o al di là di esso, divenendo intento pratico ulteriore, dopo il conseguimento dello scopo dell'atto, l'intento invece costituisce l'impulso iniziale del processo volitivo e il coronamento di esso. In altri termini: il processo volitivo può essere estrinsecamente influenzato dal motivo, ma è determinato, regolato e concluso dell' intento” (PUGLIATTI, Salvatore. *Istituzioni di diritto civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1933, pp. 443-444). Tradução livre: “Ora, este resultado prático, este evento que se quer produzir, se pode chamar escopo, fim, intento: em outras palavras, causa final. O motivo é o antecedente do ato, o intento é sua consequência; o motivo é variável, o intento é típico; o motivo se concretiza em uma representação, o intento estimula a vontade; o motivo permanece deste lado do processo volitivo, cuja gênese precede, ou no outro lado deste, se tornando intento prático posterior, depois de ser atingido o escopo do ato, o intento, ao contrário, constitui o impulso inicial do processo volitivo e seu coroamento. Em outros termos: o processo volitivo pode ser extrinsecamente influenciado pelo motivo, mas é determinado, regulado e concluído pelo intento”.

Se, para parte da doutrina, a referência se dá às obrigações principais, percebidas em abstrato sem maiores digressões sobre sua qualificação, outros, que analisam a relevância da causa para a validade das cláusulas de não indenizar, o fazem ora sob a perspectiva da função social,³¹⁶ ora pelo viés do tipo.³¹⁷ Importante, nessa toada, a delimitação dos conceitos para a compreensão do tema.

Desempenha a função (causa) dos negócios jurídicos dois papéis fundamentais: (i) permitir a individuação da disciplina incidente de acordo com os efeitos concretamente produzidos pelo negócio (qualificação); (ii) propiciar o controle valorativo da autonomia negocial.³¹⁸ Desse modo, enquanto a função social se relaciona ao segundo sentido de causa, o tema das cláusulas de não indenizar referentes às obrigações principais diz mais com o primeiro sentido. Além disso, mesmo quanto ao segundo sentido de causa, diferenciam-se os conceitos de função e função social. Enquanto a função se relaciona à investigação, para além dos elementos constitutivos do instituto (o que é), de sua razão teleologicamente justificadora (para que serve),³¹⁹ a função social se refere a *um dos parâmetros valorativos*, referente aos interesses coletivos. Para além destes, todavia, não se pode descurar do merecimento de tutela dos interesses individuais no bojo da relação contratual complexa.

Exemplificativamente, *outro parâmetro valorativo* de fundamental importância no tema das cláusulas de não indenizar consiste na incidência do princípio da boa-fé objetiva (v. Capítulo IV, *infra*). A distinção entre o potencial aplicativo da boa-fé objetiva e da função social reside, sobretudo, no interesse a ser tutelado. Incide a boa-fé quando há centros de interesses específicos contrapostos, impondo-se regras de conduta entre indivíduos

³¹⁶ “É esse o ponto, então, que esclarece a problemática da cláusula que pretenda afastar ou mitigar o dever de indenizar que se refere a obrigação essencial do contrato: uma cláusula como tal não poderá ser admitida, pois significa, efetivamente, negativa da própria causa final do negócio jurídico, o que a torna abusiva e faz com que o contrato deixe, assim, de cumprir sua função social” (AVELAR, Leticia Marquez de. *A cláusula de não indenizar*: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 2012, p. 214).

³¹⁷ “Porém, a liberdade de conformar o conteúdo obrigacional do contrato não é isenta de limitações. Não podem as partes elidir obrigações que constituam elementos essenciais do negócio jurídico, aqueles que identificam o tipo contratual, isto é, a sua causa” (MACHADO, Diego Carvalho. Notas sobre cláusulas de não indenizar e limitativas do montante reparatório. *Revista de Direito Privado* (Revista dos Tribunais Online), v. 35, 2008, p. 5).

³¹⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado* (Revista dos Tribunais Online), v. 54, 2013, p. 5.

³¹⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 17.

determinados. Na função social, ao revés, a tutela se volta aos interesses da coletividade indeterminada (sociedade), exigindo-se o respeito aos interesses extracontratuais socialmente relevantes.³²⁰ Em outras palavras, integram o conceito de função (causa) não apenas a função social, mas também o merecimento de tutela dos interesses individuais, hipótese em que desponta como protagonista a boa-fé objetiva.³²¹

De outro giro, a causa, tomada como a concreta síntese dos efeitos essenciais do negócio não se confunde com o tipo contratual, que diz com a regra abstrata prevista em lei. Com efeito, a assimilação entre os conceitos de causa e de tipo remonta à adoção de procedimento subsuntivo, mecanismo silogístico de aplicação automática da regra jurídica abstrata (premissa maior; o tipo) ao fato concreto (premissa menor; o contrato). Desta feita, pela subsunção bastaria a identificação do dispositivo legal que contivesse os fatos para a imediata solução do caso, sem o exame dos demais valores, princípios e regras do ordenamento jurídico e tampouco das nuances do caso concreto. Objeto de agudas críticas pela doutrina civilista,³²² o método subsuntivo ignora, a um só tempo, (i) a unidade entre a

³²⁰ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 146.

³²¹ Tal análise deve incidir tanto nas relações obrigacionais quanto nas relações reais. Com relação a estas últimas, v. RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 47: “Enquanto a função social volta-se à promoção de interesses sociais e coletivos, impondo aos titulares de direitos reais que respeitem as situações subjetivas de terceiros, a boa-fé objetiva, a seu turno, incide precipuamente nas relações entre titulares de direitos reais sobre a mesma coisa, exigindo deles que colabore mutuamente para a plena realização de seus interesses comuns. Desse modo, ao contrário da função social, a boa-fé serve a proteger a legítima expectativa desses sujeitos – o proprietário e titulares de direitos reais menores –, podendo ser invocada, inclusive, para a proteção dos interesses patrimoniais e individuais que estão presentes na concreta relação jurídica real”. Cf. tb. SOUZA, Eduardo Nunes de. Autonomia privada e boa-fé objetiva em direitos reais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 4, 2015, p. 71. Seja consentido remeter, ainda, a CASTRO, Diana Paiva de; VIÉGAS, Francisco de Assis. A boa-fé objetiva nas relações reais. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 313-316.

³²² “Não se trata de questão meramente terminológica. A subsunção parte de duas premissas equivocadas: (i) a separação do mundo abstrato das normas e o mundo real dos fatos, no qual aquelas devem incidir; (ii) a separação entre o momento da interpretação da norma abstrata (premissa maior) e o momento da aplicação ao suporte fático concreto (premissa menor). Como consequência, admite-se que, em tese e de antemão (em relação ao momento da incidência da norma), haveria valorações legítimas efetuadas pelo legislador, normas de conduta às quais deve se moldar, em abstrato, a sociedade” (TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 444). V. tb. “O processo de interpretação/qualificação dos contratos, portanto, não pode ser visto de forma linear, seqüenciado em etapas preclusivas, uma vez que tais etapas – *rectius*, aspectos – imiscuem-se uns nos outros. Em oposição à visão clássica do trajeto único, subsuntivo, do fato à norma, a atitude do intérprete constrói-se em um constante ir-e-vir entre a reconstrução da realidade e seu diálogo com os enunciados normativos” (KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*.

interpretação e a aplicação do Direito na relação entre normatividade e praxe;³²³ (ii) a abertura, historicidade e relatividade do sistema³²⁴ e (iii) a textura aberta da linguagem, em pretensão científica de perfeição e definitividade.³²⁵

Em sentido oposto, o procedimento de qualificação impõe que o intérprete considere (não já isoladamente o dispositivo legal que prevê o contrato típico, mas) o conjunto dos efeitos produzidos pelo negócio,³²⁶ de modo a individuar o ordenamento jurídico do caso concreto.³²⁷ Caso contrário, chegar-se-ia à inadequada conclusão de que os negócios atípicos

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p. 123).

³²³ “O que quero dizer é que a interpretação jurídica é mais do que um exercício de simples compreensão ou conhecimento do que está escrito nas leis. Porque a interpretação do direito é sempre voltada à obtenção de uma decisão para problemas práticos. Por isto, interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. (...) O que na verdade existe (...) é uma equação entre interpretação e aplicação. De modo que aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação. Interpretação e aplicação se superpõem” (GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 284).

³²⁴ “Os conceitos jurídicos não pertencem somente à história, mas, com oportunas adaptações, podem ser utilizados para realizar novas funções. Neste processo de adequação se verifica uma mudança substancial da sua natureza” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 142). V. tb. HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13: “(...) o direito existe sempre 'em sociedade' (situado, localizado) e (...) as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais”.

³²⁵ “Essa escola obscura, portanto, da constatação da textura aberta da linguagem. Tal expressão tem origem em autores como Friedrich Waismann e Ludwig Wittgenstein e confronta a ideia do positivismo lógico que identifica o significado de uma afirmação com o seu método de verificação: de um lado, afirma-se que os conceitos 'não estão delimitados, de forma *a priori*, em todas as direções possíveis' e, portanto, não podem ser reduzidos às suas verificações; de outro lado, a miríade de possibilidades em que um termo pode ser empregado não traz em si 'uma única característica comum que percorre e pode ser identificada em todas as suas instâncias', mas apresenta tão somente conexões que podem ser identificadas como 'semelhanças de família'” (KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas na constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 60, 2015, p. 202).

³²⁶ “A qualificação dos negócios jurídicos no direito civil realiza-se, sob o prisma estrutural, por meio da análise de seus elementos essenciais e, sob a inspiração funcional, pela compreensão da síntese de seus efeitos essenciais” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Autonomia contratual em análise: um problema de interpretação e qualificação do negócio em concreto. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos contemporâneos do direito civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 286).

³²⁷ “A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas nas quais incide, sendo extraída do complexo de textos normativos em que se constitui o ordenamento. O objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais integradas visceralmente às normas constitucionais, sendo certo que cada decisão abrange a totalidade do ordenamento, complexo e unitário. Cada decisão judicial, nessa perspectiva, é um ordenamento singular extraído da mesma tábua axiológica” (TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista Forense*, v. 419, 2014, p. 29).

não seriam dotados de função. Todavia, também quanto a estes é possível a identificação da mínima unidade de efeitos essenciais.³²⁸

Afasta-se, dessa forma, o método desenvolvido pela doutrina dos *essentialia*.³²⁹ Em que pese ter tido papel fundamental para a sistematização e o desenvolvimento do procedimento de qualificação, tal posicionamento se limita a analisar a estrutura do negócio, não já os seus efeitos concretamente produzidos.³³⁰ Mais especificamente, opera-se rígida distinção entre os elementos reputados essenciais a determinado tipo e os seus elementos naturais e acidentais,³³¹ pelo que bastaria a recondução dos primeiros ao tipo previsto em lei para se aferir a disciplina jurídica do caso prático. Com efeito, trata-se de operação essencialmente mecânica, que descarta dos demais valores, princípios e regras sobre os quais a ordem jurídica se funda e das particularidades da situação concreta analisada.³³²

A recondução do regulamento contratual ao tipo revelaria uma inadequação. Isso porque os efeitos correspondentes ao contrato celebrado podem não coincidir (como comumente se observa) com os modelos rígidos delimitados pela disciplina abstrata. Dentre tantas hipóteses, a concreta regulamentação de interesses pode (i) considerar essenciais elementos valorados pelo legislador como naturais ou acidentais; (ii) congrega elementos de diversos tipos ou, até mesmo, (iii) não corresponder a tipo algum.³³³ Assim, como aludido, o procedimento de qualificação (isto é, a análise da função do ato) deverá se desenvolver com

³²⁸ “Il contenuto del contratto concorre invece all’individuazione degli effetti della fattispecie, e quindi alla sua interpretazione e alla sua qualificazione. Quello che interessa è individuare l’insieme delle clausole contrattuali e degli effetti legali quale contenuto di quel particolare concreto contratto, a prescindere dalla tipicità o dalla atipicità. L’interesse perseguito in concreto configura la funzione negoziale” (PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003, p. 404). Tradução livre: “O conteúdo do contrato concorre, por outro lado, à individuação dos efeitos da hipótese fática, e então à sua interpretação e à sua qualificação. O que interessa é individuar o conjunto das cláusulas contratuais e dos efeitos legais contidos naquele contrato particular e concreto, a prescindir da tipicidade ou da atipicidade. O interesse perseguido em concreto configura a função negocial”.

³²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 40;150.

³³⁰ KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito Civil. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p. 174.

³³¹ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2002, p. 33.

³³² BODIN DE MORAES, Maria Celina. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, v. 309, 1990, p. 39.

³³³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*, a. 2, n. 4, 2013, p. 14.

base nos efeitos produzidos pela efetiva dinâmica da regulamentação de interesses, não já no plano abstrato por meio do tipo delineado pelo legislador.³³⁴

A partir deste último conceito de causa (que não se confunde, como visto, com função social, tipo ou motivo), nota-se que qualquer cláusula contratual, em contratos típicos ou atípicos, inserida como expressão da autonomia negocial, não poderá representar a frustração da função negocial. O requisito deixa, portanto, de se referir à análise abstrata de ser a obrigação principal ou acessória para o exame concreto (a) da relevância daquela obrigação para a mínima unidade de efeitos essenciais do contrato e (b) da (in)ocorrência de privação de efeitos do negócio por meio da exclusão da própria obrigação.

De mais a mais, a apreciação crítica do requisito das obrigações principais não pode ser desenvolvida sem adequada investigação acerca de suas origens, sob pena de se incorrer em incoerências teóricas. É o que se passa a analisar.

3.2. Origens do requisito: teoria do *fundamental breach* do direito inglês e *notion d'obligation fondamentale* do direito francês

*“No momento em que o direito inglês limitou o uso da obrigação fundamental, a doutrina e a jurisprudência francesas começaram a se interessar”.*³³⁵

RUTH SEFTON-GREEN

O requisito da obrigação principal encontra sua origem na teoria do *fundamental breach*, desenvolvida pela jurisprudência inglesa nos anos de 1950.³³⁶ Trata-se da construção

³³⁴ NUNES DE SOUZA, Eduardo. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v. 54, 2013, p. 95.

³³⁵ Tradução livre. No original: “Au moment où le droit anglais a limité l’utilisation de l’obligation fondamentale, la doctrine et la jurisprudence françaises commencent à s’y intéresser” (SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d’obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: L.G.D.J, 1999, p. 146).

³³⁶ “The doctrine of fundamental breach was largely the creation of Lord Denning in the 1950s. According to that doctrine, an innocent party could cease performing its obligations under a contract if the other party had committed a breach that was so “fundamental” that it denied the innocent party of “substantially the whole” of the contract’s benefit. Even if the contract contained a clear and express “exclusion clause” limiting liability, a fundamental breach allowed a court to refuse to enforce this clause, thereby enabling the innocent party to sue for damages that would have otherwise been excluded” (GELOWITZ, Mark A.; MATTHEWS, Ian C. Supreme court sounds the death knell for fundamental breach: *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia*

da noção de violação fundamental, com duas finalidades principais: (i) como critério de validade das cláusulas de não indenizar e (ii) como parâmetro autorizador da resolução contratual. De acordo com o primeiro critério, as convenções limitativas e excludentes seriam inválidas quando o descumprimento do devedor se revelasse essencial, eis que gerariam a privação de efeitos do negócio. Em outras palavras, a teoria sustenta a inadmissibilidade de frustração do programa negocial por meio da pactuação de cláusula de não indenizar. Tratar-se-ia de verdadeira contradição interna do contrato, que o inutiliza, na medida em que o contratante estipula, ilustrativamente, “eu me obrigo a entregar a coisa”, e, em seguida, no mesmo negócio, “eu não me obrigo”, ao limitar ou excluir o dever de reparar por perdas e danos com relação ao descumprimento daquela mesma prestação.³³⁷

Já para o segundo pressuposto, poderia o credor se valer da resolução contratual quando configurado o inadimplemento substancial, isto é, a privação do resultado esperado com o negócio. Os dois critérios se viam interligados, uma vez que se considerava que, uma vez configurado o *fundamental breach* e a opção do credor pela resolução, o devedor não mais estaria protegido pelo ajuste limitativo ou excludente, em virtude da frustração do programa negocial. A resolução gerava como efeito necessário, assim, a extirpação do ajuste de não indenizar do contrato. Desse modo, se o *accipiens*, diante do descumprimento, optasse por continuar executando o negócio, a convenção excludente ou limitativa se manteria hígida. Por outro lado, no caso de o credor exercer o direito de resolução, o pacto seria eliminado do contrato.³³⁸

(Transportation and Highways). *Banking & Finance Law Review*, v. 26, 2011, pp. 339-340). Tradução livre: “A doutrina do *fundamental breach* foi largamente criação de Lord Denning da década de 1950. De acordo com essa doutrina, uma parte inocente poderia cessar o cumprimento de sua obrigação em um contrato se a outra parte tivesse cometido uma violação que era tão ‘fundamental’ que negou à parte inocente ‘substancialmente o todo’ do benefício do contrato. Mesmo se o contrato contivesse uma clara e expressa ‘cláusula de exclusão’ limitando a responsabilidade, uma violação fundamental permitiria à corte se recusar a implementar essa cláusula, permitindo, por meio disso, que a parte inocente processasse por danos que teriam de outra forma sido excluídos”.

³³⁷ SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: L.G.D.J., 1999, pp. 112-113; WEDDERBURN, K.W. Contract. Exceptions clause. Fundamental breach. Agents. *The Cambridge Law Journal*, v. 18, n. 1, 1960, p. 11.

³³⁸ “Le façon de considérer les clauses seulement comme des mécanismes de défense auxquels on ne peut pas toujours se fier a pris une nouvelle tournure dans une série de décisions dans les années 50 et 60. A plusieurs reprises les tribunaux ont décidé qu’un intéressé qui avait commis une ‘fundamental breach’ du contrat ne pouvait compter sur aucune clause qui autrement le protégerait” (BEALE, Hugh. Droit anglais. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 160). Tradução livre: “A maneira de considerar as cláusulas somente como mecanismos de defesa aos quais não se pode sempre confiar tomou um novo aspecto em uma

Registre-se que a teoria do *fundamental breach* traduz aprofundamento da noção de *breach of fundamental term*. Esta consiste em parâmetro que busca identificar a importância da obrigação violada. Trata-se de técnica jurisprudencial corretiva, que detecta na obrigação fundamental critério para a ineficácia de cláusulas abusivas. O *fundamental breach*, a seu turno, consiste em evolução da *fundamental term*, que põe em questão não apenas a importância da obrigação infringida, mas também a relevância da inexecução em si e o efeito desta violação sobre todo o contrato, ao afetar a razão de sua existência. Assim, o desrespeito à obrigação fundamental (*breach of a fundamental term*), embora importante, não constituiria pressuposto necessário para a violação fundamental (*fundamental breach*), visto que esta poderia decorrer de uma série de infringências menores que, em seu conjunto, impactam o núcleo do contrato.³³⁹

A teoria do *fundamental breach*, contudo, sofreu severas críticas doutrinárias, com base em dois principais pontos. O primeiro se referia à sujeição da obrigação de indenizar ao exclusivo arbítrio do credor. Isso porque, considerando-se que, como visto, a eliminação das cláusulas limitativas e excludentes se dava como efeito da opção do credor pela resolução contratual, este passava a deter o poder de decidir o destino do contrato. Se elesse prosseguir na execução contratual, a convenção seria válida; se preferisse resolver o contrato, a solução seria de invalidade. Registre-se que havia, ainda, incoerência sistemática no bojo do ordenamento inglês, eis que, nessa experiência, a resolução não teria, em regra, caráter retroativo, ao contrário do que a teoria da violação fundamental parecia pressupor, a gerar verdadeira confusão conceitual denunciada doutrinariamente.³⁴⁰

série de decisões nos anos 50 e 60. Várias vezes os tribunais decidiram que um interessado que havia cometido uma violação fundamental do contrato não poderia contar com nenhuma cláusula que de outro modo o protegeria". V. tb. BRIDGE, Michael. Avoidance for fundamental breach of contract under the UN convention of the international sale of goods. Disponível em www.cambridge.org/core. Acesso em 26.6.2017; TREITEL, G. H. Fundamental Breach. *The Modern Law Review*, v. 29, n. 5, 1996, pp. 546-556; LUBBE, Gerhard. Fundamental breach under the CISG: source of fundamentally divergent results. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Bd. 68, H. 3, 2004, pp. 444-472; BASEDOW, Jürgen. Towards a universal doctrine of a breach of contract: the impact of the CISG. *International review of law and economics*, v. 25, 2005, pp. 487-500.

³³⁹ SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: L.G.D.J., 1999, p. 110, 177 e 215.

³⁴⁰ SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: L.G.D.J., 1999, pp. 182-191, 277; HANDFORD, P. R. Another case on fundamental breach. *The Modern Law Review*, v. 38, n. 5, 1975, p. 577; NICOL, Andrew; RAWLINGS, Rick. Fundamental breach burnt out: Photo Production v. Securicor. *The Modern Law Review*, v. 43, n. 5, 1980, p. 546.

O segundo ponto, por sua vez, se voltava ao excesso de intervencionismo judicial nas relações paritárias, porquanto o magistrado reputaria não escrita cláusula livremente pactuada pelas partes. A fluidez da noção de violação fundamental favoreceria o arbítrio judicial, a gerar quadro de insegurança jurídica. O perigo, assim, seria o de atribuir ao magistrado a possibilidade de reconstruir o negócio, em substituição à vontade das partes que pactuaram livremente a gestão de riscos nos termos do ajuste de não indenizar.³⁴¹

Tais críticas foram recepcionadas pela jurisprudência inglesa, que reagiu à incidência da teoria do *fundamental breach*, mudando sua orientação.³⁴² O legislador, por sua vez, por meio do *Unfair Contract Terms Act 1977*, acabou por fulminar a tese. A criação legislativa veio a preencher lacuna do direito inglês referente à vedação de cláusulas abusivas, substituindo, em seus artigos 2º e 3º, a noção de violação fundamental pelo critério da razoabilidade. Assim, se uma cláusula fosse considerada razoável, seria reputada válida. A lei deixa a cargo dos magistrados a interpretação da hipótese fática, conservando a casuística do direito inglês.³⁴³

Vale notar que as duas principais ramificações da teoria do *fundamental breach* foram eliminadas em razão da disciplina do *Unfair Contract Terms Act 1977*. Nessa toada, os artigos 2º e 3º estabelecem como critério de apreciação da regularidade contratual a razoabilidade, abandonando a noção de violação fundamental. O artigo 9º, a seu turno, instituiu a autonomia das cláusulas de não indenizar, cuja validade persiste ainda que resolvido o contrato por inexecução, aniquilando a referida dependência entre resolução e responsabilidade instituída pela *fundamental breach*. Em outras palavras, de acordo com a

³⁴¹ “(...) metodi e tecniche utilizzate per intervenire sul regolamento negoziale allo scopo di riequilibrare la posizione delle parti, in assenza di una organica teoria, risultano confusi e contraddittori nonché difficilmente prevedibili per l’osservatore” (SMORTO, Guido. *Clausole abusive e diritti dei consumatori: raffronti comparatistici*. Padova: CEDAM, 2001, p. 171). Tradução livre: “métodos e técnicas utilizadas para intervir no regulamento negocial com escopo de reequilibrar a posição das partes, na falta de uma teoria orgânica, resultam confusas e contraditórias além de dificilmente previsíveis pelo observador”.

³⁴² “La House of Lords a désapprouvé la doctrine de ‘fundamental breach’ *obter* en 1967 et l’a enfin annulée en 1980” (BEALE, Hugh. Droit anglais. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*. Paris: L.G.D.J, 1998, p. 160). Tradução livre: “A Câmara dos Lordes desaprovou a doutrina da *fundamental breach* em 1967 e a anulou, enfim, em 1980”.

³⁴³ HASSON, R. A. The nine lives of fundamental breach. *Canadian Business Law Journal*, v. 10, 1985, p. 80.

previsão, o exercício do direito de resolução não mais implicaria a ineficácia dos ajustes de não indenizar, como se dava anteriormente.³⁴⁴

³⁴⁴ Art. 2º. “Negligence liability. (1) A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence. (2) In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness. (3) Where a contract term or notice purports to exclude or restrict liability for negligence a person’s agreement to or awareness of it is not of itself to be taken as indicating his voluntary acceptance of any risk. (4) This section does not apply to (a) a term in a consumer contract, or (b) a notice to the extent that it is a consumer notice”. Art. 3º. “Liability arising in contract. (1) This section applies as between contracting parties where one of them deals as consumer or on the other’s written standard terms of business. (2) As against that party, the other cannot by reference to any contract term: (a) when himself in breach of contract, exclude or restrict any liability of his in respect of the breach ; or (b) claim to be entitled. (i) to render a contractual performance substantially different from that which was reasonably expected of him, or (ii) in respect of the whole or any part of his contractual obligation, to render no performance at all, except in so far as (in any of the cases mentioned above in this subsection) the contract term satisfies the requirement of reasonableness”; Art. 9º. “Effect of breach. (1) Where for reliance upon it a contract term has to satisfy the requirement of reasonableness, it may be found to do so and be given effect accordingly notwithstanding that the contract has been terminated either by breach or by a party electing to treat it as repudiated. (2) Where on a breach the contract is nevertheless affirmed by a party entitled to treat it as repudiated, this does not of itself exclude the requirement of reasonableness in relation to any contract term”. Tradução livre: Art. 2º. “Responsabilidade por negligência. (1) Uma pessoa não pode, em referência a nenhum termo de contrato ou em um aviso dado às pessoas em geral ou em particular, excluir ou restringir sua responsabilidade por morte ou por dano pessoal resultante de negligência. (2) Em caso de outra perda ou dano, uma pessoa não pode excluir ou restringir sua responsabilidade por negligência, exceto na medida em que o termo ou o aviso satisfaz as exigências de razoabilidade. (3) Quando um termo contratual ou aviso visa a excluir ou restringir a responsabilidade por negligência, a concordância da pessoa ou a consciência disso, não é por si mesmo a ser tomada como indicativo de sua aceitação voluntária de qualquer risco. (4) Essa seção não se aplica a (a) um termo no contrato de consumo, ou (b) um aviso no contrato de consumo”. Art. 3º. “Responsabilidades surgidas em contrato. (1) Essa seção se aplica entre partes contratantes em que uma delas negocia como consumidor ou em contratos de adesão. (2) Como contra essa parte, a outra não pode com referência a nenhum termo do contrato: (a) quando ele mesmo em violação do contrato, excluir ou restringir nenhuma responsabilidade sua com respeito àquela violação; ou (b) reivindicar ter direitos (i) ter um desempenho contratual substancialmente diferente daquele que era razoavelmente esperado dele, ou (ii) a respeito do todo ou de qualquer parte de suas obrigações contratuais, não cumprir absolutamente nada, à exceção de (quando em qualquer dos casos mencionados acima nessa subseção) o termo do contrato satisfaz a exigência de razoabilidade”; Art. 9º. “Efeito da violação. (1) Quando por confiança nele um termo do contrato tem de satisfazer a exigência de razoabilidade, ele pode ser presumido de fazê-lo ou ter efeito, não obstante o contrato tenha sido terminado seja por violação seja porque uma parte decidiu tratá-lo como repudiado. (2) Quando, em uma violação, o contrato é, contudo, confirmado por uma parte que teria direito a tratá-lo como repudiado, isso não exclui por si mesmo a necessidade de razoabilidade a qualquer termo contratual”. Ressalve-se que os dispositivos sofreram alterações, em 2015, pelo *Consumer Rights Act 2015*. O referido artigo 3º foi alterado para se excluir de sua incidência as relações de consumo, que passaram a ser reguladas pelo *Act* de 2015. O artigo 9º, a seu turno, foi omitido. Tal omissão, contudo, não significou a reintrodução do *fundamental breach* no direito inglês. Ao revés, a justificativa da proposta de omissão, apresentada em relatório pela *Law Commission*, se deu justamente pela desnecessidade da previsão diante do abandono da teoria do *fundamental breach* no sistema inglês. Confira-se: “Section 9 (...) was originally inserted to ensure that the doctrine of fundamental breach, under which a party might escape the effect of an exemption clause by terminating the contract for so-called fundamental breach, would not prevent a valid clause applying. In the Consultation Paper we argued that this section is no longer necessary because the doctrine has been abolished by the House of Lords. Those who responded on our proposal not to replicate section 9 supported it unanimously”. Tradução livre: “Seção 9 (...) foi originariamente inserida para garantir que a doutrina do *fundamental breach*, segundo a qual uma parte pode escapar do efeito de uma cláusula de não indenizar terminando o contrato pela chamada violação fundamental, não evitaria a aplicação de uma cláusula válida. No *Consultation Paper* argumentamos que essa seção não é mais necessária porque a doutrina foi abolida

Desse modo, a teoria perde sua função, visto que o controle judicial passa a se restringir ao juízo de razoabilidade, sem se cogitar de invalidade do ajuste de não indenizar referente à violação fundamental, que, a partir de então, não mais decorria automaticamente da resolução contratual.³⁴⁵ Na síntese de Lord Wilberforce, quando as partes têm igual poder de barganha, não só não há razão para intervenção judicial, como foi a opção do Parlamento deixar os contratantes livres para alocarem os riscos onde bem entenderem.³⁴⁶

Nessa toada, as críticas doutrinárias à tese da violação fundamental foram acolhidas pela jurisprudência e pela legislação inglesas, constatando-se, em seguida, o abandono definitivo da teoria no direito inglês a partir de 1980. Simultaneamente, contudo, em curiosa coincidência temporal, a teoria é incorporada pelo direito francês, por meio de tese de doutorado apresentada em 1981 por Philippe Delebecque, intitulada *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*.³⁴⁷ Passa a ser desenvolvida, assim, a *notion d'obligation fondamentale* do direito francês.³⁴⁸

pela Câmara dos Lordes. Aqueles que responderam à nossa proposta de não replicar a seção 9 apoiaram isso unanimemente” (Disponível em <https://www.lawcom.gov.uk/project/unfair-terms-in-contracts/>. Acesso em 11.1.2018).

³⁴⁵ SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: L.G.D.J., 1999, pp. 143-144 e 192.

³⁴⁶ O entendimento foi exposto no julgamento do caso *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd*, que será analisado mais detalhadamente no item 4.3.1, *infra* (NICOL, Andrew; RAWLINGS, Rick. *Fundamental breach burnt out: Photo Production v. Securicor*. *The Modern Law Review*, v. 43, n. 5, 1980, p. 546).

³⁴⁷ DELEBECQUE, Philippe. *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*. Aix-Marseille Université: Thèse, 1981.

³⁴⁸ “C’est surtout la notion d’*obligation fondamentale* qui a retenu l’attention de la doctrine et de la jurisprudence depuis le début des années 1980. En effet certains ont développé l’idée que tout contrat comporterait un noyau d’obligations qui en constituerait l’essence même et qu’il serait par conséquent impossible d’entamer sans dénaturer l’opération. En conséquence, ils ont proposé de faire du respect de l’obligation essentielle ou fondamentale du contrat l’un des fondements du contrôle par le juge des clauses d’irresponsabilité ou d’allègement des obligations. Ces auteurs ont notamment invoqué, à l’appui de cette idée, la théorie anglaise du *fundamental breach of contract* qui a eu, à une certaine époque, un impact important sur la jurisprudence en Grande-Bretagne. Mais, curieusement, c’est justement au moment où cette théorie était abandonnée par les juges anglais que la doctrine et, à sa suite, la jurisprudence françaises ont commencé à s’y intéresser et à lui faire une certaine place” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les effets de la responsabilité*. Paris: L.G.D.J., 2001, pp. 360-361). Tradução livre: “É sobretudo a noção da obrigação fundamental que reteve a atenção da doutrina e da jurisprudência desde o começo dos anos 80. Com efeito, alguns desenvolveram a ideia de que todo contrato comportaria um núcleo de obrigações que constituíram sua essência mesma e que seria por consequência impossível dar início sem desnaturar a operação. Em consequência, eles propuseram fazer do respeito à obrigação essencial ou fundamental do contrato um dos fundamentos do controle pelo juiz das cláusulas de irresponsabilidade ou de redução das obrigações. Esses autores invocaram notadamente, em apoio a essa ideia, a teoria inglesa do *fundamental breach of contract* que teve um impacto importante na jurisprudência na Grã-Bretanha. Mas, curiosamente, é justamente no momento em que essa teoria estava abandonada pelos

Segundo a teoria, a cláusula de não indenizar, ao se referir à obrigação essencial do negócio, acabaria por esvaziá-la, impedindo o credor de alcançar a finalidade perseguida com o contrato, ao afastar, total ou parcialmente, a reparação pecuniária. Haveria, portanto, verdadeira contradição, uma vez que o devedor, embora aparentemente assumisse a obrigação, não estaria, ao fim e ao cabo, comprometido, na medida em que a satisfação dos interesses do credor estaria embaraçada pela pactuação do ajuste. A impossibilidade de referência do pacto de não indenizar a uma obrigação essencial visava a assegurar que o contrato produzisse efeitos, que o programa negocial fosse preservado, que o resultado útil perseguido não restasse frustrado.³⁴⁹ Em outras palavras, tendo em vista que, tratando-se de cláusula de não indenizar, o devedor assumiu, na fisiologia da relação, a obrigação essencial, este não poderia se exonerar total ou parcialmente dos efeitos do inadimplemento da obrigação assumida no momento patológico, sob pena de privação de efeitos do negócio. Assim, a solução seria a de considerar a convenção de não indenizar ineficaz e imputar a reparação integral do dano ao devedor.

A partir de tal construção, Delebecque propõe a substituição da aferição de culpa grave, realizada pela jurisprudência francesa, pelo exame de esvaziamento de uma obrigação fundamental, de modo a se passar da verificação subjetiva do elemento anímico que orientava o devedor na execução do negócio para uma análise objetiva de referência a uma obrigação essencial do contrato.³⁵⁰ Procede-se, assim, a uma objetivação do juízo de validade, atento ao esvaziamento do programa negocial, independentemente do grau de culpa do devedor.³⁵¹

juízos ingleses que a doutrina e, em seguida, a jurisprudência francesas começaram a se interessar por ela e a lhe dar um certo espaço”.

³⁴⁹ DELEBECQUE, Philippe; PANSIER, Frédéric-Jérôme. *Droit des obligations*. Paris: Lexis Nexis Litec, 1998, p. 214.

³⁵⁰ DELEBECQUE, Philippe; PANSIER, Frédéric-Jérôme. *Droit des obligations*. Paris: Lexis Nexis Litec, 1998, p. 215). Sobre o tema, v. SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: L.G.D.J, 1999, p. 148.

³⁵¹ A respeito da distinção entre tal controle objetivo e a aferição de culpa grave. v. “Aussi bien, allant jusque au bout de cette analyse, la jurisprudence a-t-elle ultérieurement réputé non écrites ces clauses sans même passer par le relais de la faute lourde, soit qu’elle se contente de constater leur contrariété avec une obligation essentielle (...), soit qu’elle fasse appel à la clause. En contredisant à l’obligation essentielle du contrat, la clause relative à la responsabilité ruine la cohérence de celui-ci et prive par là même de cause l’engagement du cocontractant; elle doit donc être réputée non écrite. C’est le fameux arrêt *Chronopost*” (CAPITANT, Henri; TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. t. 2. Paris: Dalloz, 2000, pp. 139-140). Tradução livre: “Do mesmo modo, indo até o fim dessa análise, a jurisprudência ulteriormente reputou não escritas essas cláusulas sem mesmo passar pela sede da culpa grave, seja quando ela se contenta em constatar sua contrariedade com uma obrigação essencial, seja quando ela recorre à cláusula. Contradizendo a

O julgado paradigmático em relação a essa alteração de perspectiva é o chamado *arrêt Chronopost*. Na espécie, a empresa *Banchereau* havia contratado a entidade *Société française de messagerie internationale* (SFMI), especializada em transporte rápido, posteriormente sucedida pela *Chronopost*, para a entrega de dois envelopes para participação em processo licitatório. A transportadora, contudo, não conseguiu honrar com a entrega no dia seguinte de sua recepção antes do meio-dia, como havia se comprometido. A *Banchereau*, então, ajuizou ação em face da *Chronopost*, pleiteando a reparação dos prejuízos sofridos em virtude da impossibilidade de participação na referida licitação. Em sua defesa, a transportadora apontou cláusula contratual que previa que, em caso de atraso, seria devido somente o reembolso do preço do transporte.

Ao julgar a lide, em 30 de junho de 1993, o Tribunal de Apelação de Caen considerou válida a convenção de não indenizar, em virtude da ausência de dolo ou de culpa grave da transportadora. A análise do tribunal se restringiu, portanto, ao exame de conduta do devedor. Posteriormente, a questão chegou, por via de recurso, à Corte de Cassação Francesa, que cassou a decisão do Tribunal de Apelação em 1996. Considerou a Corte que a empresa especializada em transporte rápido havia garantido a confiabilidade e a celeridade do serviço, comprometendo-se a entregar os envelopes em prazo determinado, de modo que o seu inadimplemento recaía sobre obrigação essencial do contrato.³⁵² Diante disso, o pacto de não indenizar, por se referir à obrigação essencial inadimplida, deveria ser afastado, uma vez que inutilizava o programa contratual, privando-o de *causa*. Invocou a Corte, como fundamento legal, o artigo 1.131 do Código Civil Francês, vigente à época, segundo o qual “a obrigação sem causa, ou sobre uma falsa causa, ou sobre uma causa ilícita, não pode ter nenhum

obrigação essencial do contrato, a cláusula relativa à responsabilidade arruína a coerência deste e priva por isso mesmo de causa o compromisso do cocontratante; ela deve então ser reputada não escrita. É a famosa decisão *Chronopost*”.

³⁵² “Mais elle a acquis la notoriété avec l’arrêt *Chronopost* par lequel, considérant que la délivrance des plis dans le délai promis était une obligation essentielle du contrat, la cour annulait la clause limitant l’indemnisation du retard au remboursement des frais d’envoi. Du fait de la suppression de l’obligation essentielle le contrat était ici considéré comme dépourvu de cause” (MALINVAUD, Philippe; FENOUILLET, Dominique; MEKKI, Mustapha. *Droit des obligations*. Paris: LexisNexis, 2014, p. 622). Tradução livre: “Mas ela adquiriu notoriedade com a decisão *Chronopost* pela qual, considerando que a entrega dos envelopes no prazo prometido era uma obrigação essencial do contrato, a Corte anulava a cláusula limitando a indenização do atraso ao reembolso das despesas de envio. A partir da supressão da obrigação essencial o contrato era aqui considerado como desprovido de causa”.

efeito”^{353 354}. O julgado de 1996 deu origem à chamada “saga *Chronopost*”, referente à oscilação jurisprudencial da Corte de Cassação a respeito do tema nos anos seguintes.³⁵⁵

Em virtude de sua relevância para a compreensão da *notion d’obligation fondamentale* no ordenamento francês, mencione-se o também paradigmático caso *Faurecia v. Oracle France*, de número 732, enfrentado pela Corte de Cassação Francesa em dois momentos, o primeiro em 2007 e o segundo em 2010,³⁵⁶ os quais foram denominados doutrinariamente de

³⁵³ No original: “l’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet”.

³⁵⁴ A decisão restou assim ementada: “Transportes terrestres. Mercancías. Responsabilidad. Cláusula de limitación. Exclución. Dolo o falta grave. Especialista del transporte rápido. Incumplimiento del plazo de entrega. Debe considerarse nula la cláusula de limitación de responsabilidad de un contrato de transporte que fije la indemnización en caso de retraso en el importe del precio del transporte, puesto que el transportista, especialista del transporte rápido que garantiza la fiabilidad y celeridad del servicio, que se había comprometido a entregar el correo del remitente en un plazo determinado, al no efectuar la entrega en el mencionado plazo, ha incumplido dicha obligación esencial cuyo alcance contradice la cláusula”. Tradução livre: “Transportes terrestres. Mercadorias. Responsabilidade. Cláusula de limitação. Exclusão. Dolo ou culpa grave. Especialista em transporte rápido. Descumprimento do prazo de entrega. Deve considerar-se nula a cláusula de limitação de responsabilidade de um contrato de transporte que fixe a indenização em caso de atraso no montante do preço de transporte, visto que o transportador, especialista no transporte rápido que garantia a confiabilidade e celeridade do serviço, que havia se comprometido a entregar a encomenda do remetente no prazo determinado, ao não efetuar a entrega no mencionado prazo, descumpriu a dita obrigação essencial cujo alcance contradiz a cláusula”.

³⁵⁵ Com efeito, logo em 9 de julho de 2002, o alcance da decisão *Chronopost* de 1996 é restringido. Segundo a nova sentença, a doutrina *Chronopost* só se aplicaria às hipóteses em que não há limite legal de responsabilidade, enquanto, nos casos em que há fixação de teto por lei, o transportador só responderia pela reparação integral do dano se agisse com dolo ou culpa grave. Passo adiante, em decisão de 22 de abril de 2005, a Corte de Cassação estabelece que a culpa grave da transportadora não pode ser depreendida do simples atraso ou da ausência de justificativa quanto às razões que impossibilitaram a entrega no prazo. Considerou a Corte, na ocasião, que a culpa grave se refere (não à violação de uma obrigação essencial, mas) à uma negligência de extrema gravidade, próxima ao dolo, que denota a inaptidão do devedor de cumprir sua missão contratual e se afigura apta a gerar o fracasso da limitação do dever de indenizar prevista contratualmente. Comentando tal julgado, cf. TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 2009, p. 632: “(...) il est résulté que le manquement à l’obligation essentielle n’était pas de nature à constituer une faute lourde de nature à écarter la clause limitative de réparation du contrat-type”. Tradução livre: “(...) resulta que a falta à obrigação essencial não era de natureza a constituir uma culpa grave de natureza a afastar a cláusula limitativa de reparação do contrato-tipo”. Em seguida, em 5 de junho de 2007, a Corte revive a doutrina *Chronopost*, centrando-se na análise do requisito objetivo referente às obrigações essenciais. Desse modo, afasta o exame exclusivo da conduta da transportadora, impondo novamente o prévio exame de validade da privação de causa do contrato, nos termos do artigo 1.131 do Código Civil Francês. Nesse sentido, cf. “Dans le célèbre arrêt *Chronopost*, les juges du fond avaient relevé que la société de transport ne s’engageait pas seulement à livrer un pli mais devait garantir célérité et fiabilité” (CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l’ordre du code civil*. Paris: Dalloz, 2016, p. 360). Tradução livre: “Na célebre decisão *Chronopost*, os juízes de mérito tinham posto em relevo que a sociedade de transporte não se comprometia apenas a entregar um pacote, mas deveria garantir celeridade e confiabilidade”. Sobre o tema, v. MATAÇÁS, María Rosa Llácer. El asunto *chronopost*: cláusulas limitativas de responsabilidad contractual y servicio de transporte. Análisis comparativo de derecho español y francés. *AFDUDC*, n. 12, 2008, pp. 567-569.

³⁵⁶ *Faurecia v. Oracle France*, Cour de cassation, Chambre commerciale e, financière et économique [Supreme court] 29 June 2010 Case number: 732 (CISG-AC Opinion No. 17, Limitation and Exclusion Clauses in CISG

Faurecia I e *Faurecia II*, respectivamente.³⁵⁷ Na espécie, a empresa *Oracle*, que havia se obrigado a entregar para a sociedade *Faurecia* licença e manutenção de um *software* e prover o treinamento relacionado, não conseguiu honrar com sua obrigação, inadimplindo o negócio. Diante do descumprimento, a *Faurecia* ingressou em juízo pleiteando a reparação por perdas e danos. No contrato, constava cláusula limitativa do dever de indenizar que fixava como teto de reparação o montante de 200 mil euros. O Tribunal de Versalhes, ao julgar a hipótese em 2005, fez incidir a convenção limitativa ajustada. Em 13 de fevereiro de 2007, no entanto, a Corte de Cassação Francesa cassou a decisão com base no entendimento *Chronopost*, afastando a cláusula limitativa em virtude do inadimplemento de obrigação essencial, qual seja a entrega do *software* (*Faurecia I*). O caso, então, foi remetido ao Tribunal de Recurso de Paris. O Tribunal, todavia, rejeitou a decisão da Corte de Cassação e considerou que a convenção limitativa deveria ser aplicada. Em 29 de junho de 2010, a Corte, ao apreciar a hipótese novamente, alterou seu posicionamento original e seguiu a orientação dos Tribunais de Versalhes e Paris, considerando válido o pacto limitativo do dever de indenizar (*Faurecia II*). Como argumentos, valeu-se a Corte da apreciação do equilíbrio da relação jurídica, considerando que a limitação do dever de indenizar correspondeu a uma vantagem no preço para o credor e, ainda, da aferição da natureza paritária da relação em apreço, não havendo vulnerabilidade do credor, mas, ao revés, posição privilegiada da *Faurecia* na negociação.

O requisito das obrigações principais foi consagrado na recente reforma do Código Civil Francês efetuada pela *Ordonnance* nº 2016-131 de 10 de fevereiro de 2016, vinte anos depois da decisão *Chronopost* de 1996.³⁵⁸ Embora a reforma tenha retirado do *Code* a referência expressa à causa lícita como requisito de validade dos negócios jurídicos³⁵⁹

Contracts, Rapporteur: Prof. Lauro Gama Jr., Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, Brazil. Adopted by the CISG-AC following its 21st meeting in Bogotá, Colombia, on 16 October 2015).

³⁵⁷ “Cette solution a été récemment confirmée par l’arrêt *Faurécia 2*: seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l’obligation essentielle souscrite par le débiteur” (MALINVAUD, Philippe; FENOUILLET, Dominique; MEKKI, Mustapha. *Droit des obligations*. Paris: LexisNexis, 2014, p. 622). Tradução livre: “Essa solução foi recentemente confirmada pela decisão *Faurécia 2*: só é reputada não escrita a cláusula limitativa de reparação que contradiz o alcance da obrigação essencial subscrita pelo devedor”.

³⁵⁸ A respeito do artigo 1.170, v. “Il s’agit là d’un autre avatar de la cause objective, qui évoque la jurisprudence *Chronopost*, dont le bien-fondé se trouve ainsi confirmé” (SIMLER, Philippe. *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*. Paris: LexisNexis, 2016, p. 27). Tradução livre: “Trata-se aí de outro avatar da causa objetiva, que evoca a jurisprudência *Chronopost*, cujo mérito se acha assim confirmado”.

³⁵⁹ No direito brasileiro, em que o artigo 104 do Código Civil não contempla a causa dentre os requisitos de validade do negócio jurídico, posiciona-se a doutrina no sentido da adequação da opção legislativa. Isso porque a

(alteração dada pelo art. 1.128³⁶⁰ ao anterior art. 1.108³⁶¹), inovou ao consagrar, no artigo 1.170, que “toda cláusula que priva de sua substância a obrigação essencial do devedor é reputada não escrita”.³⁶² A respeito do artigo 1.170 do Código Civil Francês, o Relatório ao Presidente da República relativo à *Ordonnance* nº 2016-131 esclareceu que “a cláusula limitativa de responsabilidade relativa a uma obrigação essencial do devedor não será necessariamente reputada não-escrita: ela é proibida apenas se contradiz o alcance do compromisso subscrito, ao esvaziar de sua substância essa obrigação essencial”.³⁶³

causa não consiste em elemento essencial do negócio jurídico, em perspectiva estrutural, mas sim em instrumento de análise funcional do ajuste. Nesta esteira, cf. RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 300-301: “Além do mais, talvez não tenha andado mal o Código ao não incluir a causa no elenco de requisitos de validade do negócio jurídico (art. 104). Afinal, a causa não é um elemento essencial do negócio como o são os demais requisitos. A causa é um requisito de outra ordem, é um *quid* que ilumina o contrato na sua dimensão de valor e de regulamento de interesses. Daí que melhor seja prevê-la isoladamente tal como uma cláusula geral, o que evitaria, de passagem, as confusões suscitadas naqueles ordenamentos em que a causa aparece junto com os demais requisitos”. V. tb. SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado* (Revista dos Tribunais Online), v. 54, 2013, pp. 5-6: “Em um aparente paradoxo, porém, é exatamente porque a causa permite um controle valorativo (funcional) sobre os contratos que ela não deveria ser considerada um elemento (estrutural) deles. O estudo da causa deve corresponder, antes de tudo, a uma postura metodológica do intérprete, no sentido de analisar, por uma perspectiva funcional, a estrutura negocial (composta de elementos essenciais, naturais e acidentais). Todas as figuras relacionadas a essa postura funcional, dinâmica e atenta ao controle valorativo do direito se encaixam mal nas classificações criadas sob a ótica estrutural. Assim, por exemplo, os atos abusivos não se enquadram perfeitamente na classificação que divide os atos jurídicos entre lícitos e ilícitos, justamente porque esta classificação parte de uma perspectiva estrutural, ao passo que a abusividade só pode ser detectada pelo prisma funcional. Analogamente, a causa, por sua própria natureza funcional, é incompatível com a classificação dos elementos (estruturais) do negócio”.

³⁶⁰ Art. 1.128. “Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1° Le consentement des parties; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain”. Tradução livre: “São necessários à validade do contrato: 1° O consentimento das partes; 2° Sua capacidade de contratar; 3° Um conteúdo lícito e certo”.

³⁶¹ Art. 1.108. “Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation”. Tradução livre: “Quatro condições são essenciais para a validade de uma convenção: O consentimento da parte que se obriga; Sua capacidade de contratar; Um objeto certo que forme a matéria do compromisso; Uma causa lícita na obrigação”.

³⁶² Art. 1.170. “Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite”. Registre-se que, antes da reforma, o Código Civil Francês não contava com normativa específica para as cláusulas de não indenizar, apresentando apenas proibições esparsas na legislação, tal qual ocorre com o direito brasileiro. Nesse sentido, v. STARCK, Boris. *Droit civil: obligations*. Paris: Librairies Techniques, 1972, p. 635.

³⁶³ “L'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite Chronopost de 1996 (Com. 22 oct. 1996, n° 93-18632) relative aux clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur: le texte prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur, et trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité. La codification de cette dernière solution, sur une question qui a donné lieu à de nombreux arrêts parfois inconciliables, permet de fixer clairement le droit positif sur le sort de ces clauses. Contrairement à ce qu'avaient pu retenir certaines décisions de la Cour de cassation, une clause limitative de responsabilité portant sur une obligation essentielle du débiteur ne sera pas nécessairement réputée non écrite: elle n'est prohibée que si elle contredit la portée de l'engagement souscrit, en vidant de sa substance

Nesse sentido, a doutrina francesa, ao comentar o artigo 1.170 do Código Civil, sustenta que o dispositivo incorpora o entendimento exposto no referido julgado *Faurecia II*. Por meio da interpretação de seu processo legislativo, tendo a redação destacada prevalecido em face do projeto Catala, que sugeria o teor “reputada não escrita toda cláusula inconciliável com a realidade da causa” e do projeto Terré, que propunha o texto “toda cláusula inconciliável com a obrigação essencial do contrato é reputada não escrita”, aduz-se que a fórmula aprovada se afigura mais coerente e precisa, dispensando a referência à causa e à noção de inconciliabilidade, e preferindo destacar que apenas serão invalidadas as convenções que privarem de substância a obrigação essencial – e não todo ajuste de não indenizar referente a um dever principal –, de modo a se considerar válida cláusula como a analisada na decisão *Faurecia II*.³⁶⁴ Afirma-se, ademais, que o julgado *Faurecia II* ilustra o controle de desequilíbrio significativo instaurado pela Corte de Cassação Francesa, em um passo atrás em relação à decisão *Chronopost*, que havia dado margem a um excesso jurisprudencial, estigmatizando todas as cláusulas de não indenizar referentes a uma obrigação essencial (*Faurecia I*), o que colocava em xeque o princípio de validade de tais ajustes.³⁶⁵ Evidencia-se,

cette obligation essentielle” (Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em 23.7.2017). Tradução livre: “O artigo 1.170 consagra a célebre jurisprudência dita *Chronopost* de 1996 (Com. 22 oct. 1996, n° 93-18632), relativa às cláusulas que contradizem a obrigação essencial do devedor: o texto proíbe toda cláusula que tenha por efeito privar de sua substância uma obrigação essencial do devedor, e se aplicará notadamente às cláusulas limitativas de responsabilidade. A codificação desta última solução sobre uma questão que deu lugar a numerosas decisões, por vezes inconciliáveis, permite fixar claramente o direito positivo sobre a sorte dessas cláusulas. Contrariamente àquilo que tinham podido salientar certas decisões da Corte de Cassação, a cláusula limitativa de responsabilidade relativa a uma obrigação essencial do devedor não será necessariamente reputada não-escrita: ela é proibida apenas se contradiz o alcance do compromisso subscrito, ao esvaziar de sua substância essa obrigação essencial”. Sobre o tema, v. TERRÉ, François. *La réforme du droit des obligations*. Paris: Dalloz, 2016, p. 32.

³⁶⁴ CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l’ordre du code civil*. Paris: Dalloz, 2016, pp. 360-361.

³⁶⁵ “C’est le fameux arrêt *Chronopost*, dans lequel la chambre commerciale a jugé, au visa de l’article 1131, que la clause limitative de responsabilité qui contredit l’obligation essentielle devait être réputée non écrite. Emportée par son élan, elle avait par la suite étendu à l’excès sa jurisprudence, en stigmatisant toutes les clauses limitatives qui visaient une obligation essentielle. C’était l’arrêt *Faurecia I* et la remise en cause du principe de validité des clauses limitatives de responsabilité. Fort heureusement, la chambre commerciale a fait marche arrière, en rappelant que la clause ne doit être écartée que lorsqu’elle ‘vide de toute substance’ l’obligation essentielle ou, autre formule jugée équivalente, lorsqu’elle ‘contredit la portée’ de cette obligation. C’est l’arrêt *Faurecia II* et l’application en droit commun, parfaitement illustrée par l’espèce, du contrôle du ‘déséquilibre significatif’ (...)” (CHÉNEDÉ, François. *Le nouveau droit des obligations et des contrats: consolidations, innovations, perspectives*. Paris: Dalloz, 2016, p. 98). Tradução livre: “É a famosa decisão *Chronopost*, na qual a câmara comercial julgou, de acordo com o artigo 1.131, que a cláusula limitativa de responsabilidade que contradiz a obrigação essencial devia ser reputada não escrita. Levada por seu ímpeto, ela tinha em seguida excedido sua jurisprudência, estigmatizando todas as cláusulas limitativas que diziam respeito a uma obrigação essencial. Era a decisão *Faurecia I*, em que o princípio de validade das cláusulas limitativas de responsabilidade

assim, que a inovação legislativa francesa não significou a consagração pura da teoria do *fundamental breach*, em automática e apriorística exclusão de todo e qualquer ajuste de não indenizar relativo à obrigação essencial. Inaugurou-se, na verdade, comando de controle funcional de tais cláusulas restrito aos casos de privação de substância de uma obrigação essencial, a abrir margem para a apreciação concreta da licitude de cada pacto.

Registre-se, ainda, que a previsão do artigo 1.170 tem sido objeto de agudas críticas doutrinárias, chegando-se a sustentar sua revogação,³⁶⁶ uma vez que o controle inaugurado só faria sentido em relações desequilibradas, para as quais a legislação francesa já havia dado solução em seu artigo 1.171, também introduzido pela reforma de 2016, que dispõe: “em um contrato de adesão, toda cláusula que cria um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes é reputada não escrita”.³⁶⁷ Em síntese, o artigo 1.171 tornaria inútil a previsão do artigo 1.170, e seria mais preciso ao retirar do controle judicial as relações paritárias e ao focalizá-lo na apreciação do equilíbrio da relação jurídica, não já na análise de essencialidade da obrigação.³⁶⁸

Uma vez analisados a origem, o desenvolvimento e a fundamentação do requisito das obrigações essenciais, passa-se a examinar sua procedência no direito brasileiro.

foi posto em xeque. Muito felizmente, a câmara comercial deu ré, lembrando que a cláusula apenas deve ser afastada quando ela ‘esvazia de toda substância’ a obrigação essencial ou, outra fórmula julgada equivalente, quando ela ‘contradiz o alcance’ dessa obrigação. É a decisão *Faurecia II* e a aplicação em direito comum, perfeitamente ilustrada pela espécie, do controle do ‘desequilíbrio significativo’ (...)”.

³⁶⁶ LEVENEUR-AZÉMAR, Marie. *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*. Paris: L.G.D.J, 2017, p. 401.

³⁶⁷ No original: Article 1171. “Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite”.

³⁶⁸ “(...) il est en effet permis de s’interroger sur l’utilité de cette consécration. N’intervient-elle pas à contretemps? Souvenons-nous que cette jurisprudence avait été initiée pour assurer la protection des professionnels, qui étaient alors privés du bénéfice de la protection consommériste contre les clauses abusives. L’extension de la protection à tous les adhérents, consommateurs ou professionnels, n’aurait-elle pas dû conduire, non pas à la consécration, mais à l’abandon de ce pis-aller?” (CHÉNEDÉ, François. *Le nouveau droit des obligations et des contrats: consolidations, innovations, perspectives*. Paris: Dalloz, 2016, p. 99). Tradução livre: “(...) é permitido, com efeito, interrogar-se sobre a utilidade dessa consagração. Não interviria ela fora de hora? Lembremo-nos de que essa jurisprudência tinha sido iniciada para assegurar a proteção dos profissionais, que estavam então privados do benefício da proteção consumerista contra as cláusulas abusivas. A extensão da proteção a todos os aderentes, consumidores ou profissionais, não deveria ela conduzir, não à consagração, mas ao abandono desse mal menor?”. V. tb. LEVENEUR-AZÉMAR, Marie. *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*. Paris: L.G.D.J, 2017, pp. 168-172.

3.3. Análise crítica: distinção da disciplina incidente

“Tudo isso é bem contestável! A decisão procede de uma confusão entre obrigação e reparação, entre cláusula limitativa do objeto contratual e cláusula de não indenizar”.³⁶⁹

HENRI E LEÓN MAZEAUD, JEAN MAZEAUD E FRANÇOIS CHABAS

Diversamente da experiência estrangeira, no ordenamento jurídico pátrio, o requisito das obrigações principais encontra muito menor desenvolvimento doutrinário, formando-se dois principais entendimentos a respeito do tema. O primeiro, amplamente majoritário, diz com a restrição de incidência dos ajustes às obrigações acessórias, tal qual se sustenta na teoria do *fundamental breach* do direito inglês e na *notion d’obligation fondamentale* do direito francês.³⁷⁰

Já para uma segunda posição, o pressuposto deveria ser interpretado de acordo com a aferição do cabimento das demais medidas à disposição do credor, quais sejam, execução específica, direito de retenção, exceção de contrato não cumprido e cláusula resolutiva tácita ou expressa. Desse modo, o requisito de validade seria correto e deveria ser colocado tanto para os ajustes excludentes do dever de indenizar quanto para os pactos limitativos da reparação por perdas e danos nas hipóteses em que os demais remédios contratuais restassem insuficientes a tutelar a efetividade do contrato. De outro giro, no caso das convenções limitativas do objeto contratual, o requisito deveria ser, como regra geral, afastado, havendo ampla liberdade das partes na delimitação do conteúdo negocial. Os ajustes de não indenizar deveriam ser apreciados com maior rigor.³⁷¹

³⁶⁹ Tradução livre. No original: “Tout cela est bien contestable! (...) l’arrêt procède d’une confusion entre obligation et réparation, entre clause supprimant une obligation et convention de responsabilité” (MAZEAUD, Henri et León; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. t. II. v. I. Paris: Montchrestien, 1976, p. 764; grifos no original).

³⁷⁰ V., nesse sentido, a nota de rodapé nº 304 deste trabalho.

³⁷¹ Não obstante concordarmos quase que integralmente com as considerações gerais da doutrina e da jurisprudência acima apresentadas acerca da invalidade das cláusulas contratuais limitativas e excludentes do dever de reparar quando tangenciam obrigações principais dos contratos, cumpre mencionar que, no nosso entendimento, tal posição merece um pequeno refinamento. (...) consideramos que não necessariamente serão nulas as cláusulas de não-indenizar que se refiram a obrigações principais de determinado contrato, mas apenas

Parece, todavia, que o tema merece aprofundamento à luz das premissas fixadas de conceito de causa concreta e de contornos da teoria do *fundamental breach* e da *notion d'obligation fondamentale*. Isso porque, se a importação acrítica de teses estrangeiras sem a devida adaptação para as peculiaridades de cada ordenamento jurídico já é objeto de objeções doutrinárias,³⁷² com maior razão isso ocorre quando, até mesmo nos sistemas em que se originaram, tais entendimentos sofreram contundente flexibilização ao longo das décadas. Como demonstrado no item 3.2, *supra*, no direito inglês, a teoria do *fundamental breach* foi abandonada a partir da década de 1980, em razão de abrir margem para o excesso de intervencionismo judicial e por ampliar demasiadamente o poder do credor de decidir o futuro do contrato. No direito francês, conforme se analisou, embora o exame superficial da lei seca pareça demonstrar a consagração da tese do *fundamental breach* com a introdução do artigo 1.170 pela reforma de 2016, o exame mais detido demonstra que o controle operado pela norma, que se extrai da regra legal como produto da interpretação, se dá no sentido de vedar apenas as convenções que privem de substância a obrigação essencial, o que deverá ser analisado em cada caso concreto, registrando-se ainda agudas críticas doutrinárias à previsão do dispositivo. Sublinhe-se que inexistente, no ordenamento pátrio, qualquer vedação legal a que as convenções de não indenizar se refiram a obrigações essenciais, a dificultar sobremaneira a importação da tese da violação fundamental como apriorística e automática invalidação das cláusulas de não indenizar referentes a deveres essenciais.

quando tais cláusulas acabem por desfigurá-lo, extraindo totalmente a eficácia da tutela jurídica e afetando a essência dos aspectos funcionais do contrato. Sugerimos, como critério objetivo para delimitar essa distinção, a aferição casuística da suficiência, ou não, dos demais instrumentos oferecidos pelo ordenamento para tutelar a posição do credor – execução específica, *astreintes*, cláusula resolutiva expressa ou tácita, exceção do contrato não cumprido e exercício de eventual direito de retenção – e garantir a efetividade da avença contratual” (PERES, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 184-187). V. tb. BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 169; PEREIRA, Vinicius. *Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 50. Já para Wanderley Fernandes, a avaliação do inadimplemento de obrigação fundamental “poderá ser fundamento para a sua interpretação, ou mesmo, segundo alguns autores, (...) servir como um guia para a caracterização da culpa grave” (FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 256). O tema da culpa grave será enfrentado no item 4.2, *infra*.

³⁷² “Faz-se mister que o doutrinador colaborativo supere, ainda, as tentações do conceitualismo – caracterizado pelo ‘excesso das abstrações e das generalizações’ – e do comportamento elitista – traduzido no distanciamento da realidade e no estudo do direito comparado em perspectiva acrítica” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 9, 2016, pp. 17-18).

De mais a mais, a alusão aos remédios de execução específica, direito de retenção, exceção de contrato não cumprido e cláusula resolutiva expressa e tácita deve ser relida de modo a se demonstrar que os ajustes de não indenizar não produzem a frustração da causa negocial. Exige-se, nessa toada, a diferenciação na disciplina incidente para as cláusulas limitativas do objeto contratual, de um lado, e para as cláusulas excludentes, limitativas do dever de indenizar e penais de perfil limitativo, de outro, afigurando-se o requisito das obrigações essenciais procedente apenas para as primeiras, em conclusão inversa à segunda corrente doutrinária exposta.

3.3.1. Cláusulas limitativas do objeto contratual

No que se refere à cláusula limitativa do objeto contratual, o requisito de validade aqui analisado se afigura procedente, diversamente do que ocorre com relação aos ajustes de não indenizar e aos pactos penais de perfil limitativo. Retome-se, nesse ponto, a linha tracejada imaginada na introdução deste trabalho, que apresenta, em progressivo grau de delimitação da tutela creditícia, as cláusulas penais de perfil limitativo, os ajustes limitativos do dever de indenizar, os pactos excludentes da reparação por perdas e danos e as convenções limitativas do objeto contratual. Enquanto nas cláusulas penais e nos ajustes limitativos do dever de indenizar, o credor é privado apenas de parcela do montante indenizatório, nos pactos excludentes a exoneração é total, mas restam cabíveis os pleitos pela exata prestação devida, na hipótese de mora, e pelo equivalente ao devido ou pela restituição do já cumprido no caso de inadimplemento absoluto. Finalmente, nas convenções limitativas do objeto contratual, todas as prestações materiais a que tem direito o credor restam excluídas. Isso porque atuam os ajustes em análise sobre o momento fisiológico da relação jurídica, não assumindo o devedor a obrigação, ao passo que os pactos de não indenizar e as convenções penais de perfil limitativo dizem com o momento patológico, havendo a assunção da obrigação e a limitação ou a exclusão de um dos efeitos do inadimplemento de tal dever, a reparação por perdas e danos. *Em outras palavras, a pedra de toque apta a diferenciar as espécies reside na constatação de que, tratando-se de cláusula limitativa do objeto contratual, o devedor sequer assume a obrigação e, como consequência, o credor não terá qualquer direito referente a esta prestação, afastando-se os pleitos pela exata prestação devida, pelo equivalente ao devido e pela restituição do já cumprido.*

Como visto (v. item 1.3, *supra*), as cláusulas limitativas do objeto contratual se afiguram de todo funcionalmente distantes dos ajustes limitativos do dever de indenizar, que se aproximam mais das convenções penais de perfil limitativo. Os pactos relativos à assunção da obrigação se avizinham, na linha tracejada, das cláusulas de exoneração do dever de indenizar, mas, ainda assim, com *fundamental distanciamento* relativo à exclusão de todos os efeitos do inadimplemento. Assim, no requisito em análise, o juízo de merecimento de tutela se afigurará distinto entre tais convenções, consoante o específico grau de impacto produzido por cada um dos ajustes na delimitação da tutela creditícia.

A procedência do pressuposto apenas para as cláusulas limitativas do objeto contratual, sem extensão acrítica às convenções de não indenizar, é sustentada na experiência estrangeira. Nessa esteira, aduz António Pinto Monteiro, que, fundando-se “no princípio da liberdade contratual, a cláusula limitativa do objecto do contrato só poderá valer dentro dos limites em que se move aquele princípio”, de modo que não poderão ser excluídas do “contrato obrigações que constituam elementos essenciais do negócio típico ou nominado escolhido pelas partes, sob pena de total descaracterização do mesmo”.³⁷³ Em outra obra, afirma o autor que os ajustes limitativos do objeto contratual devem ser submetidos a controle funcional mais rigoroso, por meios diferentes daqueles que se aplicam às cláusulas de exoneração propriamente ditas, de que é exemplo o impedimento à exclusão de obrigações essenciais.³⁷⁴

No mesmo sentido, ao tratar da normativa incidente para as cláusulas de exclusão do dever de indenizar, pactos limitativos do dever de indenizar e ajustes penais, denominados conjuntamente de “convenções disciplinadoras da responsabilidade”, Mário Júlio de Almeida Costa sustenta que tais ajustes “tanto podem referir-se a deveres principais de prestação como a deveres secundários ou a deveres laterais”.³⁷⁵

Ainda, restringindo o requisito às cláusulas limitativas do objeto contratual no direito francês, Rémy Cabrillac aduz que as partes podem atenuar a responsabilidade contratual de dois modos: (i) um primeiro, indireto, mediante a aposição de convenção que exclua do

³⁷³ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 121-125.

³⁷⁴ MONTEIRO, António Pinto. Las clausulas de exoneracion de la responsabilidad civil. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n. 83, 1994, pp. 199-200.

³⁷⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 786.

contrato a obrigação, estipulando, por exemplo, que o vendedor não terá que entregar a mercadoria, devendo o comprador buscá-la nos seus armazéns, hipótese em que se afigurará como limite à validade dos ajustes a impossibilidade de supressão de obrigação essencial do contrato, como pacto que impeça, em contrato de locação, o locatário de se valer de ações em face do locador, por qualquer causa que seja e (ii) um segundo modo, direto, por meio de cláusulas de não indenizar ou de ajustes penais, que não serão válidos, todavia, na hipótese de dolo, de violação a norma proibitiva ou em relações de consumo.³⁷⁶ Nessa perspectiva, Carbonnier ilustra que se o transportador declara que entregará os bens quando quiser e em qualquer estado, há apenas um fantasma de contrato de transporte.³⁷⁷

Desta feita, uma vez que, nas cláusulas limitativas do objeto contratual, o devedor sequer assume a obrigação, naturalmente haverá contradição quando esta se referir a obrigação tida como essencial.³⁷⁸ Observe-se, contudo, que a contrariedade apurada na hipótese de cláusula limitativa do objeto se dá entre o elemento essencial que integra o tipo contratual e a causa concreta do negócio. Desse modo, se causa concreta e tipo não se confundem, a solução poderá ser (não já de nulidade, mas) de mera requalificação do negócio jurídico, como no caso da exclusão da obrigação de pagar o preço em contrato de compra e venda que conduz à requalificação do negócio em doação ou na exclusão da obrigação de arcar com a retribuição devida (aluguel) no contrato de locação que o requalifica como comodato.

Deve-se, assim, alertar para o perigo de que, por meio da teoria da obrigação fundamental, reavive-se a teoria dos *essentialia*, que, conforme exposto no item 3.1, *supra*, promove inadequada equiparação entre causa e tipo, descurando da necessidade de

³⁷⁶ CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. Paris: Dalloz, 2004, pp. 118-120. V. tb. “La clause délimitant l’obligation contractuelle doit laisser un sens et une utilité au contrat. Elle n’est efficace que si elle n’écarte pas une obligation essentielle à la convention qui, autrement, manquerait de cause” (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Cours de droit civil*. t. VI. Paris: Cujas, 1995, p. 497). Tradução livre: “A cláusula que delimita a obrigação contratual deve deixar um sentido e uma utilidade ao contrato. Ela não é eficaz se afasta uma obrigação essencial à convenção, que, de outro modo, careceria de causa”.

³⁷⁷ No original: “si le transporteur déclarait qu’il remettra la marchandise quand il lui plaira et dans n’importe quel état, il n’y aurait plus qu’un fantôme de contrat de transport” (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. t. 4. Paris: Presses Universitaires de France, 1956, p. 337).

³⁷⁸ MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Cours de droit civil*. t. VI. Paris: Cujas, 1995, p. 497.

individualização da causa concreta.³⁷⁹ A solução, nesses casos, à luz do princípio da conservação dos negócios jurídicos, se dá no sentido da requalificação, para figura típica ou atípica.

Haverá, contudo, hipóteses em que o negócio celebrado será por completo privado de sentido, não sendo possível a requalificação, mesmo para uma figura atípica, caso em que, de fato, se dará a frustração de efeitos. Exemplificativamente, constituiria verdadeiro contrassenso, em contrato de depósito, a exclusão da obrigação do depositário de guardar o bem.³⁸⁰ A solução dada aos casos de completa contrariedade poderá ser a de nulidade total – de todo o negócio jurídico – ou de nulidade parcial – desconsiderando-se a cláusula limitativa do objeto e imputando-se a obrigação contratual ao devedor,³⁸¹ a depender do escopo pretendido pelas partes e do grau de equilíbrio da relação jurídica, em especial se presente, na espécie, vulnerabilidade do credor. A nulidade total parece ser a resposta mais adequada às relações de paridade de forças entre os contratantes, enquanto a nulidade parcial tutela de modo mais efetivo as situações de vulnerabilidade.³⁸²

³⁷⁹ O raciocínio é denunciado pela doutrina francesa, ao afirmar, em comentário ao novo artigo 1.170 do Código Civil, introduzido, como referido, por meio da Ordonnance n° 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, que a noção de obrigação essencial retorna à classificação da estrutura do negócio jurídico em elementos essenciais, naturais e acidentais. Confirma-se: “Sur le plan théorique, la notion d’obligation essentielle, préférée à l’obligation fondamentale, met l’accent sur l’élément qui justifie l’existence même du contrat. Elle renvoie à une classification des obligations tirée du droit romain et reprise par Pothier, entre les *essentialia*, les *naturalia* et les *accidentalia*” (CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l’ordre du code civil*. Paris: Dalloz, 2016, p. 360). Tradução livre: “No plano teórico, a noção de obrigação essencial, preferida à obrigação fundamental, põe em relevo o elemento que justifica a própria existência do contrato. Ela remete a uma classificação das obrigações extraída do direito romano e retomada por Pothier, entre os elementos essenciais, os naturais e os acidentais”.

³⁸⁰ Nesse sentido, cf. “Assim, por exemplo, uma clínica psiquiátrica não poderá afastar a obrigação de guardar e vigiar os doentes, pois esse dever é essencial à realização do fim do contrato, que passa necessariamente pela segurança e proteção do doente; o mesmo valerá a respeito de uma creche ou infantário, que não poderá excluir a obrigação de guarda e proteção das crianças que o frequenta” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 126).

³⁸¹ “La nullité partielle opère une correction négative, par retranchement de l’élément qui déséquilibrait le contrat, qu’il s’agisse du prix ou d’une clause. La réduction d’un prix excessif, comme l’éradication d’une clause abusive, constitueraient des applications de la nullité partielle” (LASBORDES, Victoire. *Les contrats déséquilibrés*. t. II. Marseille: PUAM, 2000, p. 556). Tradução livre: “A nulidade parcial opera uma correção negativa, pela supressão do elemento que desequilibraria o contrato, quer se tratasse do preço ou de uma cláusula. A redução de um preço excessivo, como a erradicação de uma cláusula abusiva, constituiriam aplicações da nulidade parcial”. V. tb. NOBILI, Chiara. *Le obbligazioni: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*. Milano: Giuffrè Editore, 2001, pp. 108-109.

³⁸² A respeito do cotejo entre nulidade total e nulidade parcial, v. RUPERTO, Cesare. *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*. libro IV. t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 468.

A título ilustrativo do requisito em análise, note-se que, tratando-se de delimitação de risco em contrato de seguro (cláusula limitativa do objeto contratual³⁸³), impõe-se como restrição à autonomia privada a frustração do programa negocial.³⁸⁴ Isso se dá, sobretudo, em relações de consumo, nas quais faz-se mister preservar o escopo perseguido pelo consumidor que, em posição de vulnerabilidade, vê a efetividade da prestação material que buscava ao contratar ser eliminada pela convenção limitativa do conteúdo negocial.

Tome-se como exemplo o controle valorativo efetuado pelo Enunciado 302 da Súmula do STJ: “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Nesse caso, a finalidade perseguida pela contratação de plano de saúde se volta justamente à cobertura por todo o período em que o consumidor se encontra internado, de sorte que a restrição desta obrigação essencial frustra suas expectativas, em contrariedade aos ditames da boa-fé objetiva. A sanção aqui é de nulidade parcial, orientada pela vulnerabilidade do consumidor. Segue-se, nesse ponto, o comando do artigo 51, § 2º, do CDC, que estabeleceu como solução prioritária a nulidade parcial, ao dispor “a nulidade de

³⁸³ “Hay que distinguir netamente las cláusulas modificativas de la responsabilidad de aquellas otras cláusulas que tienen por objeto delimitar el objeto o el contenido de la prestación debida: cuando en el contrato de seguro, por ejemplo, estamos delimitando los riesgos por los cuales el asegurador debe indemnizar los daños que aquéllos originen, no estamos modificando la responsabilidad legal que surja del incumplimiento o del cumplimiento irregular, sino delimitando la prestación que debe cumplir el asegurador; cuando, por el contrario, en el contrato de compraventa pactamos la no responsabilidad por vicios ocultos, no estamos delimitando la prestación del vendedor, sino modificando la responsabilidad contractual que la ley prevé a cargo del vendedor” (AMIGO, Manuel Garcia. *Lecciones de derecho civil II: teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid: McGraw-Hill, 1995, p. 618). Tradução livre: “Há que distinguir claramente as cláusulas modificativas de responsabilidade daquelas outras cláusulas que têm por objeto delimitar o objeto ou o conteúdo da prestação devida: quando no contrato de seguro, por exemplo, estamos delimitando os riscos pelos quais o segurador deve indenizar os danos que os riscos originem, não estamos modificando a responsabilidade legal que surja do descumprimento ou do cumprimento irregular, e sim delimitando a prestação que deve cumprir o segurador; quando, pelo contrário, no contrato de compra e venda pactuamos a não responsabilidade por vícios ocultos, não estamos delimitando a prestação do vendedor, e sim modificando a responsabilidade contratual que a lei prevê a cargo do vendedor”.

³⁸⁴ “A restrição desses deveres que tomamos como essenciais à natureza do contrato pode ser feita em tais moldes que acabe por comprometer a própria finalidade do contrato que as partes (e sobretudo o tomador) tiveram em vista na decisão de contratar. Esta ideia de que elas ao celebrarem determinado contrato de seguro entenderam conformar-se com a sua natureza, admitindo os efeitos que normalmente dele resultam, é atestada pelo princípio de interpretação do contrato conforme à sua natureza e objeto, também seguido jurisprudencialmente. Aqui chegados, podemos ter em consideração dois pontos que conjuntamente constituem contributos para averiguarmos delimitações de risco que se processem em moldes qualitativamente inadmissíveis: a finalidade do contrato de seguro em causa, e as expectativas do segurado cuja legitimidade se baseie no âmbito do risco seguro que, atendendo àquela, o segurado poderia esperar, e que terá incidido sobre a sua decisão de contratar” (CALMEIRO, Ana Serra. *Das cláusulas abusivas no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 44-45).

uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Também constituem ilustrações de convenções consideradas inválidas pelo Superior Tribunal de Justiça, em virtude de frustrarem o programa negocial, aquelas, em contratos de plano de saúde, que excluam da cobertura o custeio de prótese necessária ao pleno restabelecimento da saúde do segurado, em procedimento cirúrgico coberto pelo plano, bem como algum tipo de procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas pelo referido plano.³⁸⁵ Nessas situações, “uma vez coberta a doença, não se admitem limitações no seu tratamento, sob pena de, em última análise, não ser a doença o verdadeiro objeto do contrato”, mas “apenas serviços limitados, tais como alguns dias de internação, algumas sessões de quimioterapia, intervenções cirúrgicas específicas e restritas”.³⁸⁶

3.3.2. Cláusulas excludentes do dever de indenizar, cláusulas limitativas do dever de indenizar e cláusulas penais de perfil limitativo

De outro giro, as cláusulas de não indenizar não geram a privação de efeitos do negócio, eis que dizem apenas com a reparação por perdas e danos, permanecendo hígido o direito do credor às demais prestações materiais exigíveis diante do inadimplemento. Por tal razão, ainda que se refiram a obrigação integrante da mínima unidade de efeitos essenciais, a exoneração e a limitação não inutilizarão o programa contratual.³⁸⁷

Nessa toada, retome-se a análise efetuada no item 1.1.3, *supra*, a respeito das consequências produzidas pelos ajustes de não indenizar diante do inadimplemento do

³⁸⁵ Jurisprudência em Teses do STJ. Edição nº 2. Ainda em tema de plano de saúde, foi editado, recentemente, o Enunciado 597 da Súmula do STJ, segundo o qual “a cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação”.

³⁸⁶ OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional: a cláusula geral de boa-fé objetiva nas situações jurídicas obrigacionais e reais e os Enunciados 302 e 308 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, 2015, p. 103.

³⁸⁷ “(...) há que esclarecer que a cláusula de exclusão de responsabilidade, se for válida, afasta apenas um dos direitos do credor, o direito à indemnização; mantêm-se os demais direitos que a ordem jurídica lhe proporciona para defesa de sua posição, até porque esta cláusula não deve confundir-se com uma outra, através da qual se afasta a própria obrigação do contrato” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 604).

devedor. Como visto, na hipótese de mora, a convenção de não indenizar apenas atua sobre a reparação por perdas e danos, permanecendo hígido o direito do credor à exata prestação devida. De outro giro, configurando-se o inadimplemento absoluto, ainda se afiguram cabíveis os pleitos pelo equivalente ao devido ou pela restituição do já cumprido, a depender da opção do *accipiens* por uma das duas medidas, não havendo qualquer privação de efeitos.

Em ambos os casos, os ajustes de não indenizar não se confundem com a cláusula limitativa do objeto contratual, eis que esta exclui todas as prestações materiais a que tem direito o credor: para além da reparação por perdas e danos, também os direitos à exata prestação devida, ao equivalente ao devido e à restituição do já cumprido. Desse modo, a convenção limitativa do objeto contratual significa a não assunção da obrigação pelo devedor. Diversamente, no caso dos pactos de não indenizar, limitativo ou excludente, o devedor assume a obrigação, passando a haver o direito às referidas prestações materiais. Vale dizer: ainda que pactuada cláusula excludente ou limitativa do dever de indenizar, há obrigação, há causa, há contrato.

Com efeito, deve ser afastada a argumentação de que os ajustes de não indenizar geram a frustração da causa negocial, uma vez que, como visto, tais convenções não significam a exclusão da obrigação, mas apenas a restrição de um dos efeitos do inadimplemento, relativo à reparação de perdas e danos. Retomando-se as duas funções referidas exercidas pela causa negocial, de permitir a qualificação contratual e de servir ao juízo de merecimento de tutela, observa-se que a inserção de cláusula limitativa e excludente no contrato não gera qualquer alteração em sua qualificação. Ilustrativamente, a compra e venda não deixa de ser compra e venda se as partes somente puderem optar pela execução específica ou ainda pleitear perdas e danos. Isso porque a causa do negócio deve ser definida na fisiologia da relação, não já em seu momento patológico. Com efeito, “qualificar um negócio à luz dos expediente legais relativos à sua coercibilidade acaba por descurar da essência do próprio”.³⁸⁸ De mais a mais, o negócio não deixa de ser merecedor de tutela em virtude da inserção do pacto de não indenizar, que, como visto, constitui importante instrumento para equacionar os riscos de eventual inadimplemento.

De outro giro, se as partes estipularam a convenção de não indenizar em comum acordo, e a partir de tal previsão se deu a gestão de riscos contratuais e a configuração de

³⁸⁸ OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11.

legítimas expectativas, a conduta do credor de, posteriormente, configurado o inadimplemento da obrigação, buscar extirpar a convenção do contrato, sob argumento de referência a uma obrigação principal, e imputar a reparação de todo o dano ao devedor, se afiguraria abusiva. Em outras palavras, se as partes negociaram o ajuste, e tal convenção correspondeu a uma vantagem, em contrapartida, ao credor, a pretensão deste de, em seguida, verificado o inadimplemento, pretender nulificar a cláusula, imputando a reparação integral ao devedor constituiria verdadeiro *venire contra factum proprium*, isto é, comportamento contraditório vedado pelos ditames da boa-fé objetiva.³⁸⁹ De fato, no regime das invalidades, posiciona-se a doutrina no sentido de considerar que não poderá aquele que participou voluntariamente do negócio eivado de vício pretender, posteriormente, invalidá-lo e pleitear as perdas e danos.³⁹⁰ Como bem exposto nas críticas à teoria do *fundamental breach* (v. item 3.2, *supra*), a incidência de convenção livremente estipulada pelas partes e o destino do contrato não podem ser reduzidas ao capricho do credor, eis que, aqui sim, haveria a configuração de condição puramente potestativa, cumprindo o *accipiens* os termos do negócio se assim quisesse.

Deve-se, portanto, preservar a gestão de riscos acordada pelas partes, dotadas as cláusulas contratuais de força obrigatória e não cabendo ao intérprete socorrer a parte que celebrou negócio que julga ruim e reescrever o contrato em termos que, em sua opinião, daria mais lucros ao credor. Em definitivo, inexistente, no direito brasileiro, princípio de proteção ao negócio lucrativo.³⁹¹

Sublinhe-se ainda que a própria estipulação bilateral da cláusula de não indenizar, sobretudo a excludente, deve ser utilizada como elemento interpretativo, podendo significar que não havia verdadeira essencialidade daquela obrigação, objetivamente considerada. Isso porque, em certos casos, a essencialidade subjetiva da obrigação para o credor não constará

³⁸⁹ “Si potrebbe replicare che in caso di nullità del contratto per illiceità nessuna delle parti può chiedere all’altra il risarcimento del danno, in quanto, nel nostro ordinamento, l’obbligo del risarcimento sorge quando uno dei contraenti ignorava o poteva ignorare la causa che dà luogo alla nullità” (CECCHERINI, Grazia. *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 277). Tradução livre: “Se poderia retrucar que em caso de nulidade do contrato por ilicitude nenhuma das partes pode pedir à outra o ressarcimento do dano, porque, no nosso ordenamento, a obrigação de ressarcimento surge quando um dos contraentes ignorava ou poderia ignorar a causa que dá lugar à nulidade”.

³⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 535; SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 212-213. Sobre o ponto, previa o artigo 104, do Código Civil de 1916, não reproduzido pelo de 2002: “Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros”.

³⁹¹ A expressão é de BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

do contrato (*rectius*, não integrará a causa negocial), permanecendo na seara dos motivos íntimos que o levaram a contratar, os quais se afiguram irrelevantes para o direito (como visto no item 3.1, *supra*). A crítica é apresentada à referida decisão *Chronopost* de 1996 (v. item 3.2, *supra*), uma vez que, na espécie, a essencialidade do termo contratual para o credor, relativa ao prazo para sua participação em processo licitatório, permaneceu em seu foro íntimo, como motivo da contratação, não constando do contrato, existindo, ao revés, a pactuação de cláusula de não indenizar referente ao atraso do transportador. Com efeito, a concepção de causa adotada pela decisão francesa foi subjetiva, equiparada às razões íntimas que movem os contratantes.³⁹²

Note-se que o raciocínio automático operado pela aplicação acrítica do requisito das obrigações principais consiste em primeiro classificar quais obrigações do contrato se afiguravam essenciais, desconsiderando o ajuste de não indenizar, para, ao depois, uma vez feita a caracterização, interpretar o pacto limitativo ou excludente a partir do resultado alcançado. Analisam-se, assim, primeiramente as obrigações contratuais como se convenção de não indenizar não houvesse e, em seguida, aprecia-se a validade do ajuste de não indenizar em face da classificação abstratamente concebida.³⁹³ Tal mecanismo, contudo, descarta da gestão de riscos acordada entre as partes e fere as premissas estabelecidas no item 3.1, *supra*, no sentido de superação do método subsuntivo e de unidade entre interpretação e aplicação do

³⁹² “Sem dúvida, no entanto, a maior crítica à manutenção deste viés subjetivo reside na eventual confusão entre causa e motivos. A concepção de causa expressa na doutrina francesa, de maneira geral, é subjetiva, uma vez que a causa acaba por remeter ao escopo que movimenta as partes, à razão psíquica que fundamenta a constituição da obrigação, a uma finalidade que integra a manifestação de vontade. Esta subjetividade ameaça a autonomia do instituto, que termina por se confundir com o conceito de motivo – tradicionalmente irrelevante para o direito” (KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p. 40). V. tb. “Entre os grandes méritos (...) teve a escola objetiva (...) o de remover as principais objeções que se opunham à admissão da causa como condição de validade do ato jurídico. Dizia-se, com efeito, que ora se confundia a causa com o objeto, ora com o consenso. E a escola objetiva, fazendo dela função do negócio jurídico, tornou impossível semelhante confusão, pelo menos no que entende com o consenso, dada a sua natureza eminentemente subjetiva. Dizia-se, também, que a causa, concebida subjetivamente, mal podia distinguir-se dos motivos, por serem todos – causa e motivos – representações mentais capazes de induzir à ação, nada havendo, porém, que em particular credenciasse qualquer delas a uma função distinta, específica. (...) E a escola objetiva, retirando a causa desse terreno comum, também impossibilitou tal confusão” (CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no código civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1959, pp. 127-128).

³⁹³ SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: L.G.D.J, 1999, p. 152.

direito, devendo a avaliação de contradição ao caráter essencial da obrigação considerar todo o concreto regulamento de interesses, de que faz parte a convenção de não indenizar.³⁹⁴

Nessa toada, sustentam Henri Mazeaud, León Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas que, no que se refere às cláusulas limitativas e excludentes, não há que se falar em privação de causa do negócio. Em outras palavras, a extensão a tais ajustes do requisito da obrigação essencial se baseia em equívoco quanto à distinção entre os conceitos de obrigação e reparação e de cláusulas limitativas do objeto e convenções de não indenizar.³⁹⁵

Retome-se o exemplo proposto de celebração de contrato de permuta entre A e B (v. item 1.1.3, *supra*). A se obriga a entregar cavalo que vale 400 unidades e B se compromete a entregar automóvel de valor de 500 unidades. Antes da entrega, entretanto, B resta culposamente inadimplente, envolvendo-se em acidente que gera a perda do automóvel. No contrato, foi prevista cláusula excludente do dever de indenizar. Diante do inadimplemento absoluto, A pode, na espécie, executar o negócio pelo equivalente, isto é, pleitear o valor do carro de 500 unidades, entregando, em contrapartida, o cavalo que vale 400 unidades, caso em que obterá a vantagem de 100 unidades. Pode, ainda, preferir resolver o negócio e se liberar da obrigação de entregar o cavalo, ou pleitear a sua restituição, se já tiver cumprido. Não há, assim, que se falar em nulidade do contrato, que produz efeitos.

Imagine-se, ainda, o seguinte exemplo, elaborado com base no caso *United Fresh Meat Co. v. Charterhouse Cold Storage*, de 1968, no direito inglês.³⁹⁶ A sociedade X importa carne congelada do exterior e contrata a empresa Y para o armazenamento do produto. As partes já haviam celebrado contratos de depósito e atual negócio foi pactuado nos mesmos termos dos anteriores, com a previsão de cláusula excludente do dever de indenizar, em contrapartida ao pagamento de um preço menor, em relação equilibrada. Posteriormente, contudo, parte das carnes acaba por perecer por culpa do depositário, mas inexistindo dolo na espécie. Em razão disso, a empresa X ingressa em juízo pleiteando a reparação dos danos

³⁹⁴ Assim, como bem delineado nas críticas doutrinárias à teoria da violação fundamental, com destaque para as proferidas por Guido Smorto, a aplicação da *doctrine of fundamental breach* – no sentido de apriorística e automática rejeição da convenção de não indenizar – não encontra qualquer espaço residual (SMORTO, Guido. *Clausole abusive e diritti dei consumatori: raffronti comparatistici*. Padova: CEDAM, 2001, pp. 169-170).

³⁹⁵ MAZEAUD, Henri et León; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. t. II. v. I. Paris: Montchrestien, 1976, p. 764.

³⁹⁶ HANDFORD, P. R. Another case on fundamental breach. *The Modern Law Review*, v. 38, n. 5, 1975, pp. 577-580.

referentes aos negócios perdidos pela companhia em virtude de tal fato. Alega, para tanto, a invalidade do ajuste de não indenizar por se referir à obrigação essencial da empresa Y. Ao apreciar o caso, deverá o intérprete considerar válido o ajuste, independentemente de versar sobre obrigação essencial do devedor, eis que nesses termos se deu a gestão de riscos efetuada pelas partes em relação livremente negociada. Note-se que, embora improcedente o pedido de reparação por perdas e danos, ainda poderá o credor pleitear o valor equivalente às carnes congeladas que apodreceram, em execução pelo equivalente da obrigação de restituição do bem depositado.³⁹⁷

Outra ilustração a respeito da validade de convenção excludente do dever de indenizar relativa à obrigação essencial prevista em relação livremente negociada diz com a denominada cláusula *knock-for-knock* (“cada um por si”), comum na prática comercial do direito marítimo e do mercado *offshore*. Trata-se de convenção excludente do dever de indenizar recíproca ou cruzada, por meio da qual, em operações de elevado risco, cada parte deverá suportar os danos causados ao seu próprio patrimônio, ainda que derivados de inadimplemento da contraparte em relação à obrigação principal. Facilita-se, assim, sobremaneira, a previsibilidade sobre os efeitos do inadimplemento e a contratação de seguros que assumirão apenas os riscos de danos ao patrimônio da parte que os subscreve. A potencialidade funcional de tal ajuste, possibilitando contratações em cenários de alto risco, é inegável, a corroborar sua licitude.³⁹⁸ De fato, muitas vezes a pactuação da cláusula excludente do dever de indenizar vem acompanhada da contratação de seguro de dano pelo credor, como forma de gerir riscos elevados em mercados específicos.³⁹⁹

³⁹⁷ Esclarece o Código Civil em seus artigos 238 e 239 a distinção entre os pleitos pelo equivalente e por perdas e danos nas obrigações de restituição. Confira-se: “Art. 238. Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda; Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos”.

³⁹⁸ Tal potencialidade é demonstrada pelo fato de a *knock-for-knock* constar como cláusula padrão no contrato modelo Supplytime criado pela BIMCO, associação internacional de participantes da indústria de transporte marítimo, para facilitar as negociações neste mercado, que, em 2017, recebeu alterações justamente para ampliar o espectro de incidência da convenção *knock-for-knock*, fundamental em tal mercado (Disponível em <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses>. Acesso em 11.1.2018).

³⁹⁹ Ressalve-se que, por conta da incidência da teoria da *compensatio lucri cum damno*, o valor pago pelo segurador ao credor já deveria ser compensado com eventual montante de reparação por perdas e danos a ser arcado pelo devedor. No entanto, o devedor ainda permaneceria obrigado perante o segurador, que teria direito ao regresso, o que é excluído pela pactuação da cláusula de exoneração. Em outras palavras, o fato de o contratante ter recebido indenização do segurador deve ser fator a ser considerado na individualização do ordenamento do caso concreto, para efeitos de incidência da teoria da *compensatio lucri cum damno*. De acordo

O mesmo raciocínio incide para as cláusulas limitativas do dever de indenizar. No clássico exemplo de Carbonnier, a estipulação de que, em caso de perda da mercadoria no contrato de transporte, a indenização devida não poderá exceder mil francos por

com a tese, as vantagens obtidas pela vítima em decorrência da lesão devem ser compensadas com a indenização por tal fato devida, sob a égide do princípio da reparação integral, que também atua em si como limite, impedindo que o lesado obtenha mais do que a extensão do dano. Em outras palavras, de um mesmo inadimplemento ou ato ilícito podem decorrer benefícios e prejuízos à vítima, devendo os primeiros ser abatidos dos segundos, de modo a se individualizar a real medida da indenização (art. 944, CC). Sobre o tema, v. “A lógica do princípio da reparação integral como limite significa que o produto do ressarcimento deve se ater aos respectivos efeitos da lesão, vedando-se que ultrapasse as dimensões de sua extensão, sob pena de enriquecimento sem causa. Isso porque o ideal de retorno ao estado anterior impõe se procure tornar a vítima indene, significa dizer, impõe que se apaguem as consequências da situação danosa (daí, na vertente patrimonial, utilizar-se o vocábulo indenização), ou, ao menos, na medida do possível, lhe atenuem os resultados (donde, na vertente existencial, compensação). Mas nada justificaria que o titular da pretensão reparatória auferisse quantias que sobejassem as projeções da lesão em seu patrimônio, ou seja, que, para além da indenização recebida, lucrasse a partir da situação danosa” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Há limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro? [no prelo]). Cf. ainda “A primeira limitação ensejada pela função de teto indenizatório do princípio da reparação integral está na determinação de que eventuais lucros ou benefícios obtidos pela vítima em decorrência do evento danoso devem ser compensados com a indenização dele decorrente. Denominada *compensatio lucri cum damno*, consiste na diminuição proporcional do montante da indenização na hipótese de obtenção pelo lesado de vantagens derivadas do mesmo fato. Ocorre, eventualmente, que, ao proceder à avaliação da extensão dos prejuízos com o objetivo de reparação integral do patrimônio da vítima em relação às perdas sofridas, constatem-se não apenas perdas, mas também vantagens econômicas, que devem ser compensadas para se evitar a ocorrência de um enriquecimento injustificado da vítima com o evento danoso” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63). Nesse sentido, imagine-se que o devedor X cause ao credor Y dano decorrente do inadimplemento contratual, que conste no contrato cláusula excludente do dever de indenizar e que o credor, ao assumir maior amplitude de riscos, tenha contratado seguro para a operação. Supondo-se que Y recebeu do segurador, a partir da ocorrência do sinistro, valor suficiente a cobrir todo o dano causado por X, nada será devido por X a Y. Há compensação, assim, entre a reparação devida por X em virtude do inadimplemento e o montante recebido por Y a título de indenização securitária. Todavia, ainda responderia X perante o segurador, quando este exercesse em face daquele o direito de regresso. Ao fazer valer este direito, todavia, o segurador se sub-roga nos direitos do credor Y em face do devedor X (art. 786, CC), de modo que o devedor X pode alegar em sua defesa pactuação no contrato com Y de cláusula excludente do dever de indenizar, não podendo o segurador pleitear do devedor X, em regresso, mais do que poderia o credor Y demandar em ação direta, qual seja o montante fixado no ajuste de não indenizar (que, no caso, assume grau zero). Nesse sentido, cf. “Ação regressiva intentada em 1998 pela seguradora, na qualidade de sub-rogada nos direitos da sociedade empresária segurada, postulando o reembolso, pela transportadora estrangeira, do valor pago a título de indenização securitária decorrente de danos causados durante o transporte marítimo internacional. Ao contestar, a transportadora pleiteou a observância da cláusula limitativa da responsabilidade (resultante do exercício da opção pelo pagamento de frete reduzido sem menção ao valor da carga), em caso de procedência da pretensão da parte autora. Sentença de procedência confirmada pelo Tribunal de origem, declarada a nulidade da referida disposição contratual, sob o fundamento de que abusiva, por configurar preceito excludente de responsabilidade do fornecedor inserta em contrato de adesão. 2. Validade da cláusula limitativa do valor da indenização devida em razão de avaria da carga objeto de transporte marítimo internacional. Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito da Segunda Seção, considera-se válida a cláusula do contrato de transporte marítimo que estipula limite máximo indenizatório em caso de avaria na carga transportada, quando manifesta a igualdade dos sujeitos integrantes da relação jurídica, cuja liberdade contratual revelar-se amplamente assegurada, não sobressaindo, portanto, hipótese de incidência do artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, no qual encartado o princípio da reparação integral dos danos da parte hipossuficiente” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.076.465/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasil: 8 de outubro de 2013). Em sentido semelhante, mas referindo-se ao seguro obrigatório, posiciona-se o STJ por meio do Enunciado 246: “O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada”.

mercadoria,⁴⁰⁰ ou, em outras palavras, a previsão de limitação do dever de indenizar do transportador por perda da coisa (inadimplemento de obrigação essencial), afigura-se válida, posto que o credor não possa se valer de outras respostas ao descumprimento (como a execução específica).⁴⁰¹

Registre-se que, após a referida decisão de 1996, a empresa *Chronopost* passou a oferecer, mediante complemento de preço, serviço especial, exclusivamente reservado aos envios contendo documentos para semelhantes processos licitatórios, que contempla, em caso de atraso, indenização global, fixa e definitiva de 7.500 euros, de modo a abandonar o mecanismo dos ajustes de não indenizar e a adotar o instrumento da cláusula penal.⁴⁰² Imagine-se que, no caso *Chronopost*, a convenção prevista fosse limitativa e tivesse como teto o montante de 7.500 euros. Nessa situação, o ajuste seria válido, ainda que o dano causado ultrapassasse o limite estipulado em seu teor, produzindo o negócio efeitos.

Relembre-se, ainda, como ilustração a respeito da validade das convenções limitativas do dever de indenizar referentes a obrigações essenciais, o já referido caso *Faurecia v. Oracle France*, de número 732, julgado pela Corte de Cassação Francesa em 29 de junho em 2010,⁴⁰³ denominado doutrinariamente de *Faurecia II* (v. item 3.2, *supra*).⁴⁰⁴ Na espécie, a Corte fez incidir cláusula limitativa no montante de 200 mil euros para o inadimplemento da empresa *Oracle* da obrigação de entrega para a sociedade *Faurecia* de licença e manutenção de um

⁴⁰⁰ No original: “Clause limitative de responsabilité. C’est par ex. un transporteur qui stipule qu’en cas de perte l’indemnité due ne pourra excéder 1.000 francs par colis” (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. t. 4. Paris: Presses Universitaires de France, 1956, p. 332).

⁴⁰¹ Na jurisprudência, cf. BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.076.465/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasil: 8 de outubro de 2013; BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 267.550/RJ. 4ª Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasil: 21 de novembro de 2000; BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 153.787/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. Brasil: 18 de dezembro de 1997.

⁴⁰² TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 2009, p. 631, nota de rodapé nº 2.

⁴⁰³ *Faurecia v. Oracle France*, Cour de cassation, Chambre commerciale e, financière et économique [Supreme court] 29 June 2010 Case number: 732 (CISG-AC Opinion No. 17, Limitation and Exclusion Clauses in CISG Contracts, Rapporteur: Prof. Lauro Gama Jr., Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, Brazil. Adopted by the CISG-AC following its 21st meeting in Bogotá, Colombia, on 16 October 2015).

⁴⁰⁴ “Cette solution a été récemment confirmée par l’arrêt *Faurécia 2*: seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l’obligation essentielle souscrite par le débiteur” (MALINVAUD, Philippe; FENOUILLET, Dominique; MEKKI, Mustapha. *Droit des obligations*. Paris: LexisNexis, 2014, p. 622). Tradução livre: “Essa solução foi recentemente confirmada pela decisão *Faurécia 2*: só é reputada não escrita a cláusula limitativa de reparação que contradiz o alcance da obrigação essencial subscrita pelo devedor”.

software e provimento de treinamento relacionado, cuja extensão do dano havia sido superior ao teto da convenção. O caso evidenciou acirrado debate, com oscilações de entendimento entre as instâncias, tendo o Tribunal de Versalhes julgado válido o ajuste, a Corte de Cassação, em seguida, considerado ilícito o pacto por violação de obrigação essencial, o Tribunal de Recurso de Paris, posteriormente, rejeitado a decisão da Corte e feito incidir o ajuste de não indenizar e a Corte de Cassação, finalmente, na decisão de 29 de junho de 2010, posto fim ao debate ao manter a decisão de Paris. De fato, de acordo com os argumentos apresentados, afigura-se válido ajuste limitativo como o pactuado neste exemplo, em respeito à gestão de riscos acordada pelas partes. Veja-se que a licitude, na espécie, independe da aferição de possibilidade de o credor se valer dos remédios de execução específica, exceção de contrato não cumprido, direito de retenção e cláusula resolutiva expressa em face do inadimplemento.

Do mesmo modo, poderão as cláusulas penais de perfil limitativo se referir a obrigações funcionalmente essenciais.⁴⁰⁵ Isto é, quando o montante fixado na convenção penal relativa a dever principal se afigurar inferior ao dano causado, o credor não terá direito a pleitear indenização suplementar, salvo se assim pactuado (artigo 416, parágrafo único, Código Civil). Aqui, expressa-se, mais uma vez, a identidade de disciplina incidente para os ajustes limitativos do dever de indenizar e as convenções penais.

Tal similitude se justifica, consoante analisado no item 1.3, *supra*, em virtude de quatro principais fundamentos (i) identidade de função entre os ajustes na medida em que ambos produzem o efeito de limitação do dever de indenizar; (ii) semelhante grau de restrição ao princípio da reparação integral; (iii) coibição de fraude à lei, eis que bastaria, para escapar das constrições sobre os pactos limitativos, que se pactuasse cláusula penal de baixo montante e (iv) superação da concepção da relação obrigacional como supremacia creditícia, estendendo-se o juízo de merecimento de tutela às convenções penais.

Sublinhou-se, ainda, que a aproximação funcional geraria duas consequências distintas: uma primeira, de retirar das convenções limitativas restrições excessivas que não eram postas para os pactos penais, e uma segunda, de estender para os ajustes penais os requisitos de validade das cláusulas limitativas, quando fossem justificados. Enquanto a releitura dos requisitos da ordem pública e do dolo ou da culpa grave são exemplos da

⁴⁰⁵ V. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. v. I. Barcelona: Bosch, 1954, p. 187.

segunda consequência, o pressuposto da obrigação principal, ora em análise, ilustra a primeira consequência, libertando-se a cláusula limitativa de requisito nunca posto para as convenções penais, que, inclusive, costumam se referir, em regra, a obrigações essenciais. Ressalve-se, todavia, que tal subtração não se justifica pelo simples fato de o pressuposto não se colocar para os pactos penais, mas sim em virtude de traduzir constrição improcedente pelos argumentos já apresentados. Se fosse valorativamente fundamentada tal condição de validade, também os ajustes penais de perfil limitativo seriam por ela alcançados.

Ilustração a respeito da aproximação funcional entre as cláusulas limitativas do dever de indenizar e as cláusulas penais de perfil limitativo diz respeito a caso concreto julgado pelo Tribunal de Arbitragem Comercial Internacional na Câmara de Comércio da Federação Russa, em 23 de novembro de 1994, na sentença arbitral nº. 251/93.⁴⁰⁶ Na hipótese, na execução do contrato de compra e venda de mercadorias, sob égide da CISG (Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias),⁴⁰⁷ o vendedor inadimpliu sua prestação, entregando quantidade menor de mercadorias do que havia acordado, com a falta de 415 peças. O comprador pleiteou, assim, a restituição do valor pago pelos bens que não foram entregues e perdas e danos na espécie lucros cessantes, eis que deixou de lucrar com a venda dos produtos faltantes a seus clientes, especialmente em razão da natureza sazonal de tais mercadorias. Ao julgar a lide, o Tribunal limitou a indenização com base em cláusula penal prevista no contrato, cujo montante se afigurava inferior à extensão do dano alegada pelo comprador.

Veja-se, portanto, que, nesse caso, a convenção penal exerceu idêntica função que operaria ajuste limitativo que estipulasse como teto de indenização o mesmo valor fixo determinado no pacto penal. Observa-se, ainda, que, como visto, as cláusulas penais encontraram maior desenvolvimento doutrinário, legislativo e jurisprudencial, sofrendo, em contrapartida, menor controle funcional em relação aos tradicionais requisitos de validade dos pactos limitativos. Na situação em análise, caso se tratasse de cláusula limitativa, provavelmente seria desenvolvido acirrado debate a respeito da possibilidade de o ajuste

⁴⁰⁶ CISG-AC Opinion No. 17, Limitation and Exclusion Clauses in CISG Contracts, Rapporteur: Prof. Lauro Gama Jr., Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, Brazil. Adopted by the CISG-AC following its 21st meeting in Bogotá, Colombia, on 16 October 2015.

⁴⁰⁷ Sobre o tema, v. HELLNER, Jan. Consequential loss and exemption clauses. *Oxford journal of legal studies*, v. 1, n.1, 1981, p. 13.

limitativo se referir à obrigação principal do vendedor – entrega das mercadorias – o que, na hipótese de convenção penal, não se colocou. Ressalte-se, ainda, que, se o pacto do exemplo, em vez de penal fosse limitativo do dever de indenizar, também não seria gerada qualquer privação de efeitos.

Exemplo de tal diversidade de tratamento entre as cláusulas limitativas do dever de indenizar e as convenções penais se dá na decisão *Suisse Atlantique Societé d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale* do direito inglês.⁴⁰⁸ Em dezembro de 1956, navio foi fretado para transportar carvão dos Estados Unidos à Europa por dois anos consecutivos de viagens, terminando em março de 1959. O contrato previu número de dias específicos em que o navio ficaria parado nos portos para carga e descarga das mercadorias, desprezando-se na contagem os atrasos causados por eventos pelos quais o dono da mercadoria não se responsabilizava. Se o navio ficasse detido no porto mais tempo do que o previsto, o dono da mercadoria pagaria uma multa no valor de \$1.000,00 por dia de atraso, mas se a embarcação fosse liberada antes do previsto, o dono da mercadoria receberia \$500,00 por dia de adianto.

Por razões que não estão nos registros, o navio permaneceu no porto por 150 dias a mais do que o previsto contratualmente. Por conta disso, o navio fez apenas oito viagens durante o período, ao passo que poderia ter feito outras seis se tivesse sido carregado dentro do período limite disciplinado no contrato, ou outras nove se tivesse sido carregado com celeridade. Os donos do navio demandaram, então, ressarcimento por danos no valor de \$580.000,00 ou \$875.000,00, com base nos lucros que teriam tido com as seis ou nove viagens perdidas. A *House of Lords*, no entanto, decidiu que o dever de indenizar do dono da mercadoria estaria limitado à multa prevista no contrato de \$1.000,00 por dia de atraso, totalizando \$150.000,00 nos 150 dias. Na espécie, foi afastada a alegação dos donos dos navios no sentido de que teria havido um *fundamental breach*, sob o argumento de que tal teoria só incidiria para o controle judicial das cláusulas de não indenizar, não já para as convenções penais, caracterizadas na situação em análise.

Tal linha de raciocínio, todavia, não procede. A disciplina incidente para as cláusulas limitativas do dever de indenizar e para as convenções penais de perfil limitativo deve ser idêntica, em razão, insista-se, da identidade de função. Como se observa, o pacto penal

⁴⁰⁸ TREITEL, G. H. Fundamental breach. *The Modern Law Review*, v. 29, n. 5, 1996, pp. 546-556.

pactuado produziu como consequência a restrição à reparação integral, que girava em torno dos montantes de \$580.000,00 ou \$875.000,00, limitando a indenização a \$150.000,00. A solução a ser dada ao caso, pelos fundamentos já expostos, é a de validade do ajuste penal, da mesma forma que não haveria ilicitude se na situação fosse prevista convenção limitativa que fixasse como teto reparatório \$1.000,00 por dia de atraso. Isso porque não há privação de efeitos do negócio, recebendo o credor a quantia convencionalmente estipulada em cumprimento ao pactuado em comum acordo pelas partes. Deve ser preservada, desse modo, a alocação de riscos livremente estipulada pelos contratantes.

Registre-se, por fim, que as convenções de não indenizar relativas a obrigações essenciais não se confundem com as previsões contratuais do direito de arrependimento, de que são exemplo as arras penitenciais e as multas penitenciais. As primeiras, típicas no ordenamento jurídico brasileiro, disciplinadas no artigo 420 do Código Civil,⁴⁰⁹ possuem natureza real e consistem na entrega de um sinal de um contratante ao outro, como preço do exercício do direito de arrependimento, excluindo a possibilidade de pleito de indenização suplementar. As segundas, por sua vez, atípicas no ordenamento pátrio, apresentam natureza convencional (de sorte que não há pagamento prévio de sinal), e versam sobre a estipulação de um valor fixo como pena para o arrependimento, também exonerando a parte dos prejuízos excedentes. Em ambos os casos, o suporte fático de incidência diz com a desistência do contratante, não já com o inadimplemento do negócio, como ocorre com os ajustes limitativos e excludentes do dever de indenizar.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Art. 420, CC. “Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar”.

⁴¹⁰ “Como se sabe, o sinal, para se constituir, carece da prática de um acto *material*: a *entrega* da coisa. Daí, justamente, a natureza *real* da figura. (...) Vimos que o sinal, tradicionalmente, pode assumir uma de duas modalidades: sinal confirmatória ou sinal penitencial. Neste último caso, ao prestar o sinal, o *tradens* reserva para si a faculdade de se retractar, ainda que perdendo a quantia entregue; o *accipiens*, por sua vez, desfruta da mesma faculdade de desistir livremente do contrato, restituindo o dobro do que recebeu. Este *jus poenitendi* não é, todavia, privativo do sinal penitencial. É que as partes, em vez de constituírem um sinal, através da entrega de certa quantia, podem limitar-se a *estipular*, a favor de uma ou de ambas, a faculdade de se desvincularem do contrato, mediante o pagamento de determinada soma. Trata-se, neste último caso, da chamada *multa penitencial*. Do mesmo modo que o sinal penitencial, também aquela figura permite a qualquer dos contraentes uma desvinculação *at nutum*, mediante certa contrapartida. Deixará de poder exigir-se o cumprimento do contrato, dada a faculdade de livre arrependimento, que nele se convencionou. Trata-se, por conseguinte, de um exemplo claro de obrigação com *faculdade alternativa ‘a parte debitoris’*. Ao contrário do sinal – que, para se constituir, carece do acto material de entrega –, a referida multa, do mesmo modo que a cláusula penal, revesta

4. REQUISITO DE VALIDADE REFERENTE AO DOLO DO DEVEDOR

4.1. Análise crítica: definição do fundamento valorativo e proposta de interpretação sistemática

*“Ao submeter o comportamento das partes ao vínculo de boa-fé, o sistema quer assegurar que a implementação do regulamento contratual seja consistente com o quadro de utilidades, vantagens e riscos que as próprias partes descrevem na operação econômica acordada no regulamento”.*⁴¹¹

PIETRO BARCELLONA

O terceiro requisito tradicionalmente apontado para a validade das cláusulas de não indenizar se refere à impossibilidade de referência ao dolo. Dois fundamentos elencados para sustentar o pressuposto consistem em: (i) desnaturação da convenção em verdadeira condição puramente potestativa, que violaria a ordem pública⁴¹² e (ii) necessidade de punição à conduta do inadimplente.⁴¹³ Segundo o primeiro argumento, admitir a fixação de cláusulas de não indenizar para descumprimento doloso significaria autorizar o devedor a cumprir o contrato se assim quisesse, configurando condição puramente potestativa, vedada pelo Código Civil em seu artigo 122^{414 415}. De acordo com o segundo argumento, dever-se-ia valorizar o papel

natureza consensual, é simples promessa a cumprir no futuro” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990, pp. 185-186).

⁴¹¹ Tradução livre. No original: “(...) mediante la sottoposizione del comportamento delle parti al vincolo della correttezza, il sistema vuole assicurare che l'attuazione del regolamento contrattuale avvenga coerentemente al quadro di utilità, vantaggi e rischi che le parti stesse hanno delineato dell' operazione economica concordata nel regolamento” (BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovena, 1996, p. 360).

⁴¹² CHEVALLIER, Jean; BACH, Louis. *Droit civil*. t. 1. Pars: Sirey, 1995, pp. 525-526: “Le débiteur ne peut, en effet, s'exonérer de son dol car ce serait l'autoriser à exécuter ou à ne pas exécuter son obligation, à sa guise, ce qui affecterait son engagement d'une condition purement potestative (...)”. Tradução livre: “O devedor não pode, com efeito, se exonerar de seu dolo, pois, isso seria o autorizar a executar ou a não executar sua obrigação, à sua escolha, o que afetaria seu compromisso com uma condição puramente potestativa (...)”.

⁴¹³ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 285.

⁴¹⁴ Art. 122, CC. “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

⁴¹⁵ “Invece rende nullo il negozio la condizione, sospensiva o risolutiva, che faccia dipendere la disposizione di un diritto o l'obbligazione dalla mera volontà di colui che ha disposto del diritto o assunto l'obbligazione:

punitivo da responsabilidade contratual, de modo que o juízo sobre a conduta do devedor passasse a determinar a imposição da obrigação de reparar pecuniariamente o dano causado.⁴¹⁶

O primeiro argumento, relativo às condições puramente potestativas, contudo, foi forjado para as cláusulas que limitam o objeto contratual, tornando-se inadequado diante da análise das cláusulas de não indenizar. Com relação às convenções excludentes, estas, como visto (v. item 3.3.2, *supra*), não afastam todos os efeitos do inadimplemento, permanecendo hígidos os pleitos pela exata prestação devida na hipótese de mora e pelo equivalente ao devido ou pela restituição do já cumprido no caso de inadimplemento absoluto. O negócio jurídico não deixa de produzir efeitos. Também se torna contestável a argumentação diante de cláusulas limitativas, que não privam o credor da reparação pecuniária, mas apenas fixam valor máximo de indenização. O devedor não poderia, portanto, cumprir o contrato se quisesse, arbitrariedade que violaria a ordem pública. Ao revés, ao descumprir a obrigação assumida, o devedor se submete às consequências do inadimplemento, que se referem ao direito do credor às referidas prestações materiais e também ao próprio dever de indenizar. A depender de sua extensão, ademais, o dano causado pode se afigurar inferior ao teto fixado na cláusula, devendo o inadimplente arcar com o valor integral da reparação. Por outro lado, se o dano for superior ao limite estipulado pela convenção, ainda assim o devedor deverá indenizar o credor (mesmo que em valor restrito), não podendo se eximir de tal obrigação por exclusivo arbítrio.⁴¹⁷

condizione meramente potestativa (artigo 1355). La condizione meramente potestativa o arbitraria, *si volam, si voluero*, o anche consistente in un fatto che non costi alcun sacrificio a chi debba porlo in essere, è incompatibile con la volontà di disporre o di obbligarsi” (PASSARELLI, Francesco Santoro. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957, p. 179). Tradução livre: “Por outro lado, torna nulo o negócio a condição, suspensiva ou resolutiva, que faça depender a disposição de um direito ou obrigação da mera vontade daquele que dispôs do direito ou assumiu a obrigação: condição meramente potestativa (artigo 1335). A condição meramente potestativa ou arbitrária, *si volam, si voluero*, ou que também consiste em um fato que não custe nenhum sacrifício a quem deva cumprir, é incompatível com a vontade de dispor ou de se obrigar”.

⁴¹⁶ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 286.

⁴¹⁷ “Particularmente generalizada, esta última – cláusula limitativa do montante da indemnização – consiste num valor máximo acordado pelos contraentes como limite que a indemnização não poderá ultrapassar. As partes convencionam antecipadamente que a indemnização não poderá ir além de certo montante, recebendo o credor uma soma inferior à que lhe seria devida, nos termos gerais, desde que esta, no caso concreto, ultrapasse aquele limite, previamente acordado” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 600). Sobre o tema, v. PERES, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 171.

O segundo fundamento acima aludido se orienta no sentido de que “a responsabilidade civil, ao lado da sua função reparadora, desempenha um papel punitivo”.⁴¹⁸ Entretanto, a função punitiva da responsabilidade civil não se amolda ao sistema jurídico brasileiro. De fato, o referido giro conceitual operado na teoria da responsabilidade civil resultou na alteração de perspectiva do ofensor para a vítima, abandonando-se por completo o escopo punitivo. Nesse sentido, o Código Civil, além de não contemplar qualquer autorização legal para a punição na responsabilidade civil, expressamente previu, em seu artigo 944, *caput*,⁴¹⁹ que a indenização se mede pela extensão do dano.⁴²⁰

A importação do viés punitivo do direito penal para o direito civil, consequência da interpretação proposta, acaba por subverter a lógica da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro, essencialmente reparatória.⁴²¹ Desconsidera-se, assim, a distinta natureza

⁴¹⁸ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 287.

⁴¹⁹ Art. 944, CC. “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”.

⁴²⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 175; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 212.

⁴²¹ “Aspecto interessante da tutela dos direitos fundamentais nas relações entre particulares refere-se à natureza sancionatória de mecanismos adotados pela autonomia privada. A exemplo do que ocorre em outros países de tradição romano-germânica, as chamadas penas privadas não encontram tratamento sistemático no ordenamento jurídico brasileiro. O próprio termo *pena privada* é estranho à legislação, e mesmo seu emprego pela doutrina e pela jurisprudência vem, em geral, acompanhado de algum desconforto. De penas privadas se costuma falar 'com pudor, a baixa voz, na ponta dos pés'. A terminologia, de fato, remete à vetusta *actio poenalis*, e a um caráter punitivo há muito abandonado pelo direito civil em prol do remédio exclusivamente ressarcitório. Longo, neste particular, o percurso histórico, iniciado já com a *Lex Poetelia Papiria* (326 a. C.), que limitou a incidência da responsabilidade civil ao patrimônio do ofensor, suprimindo os castigos corporais aplicados até então. A rejeição das penas – não apenas físicas, mas também pecuniárias – no âmbito das relações privadas acentua-se no decurso dos tempos, levando a uma rígida segregação entre o direito civil e o direito das penas (penal), não apenas sob o aspecto substantivo (estrutura e função), mas igualmente sob o aspecto adjetivo ou instrumental, como testemunha da quase universal diversidade de jurisdição. Tal segregação vem deliberadamente reforçada na Modernidade, com a *summa divisio* entre público e privado, cujo conteúdo ideológico não pode ser ignorado. A *purificação* do direito civil, pela progressiva exclusão de normas e princípios de caráter repressivo, resulta, assim, como um fato consolidado ao tempo da elaboração do próprio conceito atual de direito privado, a tal ponto que se chegou a notar que a expressão 'pena privada' encerraria uma aparente contradição entre o substantivo e o adjetivo” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 499).

das responsabilidades civil e penal, havendo, no último caso, previsões legais típicas para a punição (princípio da legalidade), inexistentes na primeira.⁴²²

Se, no passado, os rumos do direito civil e do direito penal se cruzaram, o percurso histórico segregou a aferição de responsabilidade nesses dois campos de estudo. No direito das penas, prevaleceu a tipicidade das condutas, punindo-se o ofensor, em regra, apenas por dolo, a destacar a importância da distinção entre dolo eventual e culpa consciente.⁴²³ No

⁴²² “Deste modo, no direito brasileiro, por força da desimportância atribuída aos graus de culpa, consagrou-se a regra de que a indenização mede-se pela extensão do dano, aferida de acordo com onexo causal, a qual se impõe uma vez configurada a prática do ato ilícito. Por esta razão, mesmo nas hipóteses de culpa levíssima, impunha-se a reparação, traduzida no adágio latino *in Lex Aquilia et levissima culpa venit*. A regra se coadunaria com o deslocamento do foco da responsabilidade civil da figura do ofensor para a da vítima, objetivando-se a mais ampla reparação possível pelos danos por esta sofridos; e, ainda, com a ausência de caráter punitivo do direito civil, que, ao contrário do direito penal, não recomenda a análise dos graus de culpa do ofensor para a sua condenação” (BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. *Civiltica.com*, a. 1, n. 2, 2012, p. 12).

⁴²³ “(...) deve ser igualmente destacado o fato de que existem institutos que colocam em posições opostas civilistas e penalistas. Em primeiro lugar pode ser recordada a distinção, muito cara ao Direito Penal e de pouca importância para o Direito Civil, entre *culpa consciente* e *dolo eventual*. Aquela não encontra previsão legal expressa nem mesmo no Código Penal, mas é reconhecida pela doutrina no caso em que 'o agente prevê o possível resultado e age confiante em que não sobreviverá'. Opõe-se, assim à *culpa inconsciente*, (...) 'em que o agente não prevê o resultado, que podia e devia prever' (previsibilidade pessoal). Já o *dolo eventual* encontra-se referido no art. 18, I, *in fine* do Código Penal, o qual dispõe que o crime é doloso quando o agente 'quis o resultado ou *assumiu o risco de produzi-lo*'. Esse dolo é também chamado *dolo indireto* e evidente é a dificuldade encontrada pela doutrina para diferenciá-lo da culpa consciente” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 67). No ordenamento português, por outro lado, em que há previsão legal de relevância dos graus de culpa, a doutrina diferencia o dolo eventual da culpa consciente também na seara do direito civil: v. “No dolo cabem, em primeira linha, os casos em que o agente quis directamente realizar o facto ilícito (apropriar-se da coisa alheia, destruí-la ou danificá-la, impedir o dono de usá-la; usurpar o nome de outrem, apoderar-se da marca de uma firma concorrente, etc.). Estes são os casos de dolo directo – aqueles em que o agente representa ou prefigura no seu espírito determinado efeito da sua conduta e quer esse efeito como fim de sua actuação, apesar de conhecer a ilicitude dele. O jornalista sabe que, narrando certo facto, atinge a honra ou o bom nome de outrem; e é esse preciso efeito que ele pretende atingir. O namorado ciumento sabe que, disparando a arma, atingirá mortalmente o seu rival, e é a morte deste que o agressor quer provocar. Ao lado destes casos, embora com um recorte psicológico distinto, outros devem ser ainda incluídos no conceito de dolo, por suscitarem igual juízo de reprovação no plano do direito. São aqueles casos em que, não querendo directamente o facto ilícito, o agente todavia o previu como uma consequência necessária, segura, da sua conduta. O efeito ilícito e o resultado querido estavam indissolavelmente ligados, o agente conhecia esse nexode causalidade, e nem por isso deixou de agir. A quer transportar certos produtos de um para outro dos seus prédios, sabendo que, para tal, os seus empregados têm de atravessar prédio alheio e destruir nele certas culturas; apesar disso, dá ordem nesse sentido. B quer destruir certa coisa de C e sabe que, para tal, é necessário danificar uma outra de D. Em relação à primeira coisa, há dolo directo; a outra é danificada também com dolo, mas dolo necessário. Os autores não hesitam em equiparar, quanto ao seu tratamento jurídico, o dolo necessário ao dolo directo. Hesitações e divergências entre eles (nomeadamente no direito penal, onde o problema tem sido há muito debatido) levanta o exame dos casos em que o agente previu a produção do facto ilícito, não como uma consequência necessária da sua conduta, mas como um efeito apenas possível ou eventual. Ao aproximar-se dum cruzamento, vendo pessoas e veículos a transitarem num sentido diferente do seu, o condutor não abranda a velocidade excessiva em que segue, pouco ou nada se importando com o risco de atropelar alguém ou chocar algum carro, como efectivamente veio a suceder. (...) Há dolo, nos casos em exame, sempre que o agente, ao actuar, não confiou em que o tal efeito

direito civil, preponderou a atipicidade das condutas, reparando-se a vítima na medida do dano. Nessa direção, torna-se irrelevante o juízo de reprovação da conduta do ofensor,⁴²⁴ admitindo-se, inclusive, hipóteses de responsabilidade sem culpa. Em síntese, a importação do escopo punitivo do direito penal para o direito civil, embora possa parecer constituir panaceia para o deslinde das controvérsias, traduz, na expressão de Marco Capecchi, verdadeiro placebo, cuja aplicação induz o intérprete à ilusão de descoberta da solução, enquanto os problemas de fundo permanecem.⁴²⁵

O fundamento para o requisito do dolo diz com os ditames da boa-fé objetiva.⁴²⁶ Ponha-se entre parênteses que, no ordenamento jurídico brasileiro, a boa-fé exerce dupla

possível se não verificaria; haverá mera negligência (consciente), quando o agente tenha actuado só porque (infundadamente embora) confiou em que o resultado não se produziria. No primeiro caso, haverá dolo – dolo eventual – porque a insensibilidade do agente perante os valores que violou continua a merecer um juízo de forte reprovação; no segundo, haverá mera culpa, embora culpa consciente, porque o agente previu (como possível) a produção do facto e não tomou as medidas necessárias para o evitar” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 569-572).

⁴²⁴ “Ou seja, diante do dano sofrido, a vítima fará jus à reparação integral, independentemente do juízo de reprovação da conduta” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63, 2008, p. 4).

⁴²⁵ Para além do elemento culpa, também se critica a importação dos conceitos de direito penal para aferição do nexo de causalidade. V. “Le ragioni del costante riferimento alla disciplina penalistica in tema di causalità sono forse altre e possono consistere nel processo di ‘derivazione’ della disciplina dell’illecito civile da quello penale oppure in una manifestazione di quel tradizionalismo di cui tempo addietro era stata accusata la dottrina. A questa conclusione induce la constatazione che l’impiego della disciplina penalistica da parte della dottrina civilistica non sia sufficientemente motivato e appaia, anzi, quasi come una ‘usanza’ tralaticia che viene seguita in modo acritico; troppo spesso, infatti, le indagini sul tema della causalità applicano la disciplina penale, quasi che questa sia una soluzione necessitata, e non indagano sulla opportunità di siffatta applicazione. Spesso, anzi, pare che il civilista (e questo è evidente soprattutto nelle decisioni della giurisprudenza) impieghi le disposizioni penali in tema di nesso di causalità come una panacea, come se la sola indicazione di queste norme fosse di per sé idonea a risolvere gli innumerevoli problemi che alla causalità si collegano. Ma in effetti più che una panacea sembra trattarsi di un placebo: la loro applicazione illude soltanto l’interprete di aver trovato la soluzione, ma i problemi permangono” (CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. Padova: CEDAM, 2012, p. 48). Tradução livre: “As razões da constante referência à disciplina penalística em tema de causalidade são talvez outras e podem consistir no processo de ‘derivação’ da disciplina do ilícito civil do ilícito penal, ou em uma manifestação daquele tradizionalismo do qual era acusada a doutrina tempos atrás. A esta conclusão induz a constatação de que o emprego da disciplina penalística por parte da doutrina civilística não seja suficientemente motivado e apareça, antes, quase como um uso translaticio que vem seguido em modo acrítico; por demais frequentemente, de fato, as investigações sobre o tema da causalidade aplicam a disciplina penal, quase como que esta fosse uma solução necessária, e não indagam sobre a oportunidade de uma tal aplicação. Frequentemente, antes, parece que o civilista (e isto é evidente sobretudo nas decisões da jurisprudência) emprega as disposições penais em tema de nexo de causalidade como uma panaceia, como se só a indicação dessas normas fosse de *per se* idônea para resolver os inumeráveis problemas que se ligam à causalidade. Mas, com efeito, mais do que uma panaceia, parece tratar-se de um placebo: a sua aplicação ilude somente o intérprete de ter achado a solução, mas os problemas permanecem”.

⁴²⁶ “(...) la dottrina riteneva in maniera univoca la invalidità del patto di esclusione da responsabilità per inadempimento del contratto dovuto a dolo, riconducendo il fondamento di tale principio a motivazioni offerte

função de: (a) interpretação dos negócios jurídicos e (b) criação de deveres anexos, gerando, como reverso da medalha, a vedação ao exercício abusivo de direitos^{427 428}. Desse modo, tal cláusula geral, que não se confunde com o estado de consciência tratado pela boa-fé subjetiva,⁴²⁹ impõe que os contratantes, em sua atuação, se pautem por um dever geral de colaboração.⁴³⁰

dalla stessa tradizione, cioè alla immoralità del patto, e alla sua contrarietà ad interessi generali o sociali o alla buona fede” (CECCHERINI, Grazia. *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità*. In: *Il codice civile commentario*. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 151). Tradução livre: “(...) a doutrina considerava de maneira unívoca a invalidade do pacto de exclusão da responsabilidade por inadimplemento do contrato devido a dolo, reconduzindo o fundamento de tal princípio a motivações oferecidas pela própria tradição, isto é, à imoralidade do pacto, e à sua contrariedade aos interesses gerais ou sociais ou à boa-fé”.

⁴²⁷ “A noção de exercício disfuncional baseada na função específica de cada situação jurídica, por sua vez, coaduna-se com a origem do instituto como imperativo prático da atividade judicial (a exigir a consideração dos interesses envolvidos no caso concreto), bem como permite antever, com singela clareza, a efetiva fronteira entre abuso e ilícito. Enquanto o ilícito decorre de direta desobediência à estrutura das situações jurídicas (não há direito), o abuso se afere em um segundo degrau do controle dessas situações: ocorre se, embora obedecida a estrutura (o titular não excede as prerrogativas que se lhe conferem), a posição jurídica é exercida em finalidade diversa daquele que justifica sua existência)” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, 2012, pp. 71-72). No mesmo sentido: “O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que, no primeiro, há inobservância de limites lógico formais e, no segundo, axiológicos materiais” (CARPENA, Heloisa. *O abuso do direito no Código de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 427).

⁴²⁸ “(...) as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora de deveres anexos”. Isso porque os deveres anexos integrantes do núcleo da cláusula geral de boa-fé “se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *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. 36).

⁴²⁹ “A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual a obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar (...) modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411).

⁴³⁰ “(...) la buena fe pone a plena luz la idea de cooperación que constituye el fundamento último de las relaciones de obligación y es la clave indispensable para entender su funcionamiento. La buena fe es, esencialmente, una actitud de cooperación” (BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 117-118). Tradução livre: “A boa-fé põe à plena luz a ideia de

Caberá ao intérprete moldar o conteúdo da boa-fé às diversas situações concretas, sempre considerando a interpretação e a aplicação do direito como operação única, de forma que a violação ao princípio será “verificável apenas ‘in concreto’, examinando-se o fato sobre o qual o princípio incide, e daí induzindo o seu significado”.⁴³¹ Trata-se, com efeito, de cláusula geral adequada à mobilidade e à abertura do sistema.⁴³²

Esclarecido o fundamento valorativo do requisito subjetivo em análise, passa-se a analisar sua interpretação sistemática para os pactos disciplinadores da responsabilidade civil. Em virtude da já referida aproximação de disciplina entre as cláusulas limitativas e as convenções penais, também estas, quando assumem perfil limitativo, se submetem ao requisito de validade do dolo. Caso contrário, restaria favorecida a fraude à lei, eis que bastaria a previsão contratual de cláusula penal de baixo montante sem previsão de possibilidade de indenização suplementar (em vez de pacto limitativo) para que o devedor pudesse contornar a vedação à limitação do dever de indenizar na hipótese de dolo. De mais a mais, a extensão do requisito em análise aos ajustes penais se justifica, em perspectiva metodológica, em razão de a identidade de função (limitação do dever de indenizar) e o similar grau de restrição ao princípio da reparação integral demandarem a identidade de

cooperação que constitui o fundamento último das relações obrigacionais e é a chave indispensável para entender o seu funcionamento. A boa-fé é, essencialmente, uma atitude de cooperação”. V. tb. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 118-119: “La ‘buena fe’ exige de cada uno de los contratantes el considerar como declarado por ambos y vigente como contenido del contrato y, por tanto, como conforme a su sentido, y como pactado objetivamente, de igual forma que si resultase exigido en el contrato mismo, todo aquello derivado no sólo de su tenor literal, sino de la finalidad objetiva reconocible del contrato, de la conexión con su sentido y de su idea fundamental; atendiendo, en el caso concreto, a los usos del tráfico existentes y a los intereses de los contratantes”. Tradução livre: “A boa-fé exige de cada um dos contratantes considerar como declarado por ambos e vigente como conteúdo do contrato e, portanto, como conforme ao seu sentido, e como pactado objetivamente, como se fosse exigido pelo próprio contrato, tudo que deriva não só do teor literal, mas da finalidade objetiva reconhecível do contrato, da conexão com seu sentido e sua ideia fundamental; atendendo, no caso concreto, aos usos do tráfico existentes e aos interesses dos contratantes”.

⁴³¹ COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 2006, p. 36.

⁴³² “O Direito positivo é dominado, fundamentalmente, não por um sistema móvel mas antes por um imóvel. No entanto, ele compreende partes móveis. O sistema móvel está, legislativamente, entre a formação de previsões normativas rígidas, por um lado, e a cláusula geral, por outro. Ele permite confrontar, de modo particularmente feliz, a polaridade entre os mais altos valores do Direito, em especial a tendência generalizadora da justiça e a individualizadora e constitui, assim, um enriquecimento valioso do instrumento legislativo. Ele não deve, contudo, ser exclusivamente utilizado, antes representando uma possibilidade legislativa entre outras, ligadas entre si” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 282).

disciplina incidente.⁴³³ Denota-se, desse modo, alteração na perspectiva de concepção da relação obrigacional, que deixa de ser vista como supremacia creditícia e passa a ser tomada como processo de cooperação, de sorte que também as cláusulas penais, embora tradicionalmente mais favoráveis aos interesses do credor, devem ser submetidas ao juízo de merecimento de tutela.

O raciocínio encontra largo desenvolvimento na experiência estrangeira, a que se faz referência sem se descuidar das particularidades de cada sistema, eis que, nesse ponto, as referidas premissas metodológicas comportam incidência para ambos os ordenamentos. Nessa esteira, aduz Massimo Bianca que a interpretação da disciplina incidente para a cláusula penal deve, de fato, ser conduzida no sistemático respeito dos princípios inderrogáveis do ordenamento postos para os ajustes de não indenizar.⁴³⁴ Tomaso Galletto, a seu turno, alerta para o perigo de que os contratantes burluem a proibição estipulada pelo requisito subjetivo de validade dos pactos excludentes e limitativos ao estabelecerem cláusula penal de baixo montante.⁴³⁵ Francesco Caringella sustenta, ainda, que, embora sejam abstratamente distintas, não se pode excluir que, em concreto, as cláusulas penais e as convenções limitativas tendem a coincidir e que, precisamente, o pacto penal pode se apresentar em concreto como limitativo do dever de indenizar, a atrair a mesma disciplina incidente.^{436 437} Desta feita, o requisito do dolo se traduz em importante instrumento de controle valorativo no tema em análise.

⁴³³ A respeito do cotejo identidade de função-identidade de disciplina incidente, seja consentido remeter a CASTRO, Diana Paiva de; FREITAS, Rodrigo. Pacto comissório e pacto marciano na retrovenda com escopo de garantia. *Revista Eletrônica OAB/RJ*, Edição Especial, 2018.

⁴³⁴ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. v. V. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994, p. 235. V. tb. RUPERTO, Cesare. *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*. livro IV. t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 466; NOBILI, Chiara. *Le obbligazioni: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*. Milano: Giuffrè Editore, 2001, pp. 112-113.

⁴³⁵ GALLETTO, Tomaso. Clausole di esonero dalla responsabilità. In: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*. v. II. Torino: Utet, 1988, p. 399.

⁴³⁶ CARINGELLA, Francesco. *Studi di diritto civile*. t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 891.

⁴³⁷ A bem da verdade, o controle valorativo efetuado pelo requisito do dolo, no sentido de vedar o exercício de direitos em contrariedade à boa-fé objetiva, apresenta vocação expansiva para a sistemática geral das cláusulas que excluem ou limitam o direito do credor a um dos remédios diante do inadimplemento. Desse modo, além de sua incidência com relação à restrição ou à exoneração do direito a perdas e danos, alcançando as convenções de não indenizar e os pactos penais, o requisito deve também abarcar as cláusulas que atenuem outras medidas à disposição do credor. Isso porque há aqui identidade de *ratio*, na medida em que, à luz dos princípios contratuais, todo e qualquer ajuste inserido em um negócio deve corresponder aos comandos de boa-fé objetiva, não se afigurando lícito que o accipiens exerça o direito previsto na convenção de modo abusivo. Em primeiro lugar, mencione-se a convenção *solve et repete* referente à exclusão da possibilidade de o credor, diante do descumprimento do *solvens*, se valer da exceção de contrato não cumprido, isto é, se negar a cumprir sua

4.2. Validade das cláusulas de não indenizar referentes à culpa grave

“A distinção entre a culpa leve e a culpa grave é imprecisa e só pode ser feita pelo sentimento”.⁴³⁸

MARCEL PLANIOL E GEORGES RIPERT

Para além do dolo, parte da doutrina sustenta a invalidade das cláusulas de não indenizar referentes à culpa grave, com base nos seguintes fundamentos: (i) incidência das mesmas razões de vedação ao dolo (função punitiva e transformação da cláusula em condição puramente potestativa), de modo que haveria proscrição à culpa grave por si própria; (ii) relevância dos graus de culpa no direito brasileiro (com base no art. 944, parágrafo único,

prestação até que o devedor o faça. Diante da pactuação de tal ajuste, deverá o credor adimplir sua obrigação para, ao depois, pleitear, se for o caso, a repetição. Não poderá se beneficiar de tal cláusula, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva, o devedor que atuar com dolo. Sobre o tema, v. ADDIS, Fabio. *Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni*. In: CONFORTINI, Massimo (Org.). *Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole negoziali tipiche e atipiche*. Torino: Utet, 2017, p. 775. De mais a mais, destaque-se a cláusula de irresolubilidade, que encontra amplo na experiência estrangeira, sobretudo italiana (*clausola di irresolubilità*). Trata-se de pacto que, na gestão de riscos contratuais, exclui o direito do credor de se valer da resolução contratual. Configura, assim, em certa medida, o reverso da medalha da cláusula resolutiva expressa. Enquanto esta representa a autorização para que o credor, diante do inadimplemento, proceda à resolução extrajudicial, em distribuição de riscos a favor do *accipiens*, a cláusula de irresolubilidade atua em prol do *solvens*, retirando da esfera do credor o remédio da resolução. No ordenamento jurídico pátrio, tal convenção se afigura válida, frente à previsão do artigo 475 do Código Civil, uma vez que ainda poderá o *accipiens* pleitear, no caso de mora, a exata prestação devida e, configurado o inadimplemento absoluto, o equivalente ao devido (v. item 1.1.3, *supra*), de modo que não há que se falar em completa privação de direitos do credor em face do inadimplemento. Na espécie, uma vez mais, não poderá o devedor se beneficiar da gestão de riscos distribuída em seu favor se agir com dolo. Sobre o tema, v. CARINGELLA, Francesco. *Studi di diritto civile*. t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 896. Cf. tb. SALVEMINI, Andrea. *I patti limitativi della risoluzione per inadempimento nei contratti di acquisizione di partecipazioni azionarie*. Tesi di dottorato. Università degli studi di Milano, 2014, p. 57: “Secondo questa ricostruzione, i patti di esclusione o limitazione della risoluzione per inadempimento sarebbero validi entro gli stessi limiti in cui il legislatore consente la predisposizione delle clausole di cui all’art. 1.229 cod. civ.. In questo modo, il patto che limita la risoluzione sfuggirebbe a un giudizio di invalidità, con il solo limite dell’ipotesi in cui la clausola sia inserita per il caso di inadempimento imputabile a dolo o colpa grave”. Tradução livre: “Segundo essa reconstrução, os pactos de exclusão ou limitação da resolução por inadimplemento seriam válidos dentro dos mesmos limites em que o legislador consente a predisposição das cláusulas do art. 1.229, do Código Civil. Desse modo, o pacto que limita a resolução fugiria a um juízo de invalidade, com o único limite das hipóteses em que a cláusula seja inserida pelo caso de inadimplemento imputável a dolo ou a culpa grave”. Ressalve-se que, como visto, no ordenamento jurídico italiano, há relevância da culpa grave por expressa previsão legal no artigo 1.229, o que não ocorre no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴³⁸ Tradução livre. No original: “la distinction de la faute légère et de la faute lourde est imprécise et ne peut guère être faite que par sentiment” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. t. VI. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 546).

CC⁴³⁹ e no Enunciado 145 do STJ⁴⁴⁰); (iii) equiparação essencial entre dolo e culpa grave, a admitir a analogia, segundo o brocardo romano *culpa lata dolo aequiparatur* e (iv) importação de previsões legislativas no direito estrangeiro que inadmitem as cláusulas de não indenizar relativas à culpa grave^{441 442}. Tais proposições, no entanto, encontram óbice no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro argumento, como visto, encontra entrave na inadequação da fundamentação, seja para o dolo, seja para a culpa grave, pois a limitação e a exoneração do dever de indenizar não privam o credor das demais prestações materiais diante do inadimplemento, não configurando condição puramente potestativa, e, ademais, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, função punitiva da responsabilidade civil. Nesse sentido, o entrelaçamento entre a defesa da invalidade das cláusulas diante de culpa grave e a finalidade de punição ao ofensor é realçado e criticado por Boris Starck, para quem a equiparação entre

⁴³⁹ Art. 944, CC. “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”.

⁴⁴⁰ Enunciado 145 da Súmula do STJ: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

⁴⁴¹ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985, pp. 291-292. V. tb. AMIGO, Manuel Garcia. *Lecciones de derecho civil II: teoria general de las obligaciones y contratos*. Madrid: McGraw-Hill, 1995, p. 620: “(...) siguiendo la distinción de grados de culpa – grave, leve y levisima –, de una parte, y, de otra parte, el alcance del principio culpa grave, *dolo aequiparatur*, se concluye generalmente la invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad contractual con criterio de imputación de culpa grave; por el contrario, se admite generalmente la validez de las cláusulas que exoneram o limitan la responsabilidad por culpa leve o levisima”. Tradução livre: “(...) seguindo a distinção dos graus de culpa – grave, leve e levisima –, de uma parte, e, de outra parte, o alcance do princípio culpa grave, *dolo aequiparatur*, se conclui geralmente a invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade contratual com critério de imputação de culpa grave; pelo contrário, se admite geralmente a validade das cláusulas que exoneram ou limitam a responsabilidade por culpa leve ou levisima”.

⁴⁴² No direito brasileiro, a equiparação do dolo à culpa grave é sustentada por AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração da culpa grave em caso de responsabilidade profissional. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 427-441; BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 165; FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 209-230; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 506; CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 343; NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 415. De outra parte, propugnam a diferenciação de regime, DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 95-124; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 346; PERES, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 176-179; PEREIRA, Vinicius. *Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 50-53.

dolo e culpa grave se afigura contestável e traduz a imposição de uma sanção ao devedor, constituindo clara opção pelo caráter repressivo da responsabilidade civil.⁴⁴³

O segundo argumento, a seu turno, encontra óbice na irrelevância dos graus de culpa (levíssima, leve e grave) no direito brasileiro.⁴⁴⁴ Nesse sentido, o aludido artigo 944, *caput*, do Código Civil, esclarece que a indenização é medida pela extensão do dano. Na síntese de Caio Mário da Silva Pereira, “nosso direito desprezou esta gradação da culpa, que não deve influir na determinação da responsabilidade civil” e que não encontra “apoio em boa parte da doutrina”.⁴⁴⁵

O parágrafo único do artigo 944, a seu turno, não apresenta a vocação expansiva de tornar relevantes os graus de culpa no ordenamento pátrio para outras hipóteses que não sejam a de redução equitativa da reparação (*rectius*, de seu específico suporte fático descrito no texto legal). Em primeiro lugar, sublinhe-se a existência de acirrado debate doutrinário acerca da interpretação do dispositivo, registrando-se posicionamento no sentido de considerar que a importância seria do nexos de causalidade, não já dos graus de culpa.⁴⁴⁶ Em segundo plano, mesmo considerando-se que a pertinência aqui é de fato dos graus de culpa, tal parágrafo único constitui *regra de natureza excepcional*, em que a relevância da natureza da culpa

⁴⁴³ “(...) cet adage est contestable. Ce qui est vrai, c’est qu’en présence d’une faute d’une certaine gravité, – qualifiée lourde – le juge estime qu’une sanction s’impose: le caractère répressif de la responsabilité civile se manifeste ainsi clairement” (STARCK, Boris. *Droit civil: obligations*. Paris: Librairies Techniques, 1972, p. 637). Tradução livre: “(...) esse adágio é contestável. O que é verdadeiro é que em presença de uma culpa de uma certa gravidade, – qualificada grave – o juiz estima que uma sanção se imponha: o caráter repressivo da responsabilidade civil se manifesta assim claramente”.

⁴⁴⁴ Não se afigura presente, no ordenamento jurídico pátrio, nenhuma das duas alternativas ventiladas por CHIRONI, Gian Pietro. *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 212: “In alcuni casi la legge si riferisce in modo espresso a questo grado di colpa: in altri, come si vedrà in appresso, il riferimento non è fatto in termini espressi, ma quelli adoperati mostrano non essere altro l’intendimento del legislatore”. Tradução livre: “Em alguns casos, a lei se refere expressamente a este grau de culpa: em outros, como se verá a seguir, a referência não é feita em termos expressos, mas aqueles usados mostram não ser outro o entendimento do legislador”.

⁴⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 99.

⁴⁴⁶ “O Código Civil de 2002 manteve, portanto, a orientação de que a indenização deve medir-se pela extensão do dano. O grau de culpa, em princípio, não influi na estimativa das perdas e danos; contudo, para que essa regra não se torne dura demais em alguns casos, o legislador, por meio do parágrafo único do art. 944, autorizou o magistrado a reduzir o valor da indenização (nunca, porém, a aumentá-lo), quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. A gravidade da culpa não serve, frise-se, como ‘medida’ da indenização, nem mesmo é, a nosso ver, adequada para determinar a distribuição do prejuízo entre os agentes co-responsáveis pelo dano. É o nexos causal o elemento da responsabilidade civil que deve exercer essa função” (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 324-325). V. tb. “(...) trata o parágrafo único do art. 944 muito mais de uma questão de causalidade legítima que propriamente da intensidade da culpa do agente” (TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 864).

decorre *de expressa previsão legal* e cuja aplicação é restrita, em doutrina, às hipóteses em que a ponderação dos interesses incidentes no caso concreto conclama a tutela do patrimônio mínimo do ofensor. Nesse sentido, sustenta-se que “o balanceamento da equidade deve levar em conta outros diversos fatores de ponderação, para além do grau de culpa, dentre eles o limite do patrimônio mínimo do ofensor e da vítima”. Assim, “se o causador do dano for solvente e tiver capacidade para suportar o encargo da indenização sem recair em pobreza, a aplicação do parágrafo único do art. 944 é de ser, em princípio, afastada”. Isso porque, nessa situação, “o pagamento da indenização à vítima não comprometeria a existência digna do ofensor e o princípio da restituição integral não permite a preponderância da tutela patrimonial do ofensor em detrimento da vítima”. Em síntese, “a *ratio* do dispositivo deve ser tão-somente a de evitar reduzir o causador do dano a um estado de carência”.^{447 448}

De mais a mais, no direito brasileiro, a dessemelhança entre culpa e dolo é reconhecida pelo legislador que, em diversos momentos, distancia a disciplina da culpa da normativa do dolo. Veja-se, a título ilustrativo, o artigo 762 do Código Civil⁴⁴⁹ que, no contrato de seguro, considera nulo o contrato para garantia de risco oriundo de ato doloso. Aqui não se admite a equiparação à culpa grave, tendo o Código Civil de 2002 alterado a redação do artigo 1.436 do Código Civil de 1916⁴⁵⁰ para excluir a menção a “atos ilícitos”, afastando, conseqüentemente, a noção de culpa, ainda que grave.⁴⁵¹ Do mesmo modo, refere-

⁴⁴⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63, 2008, p. 8.

⁴⁴⁸ Parte da doutrina traz ainda como argumento contrário à tese de transposição da relevância dos graus de culpa do artigo 944, parágrafo único, para a temática das cláusulas de não indenizar, a constatação de que o dispositivo em análise se vale do caráter da culpa para fins de quantificação do dano, não já para sua aferição (PEREIRA, Vinicius. *Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 52). Embora, de fato, a norma extraída de tal parágrafo único se refira ao *quantum debeat*, a argumentação não parece ser suficiente para afastar a incidência de idêntico raciocínio às cláusulas de não indenizar, eis que, como visto no item 1.1.2, *supra*, estas comportam diversas modalidades, que atuam ora no *an debeat* (como as de exoneração e as que se referem a modalidades de dano) ora no *quantum debeat* (como as de limitação). Com efeito, tratando-se de convenção limitativa do dever de indenizar, o debate acerca da invalidade da cláusula referente à culpa grave se dará também no *quantum debeat*, para se definir se a reparação será integral (ilicitude do pacto) ou parcial (licitude do ajuste).

⁴⁴⁹ Art. 762, CC/2002. “Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”.

⁴⁵⁰ Art. 1.436, CC/1916. “Nulo será este contrato, quando o risco, de que se ocupa, se filiar a atos ilícitos do segurado, do beneficiado pelo seguro, ou dos representantes e prepostos, quer de um, quer do outro”.

⁴⁵¹ “Pela regra atual, ao contrário do que ocorria sob a codificação anterior, a culpa, ainda que grave, não enseja a nulidade do contrato, contentando-se o legislador com o dolo, ou seja, com a vontade dirigida à produção do

se o Código exclusivamente ao dolo e não à culpa no artigo 400,⁴⁵² segundo o qual a mora do credor isenta o devedor da responsabilidade pela conservação da coisa, desde que este último não tenha agido com dolo, e no artigo 392,⁴⁵³ que determina, nos contratos benéficos, a responsabilidade do contratante beneficiado por simples culpa e daquele a quem o contrato não favorece por dolo.⁴⁵⁴

Nesse último caso, excepcionalmente, a jurisprudência procedeu à equiparação entre dolo e culpa grave, por meio do Enunciado 145 da Súmula do STJ, para hipótese específica: “no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”. Tal hipótese, contudo, não pode servir como argumento para, em raciocínio indutivo, defender-se a relevância dos graus de culpa no direito brasileiro. Isso porque a situação objeto de análise pelo Enunciado 145 da Súmula do STJ se afigura de todo diferente do caso da cláusula de não indenizar, não se admitindo a extensão de entendimento por ausência de similitude de *ratio*. Com efeito, no transporte desinteressado, estão em jogo danos pessoais à vítima, que, não logrando comprovar o dolo, restará completamente irressarcida. Desse modo, na ponderação dos interesses incidentes no caso concreto, pende no prato da balança o mais alto grau de restrição ao princípio da reparação integral (grau zero de indenização), sobretudo por se tratar de lesão à pessoa humana. A denotar a especificidade da situação, observe-se que, no transporte de pessoas, são vedadas as cláusulas excludentes, para lesão à pessoa e para lesão à coisa, independentemente da discussão de dolo ou culpa grave (art. 734, CC).

Vale ressaltar, ainda, que a própria aplicação do artigo 392 do Código Civil e do Enunciado 145 às hipóteses de transporte desinteressado tem sido objeto de críticas e de

resultado lesivo, ou ao menos a assunção do risco de se produzir tal consequência. Assim, o CC elimina quaisquer obstáculos à contratação de seguros, ainda que fundados na culpa do segurado” (TEPEDINO, Gustavo *et al. Código Civil interpretado conforme a constituição da república*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 571).

⁴⁵² Art. 400, CC. “A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação”.

⁴⁵³ Art. 392, CC. “Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei”.

⁴⁵⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63, 2008, p. 84.

afastamento, em virtude de gerar situação de desigualdade: na eventualidade de acidente, enquanto para o pedestre lesionado bastaria a comprovação de simples culpa, o passageiro teria que demonstrar o dolo ou a culpa grave do transportador.⁴⁵⁵ Em segundo passo, tem se posicionado a jurisprudência, mais recentemente, no sentido de não fazer incidir o Enunciado 145 do STJ, dispensando a comprovação da natureza grave da culpa e responsabilizando o transportador por simples culpa com base no caráter extracontratual da responsabilidade civil, por se tratar de transporte gratuito.⁴⁵⁶ Há, ainda, em terceiro passo, tese doutrinária no sentido da desnecessidade de aferição de culpa, considerando a atividade como de risco, a configurar,

⁴⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 315-316.

⁴⁵⁶ V., por todos, “Segundo consta dos autos, no dia 04 de fevereiro de 2008 o pai da autora passava o carnaval na cidade de Rancharia quando avistou o réu, seu conhecido, e embarcou em sua lancha, junto com outro amigo. Durante o passeio, o genitor da demandante veio a cair ou jogou-se da embarcação e afogou-se. Seu corpo foi achado dias depois, já sem vida. A autora imputa ao réu a responsabilidade pelo ocorrido, com fulcro na disciplina do contrato de transporte do Código Civil. Invoca, mais precisamente, o art. 734, pelo qual o transportador sempre responde pelos danos causados aos passageiros, salvo motivo de força maior. Em tese, poder-se-ia cogitar da existência no caso em tela de um contrato de transporte gratuito, atípico, e por isso sujeito à regra do art. 392 do Código Civil, segundo a qual nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Aliás, a Súmula 145 do STJ segue tal orientação, ao estatuir que ‘no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave’. *Tem prevalecido, porém, o entendimento de que o transporte gratuito não configura uma relação negocial propriamente dita, e por isso não se sujeita às regras de responsabilidade contratual, mas sim aquiliana*. Para Sérgio Cavalieri, não há dúvidas de que ao transporte puramente gratuito aplicam-se os princípios que regem a responsabilidade aquiliana. A seu ver, ‘quando alguém transporta outrem por mera cortesia, não tem a menor intenção de formalizar um contrato. As circunstâncias que envolvem o fato não caracterizam uma relação contratual, nem configuram vínculo jurídico convencional. Há simples ato de liberalidade. Por outro lado, quando alguém dá ou aceita carona, parece-me inegável que nenhum dos dois tem o propósito de emitir declaração de vontade vinculante; nem se pode equiparar tal conduta à doação ou ao mútuo, típicos contratos gratuitos, a eles, sim, aplicável o art. 392 do Código Civil’. Conclui, finalmente, o autor que a solução juridicamente correta é a ‘aplicação dos princípios da responsabilidade aquiliana ao ilícito decorrente de transporte gratuito, posto que não se configura, na espécie, o contrato de transporte, nem contrato benéfico passível de enquadramento quer no art. 392 do novo Código Civil, quer no art. 1.057 do Código revogado’ (op. cit., p. 316). *Sendo assim, os fatos postos a julgamento devem ser analisados sob o ângulo da responsabilidade civil extracontratual subjetiva e, nesse sentido, a prova dos autos impede que o réu seja responsabilizado pelo evento danoso que acometeu o pai da apelante. Em suma, a versão dos fatos que parece mais verossímil e consentânea com o conjunto probatório dos autos é a de que o barco se encontrava parado no momento em que José Geraldo caiu ou voluntariamente mergulhou na água, sendo que, quando Marcos e Aguinaldo se deram conta do ocorrido pois contemplavam outras lanchas próximas àquela em que se encontravam, avistaram José debatendo-se na água e desesperado”* (SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 0001025-92.2009.8.26.0047. 6ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Francisco Loureiro. São Paulo: 2 de maio de 2013). Cf. ainda SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 0009490-15.2009.8.26.0363. 29ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargadora Silvia Rocha. São Paulo: 20 de abril de 2016.

nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, hipótese de responsabilidade objetiva.⁴⁵⁷

Em outras palavras, se, com a edição do Enunciado 145 do STJ, em 1995, dispensou-se a prova do elemento dolo, equiparando-o à culpa grave, a solução não se afigurou suficiente para a adequada tutela da vítima, sobretudo diante das dificuldades de individuação do conceito de culpa grave no inadimplemento contratual, de modo que se observou, em seguida, tendência no sentido de dispensar a comprovação do grau grave da culpa, bastando a prova simples (com base em tese de responsabilidade extracontratual), e, passo adiante, de dispensar a comprovação mesmo da simples culpa, considerando a natureza da responsabilidade objetiva.

Em síntese, portanto, o Enunciado 145 do STJ não serve de argumento para a relevância dos graus de culpa da responsabilidade contratual, sustentando-se, contemporaneamente, ora a natureza subjetiva da responsabilidade extracontratual, com base em simples prova de culpa, ora o caráter objetivo da responsabilidade em atividade de risco, dispensando a comprovação do elemento subjetivo. Os graus de culpa se tornam irrelevantes, assim, mesmo para a hipótese do transporte gratuito.

Com relação ao terceiro fundamento, este se baseia na importação do brocardo *culpa lata dolo aequiparatur*, de origem romana, argumentando-se no sentido da equiparação entre dolo e culpa grave.⁴⁵⁸ No entanto, cumpre observar que a culpa grave se diferencia substancialmente do dolo em virtude da ausência de má-fé, a impedir a equiparação para fins de validade das cláusulas de não indenizar. Em outras palavras, a diferenciação em termos de violação à ordem pública está entre a boa-fé inerente à culpa grave e a má-fé inerente ao dolo. Observe-se que, no próprio direito romano, de onde se extrai o brocardo *culpa lata dolo*

⁴⁵⁷ Sobre o tema, v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 382.

⁴⁵⁸ Na experiência portuguesa, v. “A equiparação, em geral, da culpa grave ao dolo tem raízes bem antigas, devendo-se, ao que parece, a uma interpolação em textos de direito romano concernentes à responsabilidade contratual (estendendo-se depois à responsabilidade delitual), justificada pelo facto de suscitar uma reprovação ética e social semelhante ao dolo, não merecendo consideração quem age de forma tão censurável, até porque un stupide est peut-être plus dangereux qu'un méchant” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 234). Note-se, contudo, que, em tal ordenamento, há previsão expressa acerca da relevância dos graus de culpa, não se podendo conceber a incorporação acrítica de tal solução para o ordenamento brasileiro, como se verá adiante.

aequiparatur, reconhecia-se a validade da convenção de não indenizar na hipótese de culpa grave.⁴⁵⁹

A distinção essencial entre dolo e culpa grave, que, como demonstrada, foi adotada pelo direito brasileiro, que diferencia a culpa e o dolo e considera irrelevante, em tal distinção, os graus de culpa, é sublinhada pela doutrina clássica e contemporânea em tema de cláusula de não indenizar. Nessa toada, Jossierand, em combate ao adágio *culpa lata dolo aequiparatur*, sustenta que as noções são de todo diferentes e não podem ser conduzidas uma a outra se não em desafio a toda a psicologia e a toda a moral.⁴⁶⁰ Retome-se, no mesmo sentido, a referida síntese de Planiol e Ripert, “a distinção entre a culpa leve e a culpa grave é imprecisa e só pode ser feita pelo sentimento”.⁴⁶¹

De mais a mais, no específico tratamento do tema das cláusulas de não indenizar, já em 1909 aduzia Albert Desmazières que a assimilação entre dolo e culpa grave se revela absolutamente ilógica e a culpa grave não constitui razão suficiente para o agravamento da responsabilidade.⁴⁶² Pierre Robino, por sua vez, centra sua análise na constatação de que a cláusula de não indenizar corresponde, em contrapartida, a uma vantagem ao credor (comumente, relativa a um desconto no preço) e que, por isso, se afigura válida mesmo se

⁴⁵⁹ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 99-100. V. tb. “Controvertida sua aceitação [das cláusulas de não indenizar], é conveniente desde logo precisar os casos em que não é admissível, para, só então, descer à sua análise e desenvolvimento. Assim é que a ela se opõe a passagem do *Digesto*, Liv. XVI, Tit. III, fr. 1, 37, que descartava a *conventio de dolo non praestando*, vale dizer, é inidônea para eximir o devedor dos efeitos de seu procedimento doloso. Daí se estende a proibição de sua estipulação em afronta aos princípios de ordem pública e contra os bons costumes e a boa-fé – *contra bonam fidem contraque bonos mores*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 396).

⁴⁶⁰ “(...) on n’arrivera pas à justifier l’identification de deux notions qui sont de métaux différents et qui ne sauraient être ramenées l’une à l’autre qu’au mépris de toute psychologie et de toute morale” (JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. t. II. Paris: Librairie du Recueil Sirey société anonyme, 1930, nº 612). Tradução livre: “(...) não se chegará a justificar a identificação de duas noções que são de metais diferentes e que só poderiam ser equiparadas uma a outra se desprezarmos toda a psicologia e toda a moral”.

⁴⁶¹ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. t. VI. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 546.

⁴⁶² “(...) l’assimilation dont il s’agit est absolument illogique. La faute lourde est en effet celle que ne commettrait pas un individu d’intelligence ordinaire. Or, il est manifeste, que le défaut d’intelligence ne peut être une cause d’aggravation de la responsabilité” (DESMAZIÈRES, Albert. *Des clauses d’irresponsabilité dans le contrat de transport*: commentaire de la loi du 17 mars 1905. Poitie: Imprimerie Blais et Roy, 1909, pp. 25-26). Tradução livre: “(...) a assimilação de que se trata é absolutamente ilógica. A culpa grave é, com efeito, a que não cometeria um indivíduo de inteligência ordinária. Ora, é manifesto que a falta de inteligência não pode ser uma causa de agravamento da responsabilidade”.

referente à culpa grave, assegurado o equilíbrio da relação jurídica.⁴⁶³ Yannick Gontier sustenta, ainda, a existência de verdadeira diferença de natureza entre os conceitos, de modo que, enquanto o dolo se referiria à má-fé, a culpa grave atuaria na seara da boa-fé. Isso porque o dolo supõe o conhecimento da ilicitude, ao passo que, na culpa grave, há erro, negligência de elevado grau, mas sem intenção de prejudicar ou ciência do vício. Assim, a diferença fundamental estaria entre a má-fé de um lado e a boa-fé de outro.⁴⁶⁴ Este também é o entendimento de Antoine Antonini, o qual adverte que não se pode cometer a monstruosidade de assimilar a falta de execução de um contrato, de boa-fé, ao dolo, isto é, a um fato

⁴⁶³ “La clause limitative est valable toutes les fois qu’elle a sa contre-partie dans un avantage consenti au créancier, et l’on peut voir dans cette solution l’un des signes de l’avènement d’un nouvel ordre public de caractère strictement économique. Un champ nouveau s’ouvre à la liberté des conventions puisque la limite à la validité des clauses est ainsi repoussée jusqu’au dol. La distinction de la faute lourde et du dol jointe à la distinction de la faute légère et de la faute lourde, constitue une innovation essentielle de notre jurisprudence contemporaine. Elles impliquent, toutes deux, la consécration en notre matière de la gradation des fautes. Nous assistons en même temps à un élargissement très sensible de la validité des conventions d’irresponsabilité, au moins dans les rapports entre contractants, car sur le terrain délictuel la prohibition reste le principe. Un nouvel équilibre s’établit entre les exigences contradictoires que soulève le problème des clauses d’irresponsabilité. Le débiteur peut s’exonérer de sa faute légère; il peut, lorsque l’équivalence des prestations est assurée, limiter le montant de l’indemnité de réparation au cas de faute lourde. (...) On justifie cette attitude à partir d’un examen plus attentif de la conduite du débiteur et d’une analyse du contenu du contrat” (ROBINO, Pierre. *Les conventions d’irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine*. Paris: Sirey, 1951, p. 4). Tradução livre: “A cláusula limitativa é válida todas as vezes que ela tem sua contraparte em uma vantagem consentida ao credor, e pode se ver nesta solução um dos sinais do advento de uma nova ordem pública de caráter estritamente econômico. Um campo novo abre-se à liberdade das convenções, já que o limite à validades das cláusulas é assim estendido até o dolo. A distinção da culpa grave e do dolo junto com a distinção da culpa leve e da culpa grave constitui uma inovação essencial de nossa jurisprudência contemporânea. Elas implicam, ambas, a consagração em nossa matéria da gradação das culpas. Nós assistimos, ao mesmo tempo, a uma ampliação muito sensível da validade das convenções de irresponsabilidade, ao menos nas relações entre contratantes, pois sobre o terreno extracontratual a proibição permanece o princípio. Um novo equilíbrio se estabelece entre as exigências contraditórias que levanta o problema das cláusulas de irresponsabilidade. O devedor pode se exonerar de sua culpa leve; ele pode, quando a equivalência das prestações é assegurada, limitar o montante da indenização de reparação no caso de culpa grave. (...) Justifica-se essa atitude a partir de um exame mais atento da conduta do devedor e de uma análise do conteúdo do contrato”.

⁴⁶⁴ “Il est impossible d’assimiler la faute lourde au dol. En effet, il existe une différence de nature entre les deux notions. (...) Ainsi, le dol apparaît comme la mauvaise foi, alors que la faute, aussi lourde soit-elle, demeure dans le camp de la bonne foi. La distinction est rationnelle, souligne la doctrine. Le dol suppose au moins la connaissance du tort que l’on cause à autrui, ce qui suffit à constituer la mauvaise foi. Or la faute lourde est une erreur, une négligence énorme, impardonnable, mais son auteur n’avait ni l’intention de nuire, ni même la connaissance du tort qui en résulterait pour le créancier: il est encore de bonne foi. Bonne foi et mauvaise foi, telle est la différence fondamentale entre les deux notions” (GONTIER, Yannick. *Plaidoyer pour une révision judiciaire des clauses limitatives de responsabilité*. Paris: s.n., 2005, pp. 210-212). Tradução livre: “É impossível assimilar a culpa grave ao dolo. Com efeito, existe uma diferença de natureza entre as duas noções. (...) Assim, o dolo aparece como a má-fé, enquanto a culpa, por tão grave que seja, permanece no campo da boa-fé. A distinção é racional, sublinha a doutrina. O dolo supõe ao menos o conhecimento do prejuízo que se causou a outrem, o que basta a constituir a má-fé. Ora, a culpa grave é um erro, uma negligência enorme, imperdoável, mas seu autor não tinha nem a intenção de prejudicar, nem mesmo o conhecimento do prejuízo que dela resultaria para o credor: ele ainda está de boa-fé. Boa-fé e má-fé, esta é a diferença fundamental entre as duas noções”.

intencional, prejudicial, malicioso.⁴⁶⁵ Por fim, alerta Aguiar Dias que a alegação de violação à ordem pública por meio das convenções de não indenizar relativas à culpa grave não se sustenta diante das hipóteses fáticas, em que restará nítido que a ordem pública não foi em nada atingida, casos em que os ferrenhos defensores da tese de invalidade em face de culpa grave não verão outra alternativa se não “um progressivo afrouxamento do critério na apreciação da culpa: não ousando aplicar a cláusula exoneratória à culpa grave, retirar-lhe-ão a gravidade e a cláusula será validada, para que todo o mundo fique contente e se salvem os princípios”.⁴⁶⁶

O quarto argumento em favor da equiparação entre dolo e culpa grave diz com a importação de previsões legais nesse sentido no direito estrangeiro, como é o caso do ordenamento italiano, em que o artigo 1.229 dispõe: “É nulo qualquer pacto que exclua ou limite preventivamente a responsabilidade do devedor por dolo ou por culpa grave”.⁴⁶⁷ Do mesmo modo, no direito português, o artigo 18 do DL 446/85, de 25 de outubro, que trata das cláusulas contratuais gerais, afirma: “são em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave”, bem como aquelas que “excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou de culpa grave”.

Tal incorporação ao ordenamento pátrio, todavia, se revela acrítica. Não há como se pretender fundamentar solução para o direito brasileiro com base em dispositivos alienígenas, sob pena de se incorrer em atecnia.⁴⁶⁸ O fato de o direito estrangeiro adotar determinada

⁴⁶⁵ ANTONINI, Antoine. *Les clauses d'irresponsabilité dans le contrat de transport de marchandises*. Paris: Arthur Rousseau, 1907, p. 15.

⁴⁶⁶ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 102-103.

⁴⁶⁷ Tradução livre. No original: Art. 1.229. “E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave”. Na doutrina, v. PERLINGIERI, Pietro (a cura di). *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. v. IV. t. I. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, pp. 58-59; BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. v. V. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994, p. 65; GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. Padova: CEDAM, 2010, pp. 2010-2011.

⁴⁶⁸ “E também por parte dos mais atentos comparatistas tem-se a coragem de indicar que nos limitamos a receber acriticamente alguns lugares comuns e banalidades de outros ordenamentos ou a discutir a teoria de escritores estrangeiros sem que se indique qualquer estudo aprofundado por parte de nossos estudiosos. Um hábito, na verdade, também de alguns de nossos Mestres, que se traduz em um comportamento de distanciamento elitista da própria comunidade intelectual, quando a escolha entre confrontar ou ignorar as opiniões de outros resultar

resposta à questão não constitui por si só razão suficiente para haja a importação, devendo o intérprete buscar elucidação que se justifique na pluralidade de fontes normativas do ordenamento pátrio, que se revela aberto, heterogêneo e complexo, e cuja unidade é assegurada pela tábua axiológica constitucional.⁴⁶⁹

Com efeito, a transposição de regras legais a realidades díspares viola a necessária observância da historicidade e da relatividade do fenômeno jurídico. O intérprete, no exame do direito estrangeiro, deve partir de visão panorâmica do objeto de estudo, atentando para as diferenças fundamentais entre os sistemas e respeitando as particularidades locais.⁴⁷⁰ O ordenamento pátrio, no tema, possui peculiaridade inafastável, relativa à *irrelevância dos graus de culpa*. A título ilustrativo de tal especificidade, o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1965, de autoria de Caio Mário da Silva Pereira, previa, em seu artigo 924, que “a cláusula de não indenizar somente prevalecerá se for bilateralmente ajustada, e não contrariar a lei expressa, a ordem pública e os bons costumes, e nem tiver por objeto eximir o agente dos efeitos do seu dolo”, de modo a não se referir à culpa grave.⁴⁷¹

De mais a mais, também se poderia enumerar previsões legais na experiência estrangeira que se referem exclusivamente ao dolo, de sorte a demonstrar que o debate baseado na importação do direito estrangeiro acabaria por ser reduzido à seleção pelo intérprete do país de sua preferência. Não se pretende, neste ponto, proceder à importação destas outras regras, ou iniciar estudo de direito comparado, mas apenas ilustrar a insuficiência da escolha de determinados sistemas para a transposição. Registre-se, nesse sentido, a orientação adotada na recente promulgação do Novo Código Civil Argentino, em 2014,⁴⁷² que previu, em seu artigo 1.743, que serão as convenções inválidas se “liberam

inspirada em critérios obscuros até oscilar entre o exótico e o ocasional: comportamento certamente não útil para o conhecimento efetivo de nossa complexa cultura jurídica e de sua peculiar identidade” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 83). V. tb. SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 41-84.

⁴⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6.

⁴⁷⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 9, 2016, p. 18.

⁴⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 397.

⁴⁷² “Artículo 1743. Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder” (grifou-se).

antecipadamente, em forma total ou parcial, do dano sofrido por dolo do devedor ou das pessoas pelas quais deve responder”. De mais a mais, no ordenamento alemão, o artigo 276 (3) prevê a impossibilidade de liberação prévia do devedor de uma obrigação por dolo.⁴⁷³ Na síntese de Saleilles, neste sistema, o princípio da autonomia negocial, que orienta a admissibilidade das cláusulas de não indenizar, é mantido mesmo nas hipóteses de culpa grave.⁴⁷⁴ Idêntica solução é adotada pelo direito belga.⁴⁷⁵

Tradução livre: “Dispensa antecipada da responsabilidade. São inválidas as cláusulas que eximem ou limitam a obrigação de indenizar quando afetam direitos indisponíveis, atentam contra a boa-fé, os bons costumes ou leis imperativas, ou são abusivas. São também inválidas se liberam antecipadamente, em forma total ou parcial, do dano sofrido por dolo do devedor ou das pessoas pelas quais deve responder”.

⁴⁷³ No direito alemão, com efeito, a restrição legal se refere apenas ao dolo, admitindo-se, ainda, a cláusula de não indenizar mesmo por dolo na hipótese de responsabilidade do devedor por atos de auxiliares ou representantes legais. Nessa toada, cf. §§ 276 e 278 do BGB: “Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 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 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. (...) § 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: “Seção 276. Responsabilidade do devedor (1) O devedor é responsável por intenção e negligência, se o maior ou menor grau de responsabilidade não é explicitado ou inferido do conteúdo da obrigação, incluindo, mas não limitado, ao dar-se a garantia ou à presunção de um risco de aquisição. As previsões das seções 827 e 828 se aplicam com as necessárias modificações. (2) Uma pessoa age negligentemente se falha em atuar com razoável cuidado. (3) O devedor não pode ser liberado previamente da obrigação por intenção. (...) Seção 278 Responsabilidade do devedor para com terceiros. O devedor é responsável por culpa da parte de seu representante legal, e de pessoas que ele usa para cumprir suas obrigações, na mesma extensão que por culpa própria. A previsão da seção 276 (3) não se aplica”. Na doutrina, v. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 284-286.

⁴⁷⁴ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925, pp. 14-15: “Mais ce principe de responsabilité n'est qu'une règle interprétative de volonté; il pourra donc être, soit aggravé, soit atténué par la convention, et dans tel ou tel cas déterminé il ne sera pas impossible de sous-entendre une clause de ce genre, soit dans un sens, soit dans l'autre. Le projet admet ainsi dans sa plus large extension l'application de la liberté en matière de clauses de non-responsabilité, celles qui touchent au dol étant seules exceptées (Art. 225). Ce principe de liberté est maintenu même en ce qui touche la faute lourde”. Tradução livre: “Mas esse princípio de responsabilidade é somente uma regra interpretativa de vontade; ele poderia então ser, ora agravado, ora atenuado pela convenção, e em tal ou tal caso determinado, não será impossível de subentender uma cláusula desse tipo, seja em um sentido, seja em outro. O projeto admite, assim, em sua mais larga extensão a aplicação da liberdade em matéria de cláusulas de não-responsabilidade, sendo as que tocam ao dolo as únicas excepcionadas (Art. 225). Esse princípio de liberdade é mantido mesmo no que toca à culpa grave”. A esse respeito, Wanderley Fernandes noticia que, no direito alemão, a despeito da previsão legal, “a jurisprudência tem recusado atribuir validade às cláusulas em caso de culpa grave” (FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 141-145). Mais recentemente, no Relatório CISG Advisory Council Opinion No. 17, Lauro Gama reporta que o ordenamento alemão veda as convenções apenas diante de dolo, sendo a equiparação à culpa grave restrita aos contratos de adesão: “The German legal regime is more liberal towards limitation and exclusion agreements. Hence, such clauses are valid in commercial contracts, save in cases where the obligor has intentionally breached the contract (Section 276,

Além disso, o exame cuidadoso das experiências internacionais demonstra que, ainda quando expressamente prevista em lei, a invalidade dos ajustes referentes à culpa grave não se encontra imune a controvérsias. Ilustre-se com o caso do direito italiano, em que, como referido, há disposição legal acerca da invalidade das cláusulas de não indenizar relativas ao dolo e à culpa grave. Neste ordenamento, registra-se, em doutrina e em jurisprudência, posicionamento no sentido de que o referido artigo 1.229 do Código Civil não comporta incidência à limitação legal do dever de indenizar ou à responsabilidade extracontratual, para as quais apenas o dolo geraria a ineficácia do limite.⁴⁷⁶

BGB). In standard terms and adhesion contracts, exemption and limitation of liability clauses are deemed invalid in many circumstances, including where the breach of contract results from gross fault by the non-performing party” (CISG-AC Opinion No. 17, Limitation and Exclusion Clauses in CISG Contracts, Rapporteur: Prof. Lauro Gama Jr., Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, Brazil. Adopted by the CISG-AC following its 21st meeting in Bogotá, Colombia, on 16 October 2015, p. 35). Tradução livre: “O regime jurídico alemão é mais liberal para acordos de limitação e exclusão. Assim, tais cláusulas são válidas em contratos comerciais, salvo nos casos em que o devedor tenha inadimplido intencionalmente o contrato (Seção 276, BGB). Em termos padrão e contratos de adesão, as cláusulas de exoneração e de limitação do dever de indenizar são consideradas inválidas em muitas circunstâncias, inclusive quando a violação do contrato resulte de culpa grave pela parte inadimplente”. A controvérsia revela as dificuldades no estudo do direito comparado, sobretudo no que se refere à interpretação jurisprudencial e doutrinária da legislação.

⁴⁷⁵ V. OMMESLAGHE, Pierre van. Droit belge. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 240: “Non assimilation de la faute lourde au dol. Sous l’influence du Procureur général Hayoit de Termicourt, dont la doctrine a été longuement développée dans la mercuriale déjà citée du 15 de septembre de 1959 (*Dol et faute lourde en matière d’inexécution des contrats*), la Cour de cassation de Belgique, suivie par la jurisprudence se refuse à assimiler la faute lourde au dol”. Tradução livre: “Não assimilação da culpa grave ao dolo. Sob a influência do Procurador-geral Hayoit de Termicourt, cuja doutrina foi longamente desenvolvida na mercurial já citada em 15 de setembro de 1959 (*Dol et faute lourde en matière d’inexécution des contrats*), a Corte de Cassação da Bélgica, seguida pela jurisprudência, se recusa a assimilar a culpa grave ao dolo”. Cf. ainda BOURGOIGNIE, Thierry. Les clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité du professionnel à l’égard du consommateur: clauses en sursis?. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 267: “Seule en définitive l’intention de nuire ou la violation volontaire d’une obligation en toute conscience du préjudice, qui devait normalement en résulter pour autrui, permet d’écarter l’application d’une clause limitative ou exonératoire de responsabilité. Rien n’interdit de s’exonérer ni de sa faute lourde, ni des fautes lourdes ou même volontaires commises par les personnes dont on répond”. Tradução livre: “Só em definitivo a intenção de prejudicar ou o inadimplemento voluntário de uma obrigação, em toda consciência do prejuízo, que devia normalmente resultar dela para outrem, permite afastar a aplicação de uma cláusula limitativa ou exoneratória de responsabilidade. Nada proíbe de se exonerar nem de sua culpa grave, nem de culpas graves ou mesmo voluntárias cometidas pelas pessoas pelas quais se responde”. V. ainda CISG-AC Opinion No. 17, Limitation and Exclusion Clauses in CISG Contracts, Rapporteur: Prof. Lauro Gama Jr., Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, Brazil. Adopted by the CISG-AC following its 21st meeting in Bogotá, Colombia, on 16 October 2015, p. 35.

⁴⁷⁶ V., nesse sentido, GALLETTO, Tomaso. Clausole di esonero dalla responsabilità. In: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*. v. II. Torino: Utet, 1988, pp. 400-402: “Le leggi speciali prevedono, a volte, limitazioni legali di responsabilità (...). Secondo la giurisprudenza prevalente, ad esse non è applicabile l’art. 1229, in quanto tale norma disciplina soltanto le ipotesi in cui ‘l’esonero o la limitazione della responsabilità siano stabiliti per patto concluso dalle parti nella costituzione di un rapporto obbligatorio’. (...) In altra sede ho prospettato seri dubbi sulla contraddittorietà della colpa grave ai canoni morali essenziali receipti

Insista-se, uma vez mais, que, alertando-se ao *perigo da importação acrítica da experiência estrangeira*, advertência que orientou todo o trajeto deste trabalho, observa-se que, no direito brasileiro, os graus de culpa (grave, leve e levíssima) se afiguram irrelevantes e a responsabilidade civil apresenta função reparatória, não já punitiva, a gerar, como consequência, a impossibilidade de se sustentar a invalidade das cláusulas referentes à culpa grave. Na síntese da poesia, “*fruto transplantado de um sol a outro sol, estrangeiro em terras distantes: não encontrarás jamais o tempo maduro de teu florescer*”.⁴⁷⁷

Às críticas já formuladas, deve ser acrescentada proposição essencial para a releitura sugerida, que diz respeito à dificuldade de se conceituar a culpa leve no inadimplemento contratual, de sorte que considerar inválida a convenção de não indenizar referente à culpa grave representa, em verdade, fulminar a utilidade prática de tais ajustes, descurando-se de suas potencialidades funcionais. A questão se agrava, ainda, quando se está diante de inadimplemento de profissionais, em que a expertise inerente ao exercício da função faz com que o inadimplemento acabe por ser considerado gravemente culposos, a impedir a pactuação dos ajustes.

nell'ordinamento giuridico, sicché solo per i fatti dolosi esiste la regola cogente dell' imputabilità al soggetto di tutte le conseguenze sfavorevoli della sua condotta. Di conseguenza, qualora sia statuita una limitazione legale di responsabilità senza che sia estesa la sua applicazione al dolo o colpa grave, tale è inoperante solo di fronte al dolo, non già nell'ipotesi di colpa grave (...). L' analisi di queste opinioni deve procedere dall' indiscutibile dato che l'art. 1229 non è direttamente applicabile alla disciplina della responsabilità aquiliana: il mancato rinvio dell' art. 2056 all' art. 1229 há un significato unívoco. (...) Pertanto, di fronte ad ogni singola clausola [di esonero da responsabilità extracontrattuale] il giudice deve valutare la sua legittimità non già secondo una regola predeterminata, bensì accertando di volta in volta se essa realizzi interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento. Conviene fare qualche esemplificazione. Sicuramente sono nulle le clausole di esonero nell' ipotesi di illecito doloso o di danno alla persona”. Tradução livre: “As leis especiais preveem, por vezes, limitações legais de responsabilidade (...). Segundo a jurisprudência prevalente, a isso não é aplicável o artigo 1.229, enquanto tal norma disciplina somente as hipóteses nas quais a ‘exoneração ou a limitação da responsabilidade sejam estabelecidas por pacto concluído pelas partes na constituição de uma relação obrigatória’. (...) Em outra sede, levantei sérias dúvidas sobre a contraditoriedade da culpa grave com os cânones morais essenciais acolhidos no ordenamento jurídico, de modo que só pelos fatos dolosos existe a regra cogente da imputabilidade ao sujeito de todas as consequências desfavoráveis à sua conduta. Em consequência, quando seja estatuída uma limitação legal de responsabilidade sem que seja estendida sua aplicação ao dolo ou culpa grave, tal é inoperante só frente ao dolo, não já nas hipóteses de culpa grave (...). A análise dessas opiniões deve proceder do indiscutível dado que o art. 1.229 não é diretamente aplicável à disciplina da responsabilidade aquiliana: a falta de reenvio do art. 2056 ao art. 1.229 tem um significado unívoco (...). Portanto, frente a cada cláusula singular [de exoneração da responsabilidade extracontratual] o juiz deve avaliar sua legitimidade não já segundo uma regra predeterminada, mas sim verificando em cada caso se essa realiza interesses mercedores de tutela segundo o ordenamento. Convém dar alguns exemplos. Seguramente, são nulas as cláusulas de exoneração nas hipóteses de ilícito doloso ou de dano à pessoa”. V. tb. RUPERTO, Cesare. *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*. libro IV. t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 468. Cf. ainda NOBILI, Chiara. *Le obbligazioni*: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 109.

⁴⁷⁷ CASTRO, Luiz Heitor Paiva de. *Relíquias do sol*. Rio de Janeiro: Sette Letras, 1998, p. 21.

Com efeito, como resultado dos referidos posicionamentos, que exigem a inexistência de dolo ou culpa grave, a incidência das cláusulas de não indenizar se restringiria à culpa leve do devedor, a constranger demasiadamente sua aplicabilidade. A função das convenções limitativas e excludentes consiste, justamente, em permitir a previsibilidade contra riscos futuros. O inadimplemento por culpa leve constitui figura de difícil apreensão na responsabilidade contratual.⁴⁷⁸ *Tertium non datur*: ou bem não há inadimplemento imputável ao devedor, em virtude de inexistência de culpa na responsabilidade subjetiva, ou da existência de caso fortuito, força maior, fato de terceiro e fato da vítima, a interromper o nexo de causalidade,⁴⁷⁹ ou bem há inadimplemento imputável ao devedor, independentemente do grau de culpa.

A culpa grave encontra, ainda, a problemática de impossibilitar a pactuação de cláusula de não indenizar em sede de responsabilidade civil dos profissionais, na medida em que a expertise na prestação do serviço ou na entrega da coisa acaba por impossibilitar a configuração de culpa leve.⁴⁸⁰ Imagine-se a celebração de contrato entre Escritório de Advocacia X e Empresa Y, em que o Escritório de Advocacia X prestará serviços advocatícios com relação a 400 processos da Empresa Y. No negócio, suponha-se que seja pactuada cláusula excludente do dever de indenizar pela perda de prazo em até duas ações judiciais. Caso se admitisse como requisito de validade a culpa grave, tal ajuste restaria impossibilitado por se referir a conduta caracterizada como gravemente culposa (perda do prazo pelo advogado). Retirar-se-ia, assim, da autonomia negocial, instrumento de gestão de riscos negociais e de previsibilidade. Mesmo que teoricamente se considerasse que nem todo inadimplemento profissional é gravemente culposo, buscando-se individuar os graus de culpa,

⁴⁷⁸ “(...) revela-se extremamente difícil aferir o grau de culpa do agente no inadimplemento de uma obrigação contratual. Exemplo disso consiste na necessidade de o agente provar alguma excludente do nexo causal, não já a ausência de culpa, para que se exima de responsabilidade na violação de obrigação contratual, a justificar o entendimento de muitos autores no sentido de que a responsabilidade contratual é objetiva” (BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. *Civilistica.com*, a. 1, n. 2, 2012, p. 248).

⁴⁷⁹ Sobre o tema, v. TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63.

⁴⁸⁰ “Il semble donc possible, en définitive, d’admettre qu’une peine privée veienne sanctionner les fautes professionnelles, quand bien même celles-ci ne seraient qualifiées que de fautes simples si elles étaient commises par des profanes” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 335). Tradução livre: “Parece, então, possível, em definitivo, admitir que uma pena privada venha sancionar as culpas profissionais, quando mesmo elas seriam qualificadas apenas como culpas simples se fossem cometidas por leigos”.

hipóteses fáticas como a exemplificada demonstram a impossibilidade prática de se proceder a tal diferenciação em graus.

A incoerência sistemática é reportada por Tourneau. Retomando a célebre frase de Pothier, com relação aos artesãos, segundo a qual *spondet peritiam artis*, isto é, “que se garanta a perícia da arte”, o autor denuncia a prática judicial de se equiparar a simples culpa à culpa grave, em presença de profissionais, afigurando-se os magistrados mais inclinados a qualificar a culpa como grave na hipótese. A partir de tal tendência, segundo o autor, o domínio da culpa leve é restringido e, por consequência, o da eficácia total das cláusulas de não indenizar.⁴⁸¹

Note-se que o princípio da boa-fé objetiva, que fundamenta o requisito do dolo, não pode, em tema de cláusula de não indenizar, ser interpretado com rigidez que coloque em xeque a validade de tais ajustes. Deve-se aqui adotar cuidadosa interpretação do comando, uma vez que, se os contratantes, na gestão de riscos negociais, voluntariamente optam por pactuar convenção relativa à culpa grave, a boa-fé objetiva deve se orientar no sentido da preservação da matriz de riscos delineada pelas partes. Em outras palavras, a partir da pactuação da cláusula de limitação ou de exoneração, o *standard* de conduta a ser exigido dos contratantes passa a ser diferenciado, moldado de acordo com os termos dos riscos equacionados, orientando-se as legítimas expectativas no sentido de cumprimento das convenções de não indenizar, dotadas de força obrigatória.

⁴⁸¹ “Faut-il assimiler les fautes professionnelles aux fautes lourdes, dont on ne peut pas s'exonérer? En traitant avec un notaire, un médecin, un architecte, le client peut-il l'absoudre des conséquences de ses fautes professionnelles? Ne doit-on pas dire pour chaque professionnels ce que Pothier écrivait de l'artisan: *Spondet peritiam artis*? (...) En dehors des cas limités dans lesquels la loi exige une faute inexcusable pour assimiler la faute professionnelle à la faute dolosive, la pratique judiciaire tend à rapprocher la simple faute de la faute lourde en présence de professionnels. Comment? Les juges sont plus facilement enclins qu'ailleurs à qualifier une faute de *grave* ou de *lourde*. Dès lors, le domaine de la faute légère diminue, et par conséquent celui de l'efficacité totale des clauses de non-responsabilité. En outre, la jurisprudence interprète de plus en plus largement la faute inexcusable, qu'elle est insensiblement en passe de ramener à celle de faute lourde” (TOURNEAU, Philippe le. *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*. Paris: Dalloz, 2014, p. 537). Tradução livre: “É preciso assimilar as culpas profissionais às culpas graves, das quais não pode haver exoneração? Tratando com um notário, um médico, um arquiteto, o cliente pode absolvê-lo das consequências de seus erros profissionais? Não se deve dizer para cada profissional o que Pothier escrevia sobre o artesão: *Spondet peritiam artis*? (...) Fora casos limitados em que a lei exige uma culpa inescusável para assimilar a culpa profissional à culpa dolosa, a prática judiciária tende a aproximar a culpa simples da culpa grave em presença de profissionais. Como? Os juizes são mais inclinados do que antes a qualificar uma culpa de *grave* ou de *pesada*. A partir de então, o domínio da culpa leve diminui, e, por consequência, a da eficácia total das cláusulas de não responsabilidade. Além disso, a jurisprudência interpreta cada vez mais largamente a culpa inescusável, de modo que ela está insensivelmente em vias de se equiparar à culpa grave”.

Há, em decorrência da negociação, o surgimento de posição de vantagem ao devedor, que deixa de arcar (parcial ou integralmente) com os riscos do inadimplemento referentes à reparação por perdas e danos, mediante contrapartida ao credor, que também assim é colocado em posição de vantagem, de sorte que a boa-fé objetiva não pode ser interpretada como vetor de punição ao devedor inadimplente ou de necessário aniquilamento da posição de vantagem do *solvens* como sanção a seu descumprimento. A consequência de tais apontamentos é a de que o acordo entre as partes em gerir os riscos contratuais mediante os ajustes de não indenizar deve ser preservado, por incidência da boa-fé objetiva, vedando-se apenas condutas que se traduzam em patente ilicitude ou abusividade (as quais, como se verá adiante, caracterizarão dolo específico). Prestigia-se, nessa toada, a autonomia negocial. A bem da verdade, se a gestão de riscos se orientou no sentido de incidência do ajuste mesmo diante de culpa grave, a conduta do credor de, posteriormente, pretender tornar o pacto ineficaz e pleitear a reparação integral por invalidade do ajuste é que traduz violação às legítimas expectativas despertadas, caracterizando comportamento contraditório vedado pelos ditames da boa-fé (*nemo potest venire contra factum proprium*).

Imagine-se, com base no referido caso *Chronopost* (v. item 3.3.2, *supra*), que haja a celebração de contrato de transporte de coisa entre expedidor e empresa especializada em entrega rápida e as partes optem por ajustar cláusula limitativa do dever de indenizar no caso de atraso na remessa, que estabelece como teto o montante de 7.500 unidades, mediante desconto ao credor no preço. Verificado o atraso, suponha-se que os danos causados ultrapassaram o valor máximo fixado no ajuste, na extensão de, suponha-se, 10.000 unidades. Na espécie, não se admite que o expedidor pleiteie seu afastamento e a persecução da reparação integral sob o fundamento de que o descumprimento do prazo de entrega pela empresa especializada configura culpa grave, sob pena de total desapareço à equação de riscos livremente negociada pelas partes, deixando-se o cumprimento do contrato e de suas cláusulas ao alvedrio do credor. Trate-se de exemplo em que, uma vez mais, se demonstra a dificuldade de se diferenciar a culpa leve e a culpa grave no inadimplemento de profissionais.

Nessa esteira, aduz Pietro Barcellona, como já referido, que o princípio da boa-fé objetiva visa a assegurar a preservação do programa negocial, tomado como o conjunto de utilidades, vantagens e riscos que as partes delinearão na operação contratual. Busca-se,

assim, evitar que os contratantes possam, com o próprio comportamento, pôr em discussão ou comprometer, em lugar de preservar, o regulamento de interesses acordado.⁴⁸²

De mais a mais, o foco na aferição do grau de culpa no inadimplemento não dá conta das potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar para além da responsabilidade contratual subjetiva, referentes à sua pactuação na responsabilidade extracontratual, na responsabilidade objetiva e na responsabilidade pré-contratual. A individuação do dolo nesses cenários, por meio de apreciação dos momentos de previsão e de efetivação dos ajustes, será especificada no item seguinte.

4.3. Individuação de dolo específico do devedor

*“O princípio da equivalência entre culpa e dolo não pode se basear nas análises cientificamente corretas da responsabilidade civil”.*⁴⁸³

GUIDO ALPA E MARIO BESSONE

O estudo do tema das cláusulas de não indenizar encontrou maior desenvolvimento no âmbito da responsabilidade civil subjetiva por inadimplemento contratual. Poucas páginas foram, contudo, dedicadas, na doutrina brasileira, à incidência de cláusulas de não indenizar nas hipóteses de responsabilidade extracontratual, de responsabilidade objetiva e de responsabilidade pré-contratual.

Nesse cenário, a inadequação quanto à interpretação do requisito do dolo e da culpa grave consiste em considerar que o controle deve se basear no exame do grau de culpa (grave, leve e levíssima) no inadimplemento contratual, irrelevante no direito civil brasileiro. O controle, ao revés, deve se voltar para a investigação de *dolo específico* do devedor. O adjetivo “específico” se refere, aqui, ao giro necessário no estudo do tema, passando-se do grau de culpa do devedor ao inadimplir para a aferição de patente conduta ilícita ou abusiva nos momentos de celebração e de efetivação da cláusula de não indenizar. O exame se centra,

⁴⁸² BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovena, 1996, p. 360.

⁴⁸³ Tradução livre. No original: “(...) il principio di equivalenza tra colpa e dolo non può avere cittadinanza nelle analisi scientificamente corrette della responsabilità civile” (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 284).

portanto, especificamente na pactuação e na incidência do ajuste limitativo ou excludente, a justificar a terminologia.

4.3.1. Responsabilidade contratual

A primeira concepção de dolo específico diz respeito ao momento de celebração do ajuste de não indenizar, consistindo no aproveitamento pelo devedor da assimetria informacional entre os contratantes. A conduta vedada, portanto, se refere à violação do dever de informação por parte do devedor que, ocultando do credor o real risco do negócio, maliciosamente o distribui em prejuízo aos seus interesses, por meio de declaração falsa ou de omissão de dados relevantes, em descumprimento aos referidos ditames da boa-fé objetiva (v. item 4.1, *supra*).⁴⁸⁴

Imagine-se a celebração de contrato de cessão de ações, com vistas à aquisição de sociedade anônima, em que as partes tenham estipulado cláusula que assegura ao cessionário a reparação de passivos e contingências até determinado teto, suponha-se, de 50 milhões de reais, informando o cedente, nas negociações contratuais, por meio de demonstrações financeiras, a inexistência de passivo superior a 55 milhões de reais. Após a pactuação do ajuste, todavia, o cessionário vem a tomar ciência da existência de passivo de 100 milhões de reais, em montante muito superior ao limite fixado na convenção, prévio à celebração do contrato e de conhecimento do cedente. Nesse caso, resta evidenciado o dolo específico do cedente em acordar ajuste de não indenizar em limite significativamente inferior à real extensão dos passivos, sem que tal fato tivesse sido comunicado à contraparte, valendo-se para tanto da assimetria informacional entre ambas. Note-se, ainda, que a informação prestada pelo cedente desperta confiança de sua veracidade, não se afigurando válida a alegação por

⁴⁸⁴ Nesse sentido, Francesco Gambino sustenta a “l’introduzione di un criterio di valutazione che, nella distribuzione del rischio economico, tenga conto anche della condotta precontrattuale della parte non onerata”. Segundo o autor, “è intuibile l’effetto ulteriore del consolidarsi di una regola che, in relazione a circostanze generiche o specifiche di rischio, penalizza il contraente che sa o doveva sapere: di agevolare, durante le trattative e la conclusione del contratto, lo scambio di informazioni tra le parti incoraggiando la gestione in via negoziale delle sopravvenienze” (Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato. In: *Studi in onore di Giorgio Cian*. t. I. Padova: CEDAM, 2010, p. 1173). Tradução livre: “a introdução de um critério de valoração que, na distribuição do risco econômico, tenha em conta também a conduta pré-contratual da parte não onerada”. Segundo o autor, “é intuitivo, o efeito ulterior de consolidar-se uma regra que, em relação a circunstâncias genéricas ou específicas de risco, penaliza o contratante que sabe ou devia saber: facilitar, durante as tratativas e a conclusão do contrato, a troca de informações entre as partes, encorajando a gestão em via negocial das superveniências”.

aquele que forneceu o dado falso de que a contraparte teria o dever de saber a inadequação de tais informações.⁴⁸⁵

Registre-se que a invalidade das cláusulas limitativas e excludentes diante de dolo específico, em face dos ditames da boa-fé objetiva, pode ser também apreendida por outro prisma, com relação ao afastamento dos ajustes de não indenizar em face de riscos não levados em consideração na gestão negocial, à luz do princípio do equilíbrio contratual, tendo em vista que o risco foi previsto por um dos contratantes e maliciosamente ocultado do outro, que o desconhecia. De fato, apenas podem ser considerados geridos os riscos de que tinham conhecimento as partes na celebração do ajuste. Tratando-se de riscos desconhecidos, de outro giro, a convenção deve ser afastada.⁴⁸⁶

Além disso, terceiro fundamento de invalidade dos ajustes se refere à constatação de que, nas hipóteses aventadas, o motivo determinante da pactuação diz com a gestão de riscos efetuada nos estritos limites das informações prestadas pela contraparte. No exemplo formulado, parece evidente que a razão de previsão da cláusula tomou como base a inexistência de passivo superior a 55 milhões de reais. Note-se que, como visto no item 3.1, *supra*, os motivos se afiguram, em regra, irrelevantes no direito civil. Todavia, quando assumem a natureza determinante, a legislação lhes atribui relevância, como aptos a viciar a declaração de vontade por erro quando falsos (art. 140, CC⁴⁸⁷) e a invalidar o pacto diante de dolo da contraparte (arts. 145, 147 e 171, II, CC⁴⁸⁸). Resta evidenciado, assim, que o motivo,

⁴⁸⁵ Nesse sentido, ao tratar das cláusulas de representação e garantia, aduz Caitlin Mulholland que “a alegação por parte do vendedor de que o comprador, mesmo diante das informações prestadas por ele na cláusula de representação e garantia, deveria ter tomado as precauções extraordinárias para se precaver dos riscos inerentes do negócio, riscos estes afastados pela declaração, configura um verdadeiro comportamento contraditório por parte do vendedor” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. As cláusulas de representação e garantia e a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos paritários. In: FIUZA, César Augusto de Castro; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; CARVALHO NETO, Frederico da Costa. (Coords.). *Direito Civil I*. João Pessoa: Conpedi, 2015, p. 105).

⁴⁸⁶ “Evidentemente, os riscos que constituirão objeto de gestão pelos particulares hão de ser previsíveis, de modo que se possa atribuir a um ou outro contratante os efeitos de sua verificação” (BANDEIRA, Paula Greco. Os contratos incompletos e a soft law. *Revista dos Tribunais*, v. 966, 2016, p. 145).

⁴⁸⁷ Art. 140, CC. “O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”.

⁴⁸⁸ Art. 145, CC. “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa”; Art. 146. “O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo”; Art. 147. “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”; Art. 171. “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: (...) II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

quando determinante, passa a integrar o conteúdo negocial, gerando a invalidação da convenção caso se revele frustrado.⁴⁸⁹

A segunda apreensão do requisito do dolo específico se dá no momento de efetivação do ajuste, isto é, no curso da execução contratual, referindo-se à conduta do devedor que maliciosamente faz incidir a convenção. Aqui, contudo, faz-se necessário segregar duas atuações de todo diversas: (i) a do contratante que, em conduta nitidamente contrária à ordem pública, se aproveita do manto da convenção de não indenizar para praticar ilícito, como na hipótese do depositário que põe fogo no armazém em que estavam os bens do depositante ou do transportador que furta para si as mercadorias que deveriam ter sido transportadas e (ii) da parte que, em cálculo de custo-benefício, opta por inadimplir e arcar com o montante fixado na cláusula disciplinadora da responsabilidade civil.

De fato, na primeira situação, a má-fé é patente, de modo a justificar o afastamento da cláusula de não indenizar.⁴⁹⁰ A esse respeito, ilustrativo exemplo pode ser extraído do caso *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd*, de 1980, do direito inglês, em que a empresa *Securicor Transport Ltd* foi contratada para prover a segurança da fábrica da sociedade *Photo Production Ltd*, sendo prevista no contrato cláusula excludente do dever de indenizar e havendo, posteriormente, conduta deliberada de empregado da sociedade de segurança que ateou fogo no estabelecimento, a qual caracteriza dolo específico.⁴⁹¹

Por outro ângulo, na segunda hipótese enumerada, a solução se afigura diversa. Não há, em juízo abstrato e apriorístico, violação à ordem pública se, da interpretação contratual, em relação equilibrada, decorrer que a equação negocial se deu no sentido de validade do cálculo de custo-benefício, caso em que a estipulação da cláusula significará justamente a

⁴⁸⁹ “Nessa ordem de ideias, se o motivo extrapola o plano psicológico e se afigura determinante para a celebração do ajuste, como tal declarado pelas partes no contrato, insere-se no objeto do negócio, integrando seu conteúdo, de modo a tornar-se elemento essencial” (TEPEDINO, Gustavo. Prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos. In: TEPEDINO, Gustavo. *Soluções práticas de direito*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 578).

⁴⁹⁰ Nesse sentido, Cesare Ruperto considera nula “(...) la violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico – tra cui gli obblighi attinenti alla salvaguardia dell’altrui integrità fisica o morale, quelli relativi all’esercizio di uffici pubblici e privati e tutti quelli penalmente sanzionati”. Tradução livre: “(...) a violação das obrigações derivadas das normas de ordem pública – entre as quais as obrigações atinentes à salvaguarda da integridade física ou moral de outrem, aquelas relativas ao exercício dos ofícios públicos e privados e todas aquelas penalmente sancionadas” (RUPERTO, Cesare. *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*. libro IV. t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 467).

⁴⁹¹ NICOL, Andrew; RAWLINGS, Rick. Fundamental breach burnt out: *Photo Production v. Securicor*. *The Modern Law Review*, v. 43, n. 5, 1980, p. 546.

gestão dos riscos no sentido de satisfação dos interesses do credor com o montante fixado, que corresponde a determinada vantagem contraposta a este. As exigências de boa-fé objetiva não significam, como certo romantismo poderia levar a crer, a obrigação de os contratantes priorizarem o interesse da contraparte antes de seu próprio ou sacrificarem posições de vantagem. Em verdade, a boa-fé se orienta no sentido de preservação do escopo perseguido pelas partes, nos termos da matriz de riscos previamente delineada, a qual inclui o ajuste de não indenizar.⁴⁹²

Neste particular, deve-se salientar que a incidência da cláusula, baseada em descumprimento oriundo da análise de custo-benefício, não importa no esvaziamento do escopo contratual, ainda permanecendo obrigado o devedor ao cumprimento da prestação devida, em caso de mora, e do equivalente ao devido ou da restituição do já cumprido na hipótese de inadimplemento absoluto, bem como à reparação por perdas e danos no montante fixado no ajuste. Ademais, tal situação, decorrente da gestão de riscos efetuada em comunhão de interesses das partes, difere sobremaneira daquela em que o contratante se vale da convenção de não indenizar para praticar ilícito. Enquanto nesta há grave violação à ordem pública, a albergar no contrato práticas frontalmente contrárias ao ordenamento, naquela se entrevê, a partir de juízo acerca do dispêndio no cumprimento da prestação pelo devedor, a efetivação de ajuste que previamente distribuiu os riscos do inadimplemento ao credor em contrapartida a vantagem concedida a este. Em síntese, a análise de custo-benefício não constitui, nos termos analisados, dolo específico.

Controverte a doutrina, de outra parte, a respeito da interpretação do requisito do dolo quando referente a atos de terceiros. Para uma primeira corrente, o requisito de validade subjetivo, aqui analisado, embora colocado para a responsabilidade do devedor, não seria procedente quando o ajuste limitativo ou excludente se referisse à responsabilidade de

⁴⁹² “(...) a boa-fé objetiva não importa em sacrifício em posições contratuais de vantagem. Em outras palavras, as partes, na prática, concorrem – e o direito não veda, em relações paritárias, que concorram – entre si na aquisição e manutenção de posições prevalentes e de proteção, o que é da essência das relações negociais. (...) Sustentar o contrário traduz puro romantismo, ao qual as relações patrimoniais e a prática contratual não podem se adaptar” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *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, pp. 40-41).

terceiro, havendo ampla liberdade das partes na pactuação desta espécie de cláusula de não indenizar, desde que o pacto não violasse a ordem pública.⁴⁹³

Para uma segunda tese, a natureza da responsabilidade, se por atos próprios do devedor ou por atos de terceiros, seria irrelevante, incidindo para ambas o requisito de validade do dolo, que traduz exigência de ordem pública. Caso contrário, “admitir a exclusão ou a limitação da responsabilidade por actos de auxiliares ou de representantes legais em caso

⁴⁹³ Nos ordenamentos italiano e português, a interpretação literal dos dispositivos parece indicar que o único requisito de validade posto para as cláusulas de não indenizar por atos de terceiro seria a ordem pública. No direito italiano, v. Art. 1.229. “È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore e dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”. Tradução livre: “É nulo qualquer pacto que exclua ou limite preventivamente a responsabilidade do devedor por dolo ou por culpa grave. É nulo também qualquer pacto preventivo de exoneração ou de limitação de responsabilidade para os casos nos quais o fato do devedor ou de seus auxiliares constitua violação a obrigações derivadas de normas de ordem pública”. Na doutrina, v. VISINTI, Giovanna. *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*. Padova: CEDAM, 1965, p. 131. No direito português, cf. Artigo 800.º “(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”. Na doutrina, cf. SERRA, Adriano Vaz. Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 72, 1958, p. 301. No direito alemão, prevê expressamente a legislação a validade da convenção referente a atos de terceiros em face de dolo. Nessa toada, cf. §§ 276 e 278 do BGB: “Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 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 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. (...) § 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: “Seção 276. Responsabilidade do devedor (1) O devedor é responsável por intenção e negligência, se o maior ou menor grau de responsabilidade não é explicitado ou inferido do conteúdo da obrigação, incluindo, mas não limitado, ao dar-se a garantia ou à presunção de um risco de aquisição. As previsões das seções 827 e 828 se aplicam com as necessárias modificações. (2) Uma pessoa age negligentemente se falha em atuar com razoável cuidado. (3) O devedor não pode ser liberado previamente da obrigação por intenção. (...) Seção 278 Responsabilidade do devedor para com terceiros. O devedor é responsável por culpa da parte de seu representante legal, e de pessoas que ele usa para cumprir suas obrigações, na mesma extensão que por culpa própria. A previsão da seção 276 (3) não se aplica”. A respeito do ordenamento alemão, ressalve-se que “a excessiva generosidade (...) do legislador alemão de 1896, expressa no § 278, 2, foi sendo corrigida sobretudo ao nível da responsabilidade das pessoas colectivas, furtando-se do alcance permissivo desta norma a exclusão da responsabilidade por actos dos seus órgãos, *qua tale*, e igualmente dos seus membros ou de pessoas com funções de direcção (...), sendo o devedor pessoalmente responsável, da mesma forma, por qualquer culpa de organização (...), não podendo valer-se, por isso, do § 278, 2” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 267).

de incumprimento imputável a título de dolo” corresponderá “a aceitar a exclusão ou a limitação da responsabilidade do devedor por um dolo que é juridicamente seu”.⁴⁹⁴

Para um terceiro posicionamento, seria necessário distinguir os terceiros subordinados ao devedor e os terceiros independentes. No primeiro caso, o requisito de validade seria idêntico ao posto para a prática de atos pelo próprio devedor. Na segunda situação, seria válida a convenção de não indenizar ainda que diante de dolo. Sustenta-se, nesse sentido, que “normalmente os auxiliares estarão ligados ao devedor por contrato de trabalho, o que constituirá índice seguro da sua subordinação”, não cabendo a distinção entre atos do devedor e atos de terceiro, uma vez que “o trabalho integra-se na organização da entidade patronal, é um elemento ao serviço dos seus fins, um factor de produção quando se trate de uma empresa económica”. Por outro lado, hipóteses ocorrerão em que o devedor contrata “serviços de pessoas alheias à sua organização, independentes da sua empresa, as quais actuarão com autonomia”.⁴⁹⁵ Dois fatores configuram a independência do terceiro: um económico, relativo à inexistência de vínculo do auxiliar com a empresa ou unidade económica, e um jurídico, referente à impossibilidade de o devedor dar ordens ou instruções a esse terceiro.⁴⁹⁶

Por fim, para um quarto entendimento, que decorre, a bem da verdade, de uma especificação da terceira tese, a maior liberdade na apreciação do requisito do dolo só se daria no caso em que além de o terceiro ser independente, a escolha deste terceiro é feita pelo

⁴⁹⁴ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 60; CECCHERINI, Grazia. *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità*. In: *Il codice civile commentario*. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 197.

⁴⁹⁵ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 89. V. tb. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 604.

⁴⁹⁶ “Entendemos, a este respeito, que há a considerar dois tipos de auxiliares: uns, integram-se na empresa do devedor, são seus dependentes, fazem parte da unidade económica de que aquele é titular; outros, a que o devedor poderá recorrer ocasionalmente, serão auxiliares autónomos e independentes. Trata-se, em ambos os casos, de pessoas que o devedor utiliza para o cumprimento da obrigação (art. 800º, nº 1), –, e, ‘hoc sensu’, de auxiliares – sendo aquele, em princípio, responsável pelos actos destes, haja ou não entre o devedor e essas pessoas uma relação de comissão (diversamente do que sucede para efeitos do art. 500.º). Essa distinção, no entanto, indiferente nos termos no nº 1 do art. 800º, já será relevante para efeitos do nº 2, da mesma norma, a fim de se apurar o alcance que poderá revestir a exclusão ou a limitação da responsabilidade: tratando-se de auxiliares autónomos, o devedor poderá excluir (ou limitar) a sua responsabilidade, ainda que em caso de dolo destes, desde que haja acordo ‘ad hoc’ nesse sentido; tratando-se, porém, de auxiliares dependentes, as condições de exoneração do devedor serão as mesmas, como se estivessem em causa actos próprios e não actos dos seus auxiliares – só poderá isentar-se da responsabilidade em caso de culpa leve, ou seja, nos termos do art. 809º” (MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990, pp. 254-255). V. tb. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 51-52.

próprio credor, sob pena de se permitir ao empresário subtrair-se dos riscos inerentes ao exercício de sua atividade. Em outras palavras, nas hipóteses em que o agente fosse definido pelo credor, seria válida a cláusula de não indenizar mesmo por dolo. Fornece-se como exemplo caso em que sociedade empresária selecionada pelo credor é contratada para desenvolver os processos de produção de uma obra, para os quais o empreiteiro não detém conhecimento técnico, de modo a se admitir a exclusão do dever de indenizar, mesmo que por ato doloso, em face de danos decorrentes de imperfeições ou defeitos relativos à tecnologia empregada por este terceiro.⁴⁹⁷

No direito brasileiro, o requisito de validade do dolo específico deve se colocar tanto para a responsabilidade do devedor por ato próprio quanto por ato de terceiro subordinado, como, por exemplo, os empregados da sociedade empresária, eis que, a rigor, os atos praticados pelos empregados são, na verdade, atos praticados pela própria empresa, tratando-se o suposto terceiro de mero *longa manus* do devedor.⁴⁹⁸ Isso ocorre, sobretudo, na realidade industrial contemporânea, em que, como fenômeno dominante e insubstituível,⁴⁹⁹ as obrigações do devedor são cumpridas por meio de seu aparato de pessoal. Desse modo, a solução que mais se amolda à unidade do sistema diz com a terceira tese, intermediária entre a primeira e a segunda. Com efeito, a primeira corrente descarta do fato de que, quando o terceiro é subordinado ao devedor, autorizar a cláusula de não indenizar diante de ato doloso significaria permitir que o próprio devedor atuasse com dolo. Já o segundo posicionamento não dá conta das inúmeras possibilidades de configuração das contratações, em que o terceiro pode se afigurar independente do devedor, caso em que não se tratará, como se enunciou na crítica, de “aceitar a exclusão ou a limitação da responsabilidade do devedor por um dolo”.

Assim, se o terceiro, embora selecionado pelo devedor, é efetivamente independente, admite-se menor rigor na apreciação dos requisitos de validade, podendo o devedor se exonerar mesmo diante de dolo do terceiro. Isso porque, nesse caso, não há atuação abusiva

⁴⁹⁷ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 287.

⁴⁹⁸ Antunes Varela caracteriza esses casos como “situações de cumprimento através da *longa manus* do devedor, constituída pelo seu representante legal ou auxiliar” (*Das obrigações em geral*. v. I. Coimbra: Almedina, 2000, p. 138). V. tb. CARINGELLA, Francesco. *Studi di diritto civile*. t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 898.

⁴⁹⁹ A expressão é de MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 265.

do devedor a ferir o princípio da boa-fé objetiva nem se produz na esfera do credor a perda do direito à indenização, permanecendo o terceiro obrigado a tal reparação. Note-se que, nesse particular, não parece colher a tese sustentada pelo quarto entendimento apresentado, uma vez que, tratando-se de terceiros independentes escolhidos pelo credor, sequer há que se cogitar de responsabilidade do devedor, porquanto inexistente qualquer participação deste na definição do contratante, de modo que se torna desnecessária a pactuação de convenção de não indenizar para responsabilidade que não está conjecturada legalmente.

Nesse sentido, retome-se o caso *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd*, de 1980, do direito inglês.⁵⁰⁰ Com base no julgado, imagine-se exemplo em que sociedade X é contratada para prover a segurança da empresa Y. No negócio, foi prevista cláusula excludente do dever de indenizar por ato de terceiro. No curso da execução contratual, empregado de X ateia deliberadamente fogo no estabelecimento da empresa Y. Na espécie, resta configurado o dolo específico de X, por meio de atuação de seu empregado (terceiro subordinado), a tornar ineficaz o ajuste de não indenizar.

Por outro lado, muito se debateu, sobretudo no direito francês, sobre a possibilidade de que as cláusulas de não indenizar representassem mera inversão do ônus da prova, não já exoneração ou limitação do dever de indenizar. De acordo com esse posicionamento, considerando-se que, na responsabilidade contratual, a culpa é presumida,⁵⁰¹ cabendo ao devedor comprovar que não agiu culposamente, a cláusula limitativa ou excludente representaria redistribuição deste ônus probatório, incumbindo ao credor a comprovação de que o devedor agiu com culpa.⁵⁰²

⁵⁰⁰ NICOL, Andrew; RAWLINGS, Rick. Fundamental breach burnt out: *Photo Production v. Securicor*. *The Modern Law Review*, v. 43, n. 5, 1980, p. 546.

⁵⁰¹ “Però di fronte al fatto oggettivo dell'interesse leso del creditore, il quale non riceve la prestazione dovuta, viene stabilita un' inversione dell' onere della prova. Non è il creditore, attore, che deve provare la responsabilità dell'inadempimento ; ma, ove possa farlo, spetta al debitore il compito di dimostrare che l' inadempimento o il ritardo venne determinato da impossibilità a lui non imputabile” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: CEDAM, 1954, p. 506). Tradução livre: “Mas frente ao fato objetivo do interesse lesado do credor, o qual não recebe a prestação devida, vem estabelecida uma inversão do ônus da prova. Não é o credor, ator, que deve provar a responsabilidade pelo inadimplemento; mas, onde possa fazê-lo, cabe ao devedor o ônus de demonstrar que o inadimplemento ou o atraso vem determinado por impossibilidade a ele não imputável”.

⁵⁰² “Lorsqu'elles sont valables, ces clauses sont efficaces si le débiteur commet une faute légère ou ordinaire. Si le créancier démontre que le débiteur a commis une faute dolosive ou lourde, la limitation ou l' exonération vole en éclat” (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Cours de droit civil*. t. VI. Paris: Cujas, 1995, p. 496). Tradução livre: “Quando elas são válidas, essas cláusulas são eficazes se o devedor comete uma falta leve ou ordinária. Se o credor demonstra que o devedor cometeu uma falta dolosa ou grave, a limitação ou a exoneração se esvaem”.

Ilustre-se o posicionamento com o caso *Bauzin et Cie C. Lanctuit et Delamare*, de 9 de novembro de 1915, comentado por Henri Capitant, François Terré e Yves Lequette. Na espécie, a sociedade *Lanctuit et Delamare* celebrou contrato de depósito com a empresa *Bauzin et Cie.*, confiando-lhe três sacas de café. Foi aposta, no negócio, cláusula segundo a qual não responderia o depositário por danos causados por incêndios, inundações, perdas, desperdícios ou quaisquer outros acidentes aos pacotes depositados, cuja guarda seria feita pela *Bauzin et Cie.* apenas a título de bons ofícios e sem qualquer princípio de obrigação. Na execução contratual, todavia, as sacas de café foram roubadas, razão pela qual a *Lanctuit et Delamare* ingressou em juízo pleiteando a reparação de danos. Ao apreciar o caso, considerou a Corte de Cassação Francesa que o ajuste produzia como efeito a inversão do ônus da prova, de modo que caberia ao credor (depositante) comprovar que o depositário agiu com culpa, comprovação esta que não teria ocorrido na espécie.⁵⁰³

Tal orientação, contudo, acabou por não prevalecer, uma vez que a cláusula de não indenizar incide ainda que o devedor tenha agido com culpa, não significando mera inversão do ônus da prova, mas efetiva limitação ou exoneração do dever de indenizar. De mais a mais, como visto, a pactuação sobre ônus da prova afigura-se distinta da cláusula de não indenizar, podendo ser previstos contratualmente os dois efeitos (v. item 1.1.2, *supra*).⁵⁰⁴ No silêncio do contrato quanto ao ônus probatório, a convenção limitativa ou excludente não produz efeito

⁵⁰³ CAPITANT, Henri; TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. t. 2. Paris: Dalloz, 2000, pp. 132-133. Note-se que, a rigor, tratava-se, na espécie, de cláusula limitativa do objeto contratual, embora considerada como cláusula de não indenizar.

⁵⁰⁴ “La Cour de cassation a très tôt admis la validité de principe des clauses exclusives de responsabilité. Si les tribunaux considéraient à l’origine qu’elles opéraient un simple renversement de la charge de la preuve, le débiteur ne pouvant se soustraire au paiement de dommages et intérêts si le créancier arrivait à établir sa faute dans l’inexécution du contrat, ils leur ont par la suite donné pleine efficacité: la clause exonère le débiteur, même si sa faute peut être prouvée. Si cette validité se fonde essentiellement sur l’autonomie de la volonté, on a également fait valoir qu’elle ne nuit pas au créancier, qui obtiendra en général de payer une contrepartie moins forte et peut toujours avoir recours à une assurance. *A fortiori* les clauses limitatives de responsabilité sont-elles admises” (CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. Paris: Dalloz, 2004, p. 119). Tradução livre: “A Corte de cassação muito cedo admitiu a validade de princípio das cláusulas excludentes de responsabilidade. Se os tribunais considerassem na origem que elas operavam uma simples inversão do ônus da prova, o devedor, não podendo se subtrair ao pagamento das perdas e danos se o credor conseguisse estabelecer sua culpa na inexecução do contrato, elas lhe dariam em consequência plena eficácia: a cláusula exonera o devedor, mesmo se a culpa pode ser provada. Se essa validade se funda essencialmente na autonomia da vontade, fez-se valer igualmente que ela não prejudicar ao credor, que conseguirá em geral pagar uma contrapartida menos forte e pode sempre recorrer a um seguro. *A fortiori*, as cláusulas limitativas de responsabilidade são admitidas”.

sobre a comprovação do elemento culpa, que, tratando-se de responsabilidade contratual, é imputada ao devedor.⁵⁰⁵

De outra sorte, a partir da releitura proposta, considerando-se (i) o giro de aferição do grau de culpa no inadimplemento para a *específica* análise dos momentos de pactuação e de efetivação das convenções de não indenizar; (ii) que há a vedação de condutas contrárias à boa-fé e que a má-fé não se presume e (iii) que as potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar vão além da responsabilidade subjetiva, abarcando também a responsabilidade extracontratual, a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pré-contratual, o ônus da prova incumbe, quando a verificação independe de exame de culpa no inadimplemento (e, portanto, não há presunção), ao credor. Todavia, à luz da noção de *carga dinâmica da prova*, positivada pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 373, §§ 1º e 2º⁵⁰⁶), faz-se mister a superação da análise abstrata para a apreciação concreta. Com efeito, em relações paritárias,

⁵⁰⁵ Na síntese de Boris Starck: “Pendant longtemps, le seul effet de ces clauses valables était ce qu’on appelait le renversement de la charge de la preuve. Cela signifiait que le créancier pouvait obtenir la réparation intégrale, malgré la clause d’irresponsabilité, en prouvant que l’inexécution du contrat était imputable à la faute du débiteur ou de ses préposés, cette faute fût-elle légère. La clause modifiait donc la situation si l’obligation était de résultat. Normalement, on s’en souvient, dans ce genre d’obligation, le créancier obtient réparation sans avoir à prouver que l’inexécution de l’obligation est imputable à la faute du débiteur. L’insertion d’une clause de non-responsabilité modifiait cette situation en mettant à la charge du créancier, la preuve de cette faute, s’il voulait obtenir réparation. (...) Ce raisonnement était critiquable, car l’inexécution d’un contrat ne peut pas mettre en jeu une responsabilité délictuelle. Même si l’inexécution du contrat est due à la faute prouvée du débiteur, la responsabilité qui en découle est de nature contractuelle. La jurisprudence qui aboutissait au renversement de la charge de la preuve, manquait donc de base” (STARCK, Boris. *Droit civil: obligations*. Paris: Librairies Techniques, 1972, p. 637). Tradução livre: “Durante muito tempo, o único efeitos dessas cláusulas válidas era o que se chamava a inversão do ônus da prova. Isso significava que o credor podia obter a reparação integral, apesar da cláusula de irresponsabilidade, provando que a inexecução do contrato era imputável à culpa do devedor, ou de seus prepostos, fosse essa culpa leve. A cláusula modificava então a situação se a obrigação era de resultado. Normalmente, lembremos, nesse gênero de obrigação, o credor obtém reparação sem ter que provar que a inexecução da obrigação é imputável à culpa do devedor. A inserção de uma cláusula de não-responsabilidade modificava essa situação pondo a cargo do credor a prova dessa culpa, se ele quisesse obter reparação. (...) Esse raciocínio era criticável, pois a inexecução de um contrato não pode pôr em jogo uma responsabilidade extracontratual. Mesmo se a inexecução do contrato se deve à culpa provada do devedor, a responsabilidade que dela decorre é de natureza contratual. A jurisprudência que chegava à inversão do ônus da prova, carecia, então, de base”. No mesmo sentido: “É sumamente arbitrário estabelecer como efeito da cláusula de irresponsabilidade a inversão do ônus da prova” (DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 55). Cf. ainda MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 420-421.

⁵⁰⁶ Art. 373, CPC/2015. “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

consagra a sistemática do CPC a distribuição do ônus probatório conforme a avaliação de impossibilidade ou excessiva dificuldade na comprovação pelo credor ou maior facilidade pela devedor.⁵⁰⁷ De mais a mais, nas relações de consumo, caberá a inversão do ônus da prova, desde que presentes a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor (art. 6º, VIII, CDC^{508, 509}). Desse modo, se a prova se revelar diabólica para o credor, deve-se proceder à redistribuição do ônus probatório ao devedor.⁵¹⁰

4.3.2. Responsabilidade extracontratual

Na seara da responsabilidade civil extracontratual, muito se debateu, ao longo das décadas, a respeito da admissibilidade das cláusulas de não indenizar. Para uma primeira tese, tais pactos não seriam admitidos neste âmbito, eis que haveria violação ao requisito da ordem pública.⁵¹¹ Argumenta-se, nesse sentido, que a incidência do princípio da reparação integral vedaria as convenções de não indenizar no campo extracontratual.⁵¹²

⁵⁰⁷ No sentido da alternatividade de tais requisitos, v. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 130.

⁵⁰⁸ Art. 6º, VIII, CDC. “São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

⁵⁰⁹ No sentido da alternatividade desses requisitos, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 166: “A lei, como ressabido, não contém palavras inúteis. E o legislador quis, certamente, não apenas deixar claro que a inversão do ônus da prova é faculdade do juiz, balizada, por um lado, pela verossimilhança da alegação do autor, porque é vulnerável, ou, então, alternativamente, porque é hipossuficiente, não podendo arcar com as custas do processo e, sobretudo, com o pagamento de honorários de um perito”. Cf. ainda DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 132. A orientação também prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou quando for constatada a sua hipossuficiência” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.155.770. 3ª Turma. Relator Ministro Nancy Andrighi. Brasil: 15 de dezembro de 2011).

⁵¹⁰ Em sentido semelhante, ao tratar da responsabilidade médica, Eduardo Nunes de Souza sustenta que “a noção de carga dinâmica da prova, porém, resolve com maior facilidade o problema da atribuição do ônus da prova na responsabilidade civil do médico, não partindo de um juízo apriorístico que caracterize o paciente simplesmente como consumidor vulnerável, mas considerando, em vez disso, a facilidade de acesso de ambas as partes à prova, sempre à luz do caso concreto. (...) Essa perspectiva (...) convoca todos os interessados na lide a participarem da instrução probatória conforme suas possibilidades específicas” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 204-205).

⁵¹¹ “Les clauses d’irresponsabilité, généralement désignées par l’expression de clauses de non-responsabilité, sont en principe valables en matière contractuelle, alors qu’elles sont en principe nulles en matière délictuelle”

Todavia, não procede o caráter de ordem pública da responsabilidade civil extracontratual, porquanto não se configura, nesta sede, necessariamente a tutela de interesse público, mas, muitas vezes, de interesses meramente privados, como nas relações de vizinhança e nas convenções condominiais. De mais a mais, inexistente maior reprovabilidade do ordenamento para estas lesões do que para as hipóteses de responsabilidade contratual.⁵¹³ Ainda, o princípio da reparação integral comporta incidência tanto para a responsabilidade contratual quanto para a extracontratual, não justificando a exclusão das cláusulas de não indenizar nesta última e a admissão da primeira. Em outras palavras, a vítima não deverá ser mais reparada em sede contratual ou extracontratual, mas, em todo caso, a indenização é medida pela extensão do dano (art. 944, *caput*, CC). Tal argumento, aliás, afigura-se insuficiente para justificar a nulidade das convenções em qualquer das espécies.

(TOURNEAU, Philippe le. *La responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1976, p. 106). Tradução livre: “As cláusulas de irresponsabilidade, geralmente designadas pela expressão de cláusulas de não-responsabilidade, são em princípio válidas em matéria contratual, enquanto são em princípio nulas em matéria delitual”. V. tb. “Les clauses de non-responsabilité, licites en matière contractuelle, ne le sont pas en matière délictuelle” (CHEVALLIER, Jean; BACH, Louis. *Droit civil*. t. 1. Paris: Sirey, 1995, p. 527). Tradução livre: “As cláusulas de não-responsabilidade, lícitas em matéria contratual, não o são em matéria delitual”. Cf. ainda CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. t. 4. Paris: Presses Universitaires de France, 1956, pp. 514-515: “Les conditions des deux responsabilités ne sont pas les mêmes: la capacité délictuelle est moins exigeante que la contractuelle, la mise en demeure, sans application dans un cas, est nécessaire dans l’autre; les conventions d’irresponsabilité son nulles ici et non là”. Tradução livre: “As condições das duas responsabilidades não são as mesmas: a capacidade delitual é menos exigente do que a contratual, a mora, sem aplicação em um caso, é necessária no outro; as convenções de irresponsabilidade são nulas aqui e não lá”. No mesmo sentido, DUFWA, Bill W. *Droit suédois compare au droit français*. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 199: “La position qu’a adopté la Cour de cassation à l’égard des clauses exonératoires et limitatives semble être plus négative dans le domaine de la responsabilité délictuelle qu’en matière contractuelle; un argument traditionnel est que ‘la responsabilité délictuelle est d’ordre public’”. Tradução livre: “A posição que adotou a Corte de Cassação a respeito das cláusulas de exoneração e de limitação parece ser mais negativa no domínio da responsabilidade delitual do que em matéria contratual; um argumento tradicional é que ‘a responsabilidade delitual é de ordem pública’”.

⁵¹² LEVENEUR-AZÉMAR, Marie. *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*. Paris: L.G.D.J., 2017, p. 50.

⁵¹³ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408. V. tb. “In dottrina si è giunti a ravvisare il carattere di ordine pubblico in tutte le norme sancenti una responsabilità extracontrattuale. In contrario deve tuttavia rilevarsi che gli interessi tutelati nella vita di relazione possono essere di ordine meramente economico” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. v. V. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994, p. 70). Tradução livre: “Em doutrina, se chegou a revisar o caráter de ordem pública em todas as normas definindo uma responsabilidade extracontratual. Em contrário, deve todavia relevar-se que os interesses tutelados na vida de relações podem ser de ordem meramente econômica”. Cf. ainda HONDIUS, Edward. *Droit néerlandais*. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 290.

De outro giro, a natureza de ordem pública cede quando se atenta para a diluição de fronteiras entre os regimes extracontratuais e contratuais no direito civil contemporâneo, que se reflete na disciplina unitária das cláusulas de não indenizar em ambas as searas.⁵¹⁴

Com efeito, identificam-se muito mais semelhanças entre os dois campos da responsabilidade civil do que propriamente diferenças, a afastar a concepção de que um deles seria de ordem pública e o outro de ordem privada.⁵¹⁵ Cite-se, desde já, a disciplina do Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu sistema uno de responsabilidade civil, abandonando a diferenciação entre contratual e extracontratual. Desse modo, consoante os artigos 25 e 51, I, CDC,⁵¹⁶ serão inválidas as cláusulas de não indenizar diante de consumidor pessoa física, independentemente da espécie de responsabilidade civil.⁵¹⁷

⁵¹⁴ LEVENEUR-AZÉMAR, Marie. *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*. Paris: L.G.D.J, 2017, p. 239.

⁵¹⁵ “(...) la moderna dottrina (...) afferma sempre più insistentemente che la distinzione fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, a dispetto della sua lunga tradizione e delle sue recenti conferme, è in crisi: e spiega questa crisi o con l’identità del concetto di colpa che sta a fondamento dei due settori di responsabilità, o con la unitarietà della funzione della responsabilità che è quella di reagire ad un danno ingiusto, o con la esistenza di zone di confine di dubbia attribuzione, o con il fatto che oggi la tutela *erga omnes* non è caratteristica esclusiva di quelle posizioni tradizionalmente qualificate come diritti soggettivi assoluti, o con la pretesa arbitrarietà delle differenze di regime dei due settori di responsabilità o con l’opportunità di unificare gli stessi regimi” (CORSARO: Luigi. *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2003, pp. 6-8). Tradução livre: “(...) a moderna doutrina (...) afirma sempre mais insistentemente que a distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, a despeito de sua longa tradição e de sua recentes confirmações, está em crise: explica essa crise ou com a identidade do conceito de culpa que se encontra como fundamento dos dois setores de responsabilidade, ou com a unitariedade da função da responsabilidade que é a de reagir a um dano injusto, ou com a existência de zonas de fronteira de dúvida atribuição, ou com o fato que hoje a tutela *erga omnes* não é característica exclusiva daquelas posições tradicionalmente qualificadas como direitos subjetivos absolutos, ou com a pretensa arbitrariedade das diferenças de regime dos dois setores de responsabilidade ou com a oportunidade de unificar os próprios regimes”.

⁵¹⁶ Art. 25, CDC. “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores. § 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação”; Art. 51, CDC. “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”.

⁵¹⁷ “De outra parte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nesses casos independe da natureza jurídica contratual ou extracontratual da relação ali estabelecida. É que o legislador, no particular, supera a dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e extracontratual; a uma, porque responsabiliza objetivamente pelos serviços defeituosos não somente os contratantes (comerciantes e consumidores), mas todos os partícipes do ciclo de produção e distribuição (art. 12, CDC: fabricante, produtor, construtor nacional ou estrangeiro e importador); a duas porque, nos termos do art. 17, aplicar-se-á a responsabilidade civil nos acidentes de consumo em favor de todas as vítimas dos eventos danosos, sejam consumidores ou não (consumidores potenciais)”

Destaque-se, ademais, que, mesmo a distinção mais clássica entre ambas as searas, referente à diversidade de fontes (autonomia negocial para a responsabilidade contratual e lei para a responsabilidade extracontratual), esmorece diante da previsão em lei do princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC⁵¹⁸), do qual decorrem diversos deveres anexos negociais. O descumprimento de tais deveres ensejará responsabilidade contratual, ainda que resultem, em última análise, da lei (*rectius*, da positivação do princípio da boa-fé objetiva).⁵¹⁹

Em terceiro lugar, também na disciplina do Código Civil para relações paritárias, identificam-se diversas similitudes entre os dois campos, como: (i) o cabimento da reparação por danos morais, como efeito da lesão, seja esta lesão de origem contratual ou extracontratual; (ii) a incidência, em tema de nexos de causalidade, das mesmas excludentes, que traduzem hipóteses de interrupção da cadeia causal, referentes ao caso fortuito, à força maior (art. 393, CC,⁵²⁰), ao fato da vítima e ao fato de terceiro; (iii) a limitação da responsabilidade do devedor ao montante do seu conjunto de bens (arts. 391 e 942, *caput*, CC⁵²¹) e (iv) a aplicação, para ambas as hipóteses, de idêntico prazo prescricional, referente aos três anos contemplados no artigo 206, § 3º, inciso V,⁵²² como tem decidido recentemente o STJ.⁵²³ Do mesmo modo, a diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual

(TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Jurídica* (Porto Alegre), v. 311, 2003, p. 20).

⁵¹⁸ Art. 422. "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

⁵¹⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 55.

⁵²⁰ Art. 393, CC. "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".

⁵²¹ Art. 391, CC. "Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor"; Art. 942. "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação".

⁵²² Art. 206, CC "Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil".

⁵²³ "O termo 'reparação civil', constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que decorrente de dano exclusivamente moral (art. 186, parte final), e o abuso de direito (art. 187). Assim, a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de três anos. Ficam ressalvadas as pretensões cujos prazos prescricionais estão estabelecidos em disposições legais especiais" (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.281.594/SP. 3ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasil: 22 de novembro de 2016). V. tb. BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.632.842/RS. 3ª Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasil: 12 de setembro de 2017. Cf. ainda o Enunciado 419 da V Jornada de Direito Civil: "O prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual

referente à presunção de culpa na primeira seara⁵²⁴ tem cedido espaço diante das hipóteses de responsabilidade objetiva, em que não se perquire culpa, bem como, nos casos de responsabilidade subjetiva, em face das previsões de distribuição do ônus da prova conforme a carga dinâmica em relações paritárias (art. 373, §§ 1º e 2º, CPC⁵²⁵) e consoante a inversão do ônus da prova nas relações de consumo (art. 6º, VIII, CDC^{526, 527}).

Isso não significa, todavia, uma completa identidade entre as duas searas. Há, ainda, diferenças, referentes, sobretudo, (i) à capacidade civil, exigida para fins de responsabilidade contratual (arts. 166, I, e 171, I, CC⁵²⁸), mas não para a extracontratual, segundo as previsões legislativas de responsabilidade civil do incapaz (art. 928, CC⁵²⁹); (ii) à solidariedade, excepcionada em matéria contratual, devendo decorrer da lei ou da convenção das partes (art. 265, CC⁵³⁰) e, diversamente, constitutiva de regra geral no campo extracontratual,

quanto à responsabilidade extracontratual". Na doutrina, v. TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 27, 2009.

⁵²⁴ "La norma fondamentale sull'inadempimento pone a carico del debitore la prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile" (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. v. V. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994, p. 72). Tradução livre: "A norma fundamental sobre inadimplemento põe a cargo do devedor a prova que o inadimplemento foi determinado pela impossibilidade da prestação que deriva de causa a ele não imputável".

⁵²⁵ Art. 373, CPC/2015. "O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil".

⁵²⁶ Art. 6º, VIII, CDC. "São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

⁵²⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, pp. 5-53. V. tb. CHEVALLIER, Jean; BACH, Louis. *Droit civil*. t. 1. Pars: Sirey, 1995, p. 527.

⁵²⁸ Art. 166, CC. "É nulo o negócio jurídico quando: (...) I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz"; Art 171. "Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente".

⁵²⁹ Art. 928, CC. "O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem".

⁵³⁰ Art. 265, CC. "A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes".

respondendo solidariamente os coautores do dano (art. 942, parágrafo único, CC⁵³¹); (iii) ao termo inicial da contagem dos juros de mora, previsto como a data da prática do ato ilícito, para a responsabilidade extracontratual (art. 398, CC⁵³²), e, na responsabilidade contratual, a data do vencimento da obrigação para a mora *ex re* (art. 397, *caput*, CC⁵³³) e a data da interpelação extrajudicial do devedor (art. 397, parágrafo único, CC⁵³⁴) ou da citação inicial (art. 405, CC⁵³⁵) para a mora *ex personae*, regras estas incidentes para obrigações positivas ou negativas;⁵³⁶ (iv) às previsões de competência processual, que contemplam, para a responsabilidade contratual, a competência do foro do domicílio do réu, do local em que a obrigação teria que ser cumprida ou do foro de eleição e, para a responsabilidade extracontratual, nas hipóteses de ilícitos penais e acidentes de trânsito, do foro do domicílio do autor ou do foro do local do dano (arts. 46, *caput* e 53, III, d, IV e V, CPC⁵³⁷,⁵³⁸).

Tais diferenças, contudo, de caráter mais procedimental ou acessório, quantitativa e qualitativamente inferiores às semelhanças apresentadas, não justificam a cisão entre

⁵³¹ Art. 942, CC. "(...) Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".

⁵³² Art. 398, CC. "Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou".

⁵³³ Art. 397, CC. "O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor".

⁵³⁴ Art. 397, CC. "Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial".

⁵³⁵ Art. 405, CC. "Contam-se os juros de mora desde a citação inicial".

⁵³⁶ "Quanto à mora nas obrigações negativas, releva notar o tratamento particular que lhe era reservado em doutrina. Na vigência do Código de 1916, criticava-se a redação do artigo 961, o qual previa que, nas obrigações negativas, '[...] o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster' (BRASIL, 1916). Superado o entendimento que negava a possibilidade de mora nas obrigações de não fazer, reservou-se, porém, pouca atenção à alteração na redação do artigo correspondente no Código vigente. Com efeito, no Código Civil de 2002, o artigo 390 se limita a preceituar que o inadimplemento da obrigação de não fazer se caracteriza pela prática da ação a cuja omissão o devedor se comprometera. O legislador não mais se propõe a estabelecer, portanto, o momento da constituição em mora, preferindo disciplinar a ação que caracteriza o inadimplemento da obrigação" (TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco de Assis. Notas sobre o termo inicial dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil. *Scientia Juris*, v. 21, n. 1, 2017, p. 64).

⁵³⁷ Art. 46, CPC. "A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu"; Art. 53, CPC. "É competente o foro: (...) III - do lugar: (...) d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento; IV - do lugar do ato ou fato para a ação: a) de reparação de dano; b) em que for réu administrador ou gestor de negócios alheios; V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves".

⁵³⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, pp. 55-78.

responsabilidade contratual e extracontratual proposta, que atribuiria caráter de ordem pública apenas para a segunda espécie, a afastar o cabimento das cláusulas de não indenizar.⁵³⁹ Com efeito, “no que tange à natureza dos institutos, dúvidas já não prevalecem sobre a identidade de *ratio* que preside a temática em apreço, daí poder-se afirmar a *unidade essencial da responsabilidade civil*”.⁵⁴⁰

Para um segundo posicionamento, portanto, são cabíveis as convenções em sede extracontratual.⁵⁴¹ A validade das cláusulas de não indenizar, nessa seara, dependerá, todavia, de prévio contato entre as partes que traduza a celebração de um contrato com finalidade de excluir ou de limitar o dever de reparar por perdas e danos.⁵⁴² Nesses casos, a cláusula deixa de ser pacto acessório a contrato para ser tornar o próprio objeto do contrato.⁵⁴³

Não se revela admissível, por outro lado, a previsão em aviso unilateral de que a parte não responde pelo dever de indenizar, o que, a rigor, afigura-se proscrito em qualquer sede de responsabilidade, seja contratual, seja extracontratual.⁵⁴⁴ Nos clássicos exemplos de Elie

⁵³⁹ “Si se parte de la base de que el objeto de las normas sobre responsabilidad es la indemnización del daño, la distinción entre la contractual o extracontratual no parece que esté justificada. Producido un daño, su autor debe repararlo siempre que le sea imputable, con independencia de que haya acaecido en el marco una relación contractual o no. De hecho, no son pocos los autores que no ven en la distinción sino una cuestión de índole exclusivamente dogmática” (CAMPOS, L. Fernando Reglero. *Lecciones de responsabilidad civil*. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 45). Tradução livre: “Se se parte da base de que o objeto das normas sobre responsabilidade é a indenização do dano, a distinção entre a contratual ou extracontratual não parece que esteja justificada. Produzido um dano, seu autor deve repará-lo sempre que lhe seja imputável, independentemente de que tenha acontecido, nesse âmbito, uma relação contratual ou não. De fato, não são poucos os autores que não veem na distinção se não uma questão de índole exclusivamente dogmática”.

⁵⁴⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 80.

⁵⁴¹ V., por todos, LEVENEUR-AZÉMAR, Marie. *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*. Paris: L.G.D.J, 2017, p. 239.

⁵⁴² MONTEIRO, António Pinto. Las clausulas de exoneracion de la responsabilidad civil. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n. 83, 1994, p. 197.

⁵⁴³ Há que se registrar, contudo, que a incidência das cláusulas de não indenizar em sede de responsabilidade extracontratual se afigura, na prática, menos usual do que a sua pactuação na responsabilidade contratual. V. ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile*. t. IV. Milano: Giuffrè Editore, 1999, pp. 346-347: “Nella prassi sono frequenti le clausole di esonero dalla responsabilità contrattuale, mentre assai più rare sono le clausole concernenti la responsabilità extracontrattuale”. Tradução livre: “Na prática, são frequentes as cláusulas de exoneração da responsabilidade contratual, enquanto muito mais raras são as cláusulas que dizem respeito à responsabilidade extracontratual”.

⁵⁴⁴ Na lição de Planiol e Ripert: “S'agissant d'une convention, il faut que la clause par laquelle le débiteur entend supprimer ou limiter sa responsabilité ait été acceptée par le créancier. C'est là une question de fait. Il faut d'abord établir que le créancier a connu la clause que le débiteur a voulu stipuler. Cette connaissance ne résulte pas nécessairement du fait qu'elle aurait été affichée dans un bureau d'expédition, dans un hall ou dans les chambres d'un hôtel, ou imprimée sur un billet de transport ou un récépissé de dépôt. Cependant lorsqu'elle est

Cassvan, se um viajante embarca em um barco e, depois da partida, acaba por ler, por acaso, os termos do bilhete de passagem, e observa que a Companhia está, segundo os termos do bilhete, exonerada do dever de reparar danos causados no transporte, estará o viajante vinculado por esta cláusula; pode-se considerar que houve conhecimento e aceitação? De outro giro, caso um editor de anuário insira em uma das publicações ajuste excludente e cause danos a um terceiro por menções em tal anuário, poderá o editor invocar a convenção em sua defesa?⁵⁴⁵ A resposta deve ser negativa para ambas as questões.

De mais a mais, embora a prerrogativa de não reparar por perdas e danos esteja prevista em contrato, a responsabilidade não assume natureza contratual, eis que a fonte do dever de indenizar não será o contrato – que, a bem da verdade, tem como finalidade justamente excluir ou limitar a reparação pecuniária – mas o dever geral de não causar dano a outrem (*neminem laedere*). A responsabilidade seguirá sendo, portanto, extracontratual, ainda que haja ajuste de não indenizar.⁵⁴⁶

Tome-se exemplificativamente as relações de vizinhança, em que se afigura possível a celebração de pacto entre os vizinhos em que estes excluam ou limitem o dever de indenizar por danos causados um ao outro, como na hipótese “de o proprietário de um rebanho de ovelhas excluir ou limitar, por acordo com os seus vizinhos, a responsabilidade pelos danos

inscrite dans le texte du contrat sur lequel le créancier a apposé sa signature, il doit être considéré comme l'ayant acceptée, à moins de dol ou de fraude” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. t. VI. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 551). Tradução livre: “Tratando-se de uma convenção, é preciso que a cláusula pela qual o devedor tenciona suprimir ou limitar sua responsabilidade tenha sido aceita pelo credor. É aí uma questão de fato. É preciso primeiro estabelecer que o credor conheceu a cláusula que o devedor quis estipular. Este conhecimento não resulta necessariamente do fato de que ela poderia ser afixada em um escritório de expedição, em um hall ou nos quartos de um hotel, ou impressa sobre um bilhete de responsabilidade ou recibo de entrega. Contudo, quando ela é escrita no texto do contrato no qual o credor após sua assinatura, ele deve ser considerado como o tendo aceitado, a menos que haja dolo ou fraude”.

⁵⁴⁵ No original: “un voyageur monte sur un bateau et après le départ, en lisant, par hasard, les conditions du billet de passage, constate que la Compagnie s'exonère de la responsabilité résultant de ses fautes. Or, il est entendu que le voyageur est tenu par cette clause. L'a-t-il en fait connue? l'a-t-il acceptée? Une deuxième hypothèse: il n'y a pas de contrat: un éditeur d'annuaires insère dans une de ces publications une clause de non-responsabilité. Un tiers, lésé par des mentions de l'annuaire, assigne l'éditeur; celui-ci peut-il invoquer la clause?” (CASSVAN, Elie. *Des clauses de non-responsabilité*. Paris: Librairie de jurisprudence ancienne et moderne L. Chauny et L. Quinsac, 1929, p. 291).

⁵⁴⁶ “(...) a existência deste contrato não altera a natureza da responsabilidade. Esta é contratual ou extracontratual consoante a sua fonte resida na violação de obrigações emergentes de um contrato ou antes na violação de um dever geral de abstenção. A convenção de irresponsabilidade destina-se a afastar (ou a limitar ou condicionar de qualquer modo) a obrigação de indemnização que, na sua falta, recairia sobre o lesante – não criando qualquer dever de prestação –, fundada numa situação geradora de responsabilidade aquiliana” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 396-397).

que possam ocorrer em culturas destes”, ou no caso de “interesse dos pais em excluir a responsabilidade pelos danos que os seus filhos possam causar (quebra de vidros, por ex.) na casa de um vizinho, em virtude de as crianças jogarem futebol no quintal (exclusão que pode ser recíproca)”, bem como na situação de duas indústrias vizinhas, no que tange aos danos causados por uma à outra.⁵⁴⁷ Aqui, a fonte do dever de indenizar será (não já uma relação contratual prévia, mas) o uso anormal da propriedade.⁵⁴⁸

Serão cabíveis, uma vez mais, os requisitos da ordem pública – que impede que a exoneração ou a limitação do dever de indenizar seja realizada com base em aviso unilateral, bem como que incida em relações de consumo diante de pessoa física ou para danos à pessoa humana⁵⁴⁹ – e do dolo específico – que veda a assimetria informativa na pactuação da cláusula e a prática deliberada de ilícito causador de dano em sua efetivação.⁵⁵⁰ Note-se que não há aqui inadimplemento, mas ato ilícito, de modo a reiterar a necessidade de releitura do requisito do dolo da ótica do inadimplemento contratual para a perspectiva dos momentos de pactuação e de efetivação da cláusula.

De outro giro, para além do exemplo referido das relações de vizinhança, ilustração extraída do tráfego negocial diz com a inserção de cláusulas de não indenizar em convenções

⁵⁴⁷ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393, nota de rodapé nº 895. V. tb. “Imagine-se a hipótese de duas ou mais fábricas, localizadas em regiões contíguas, que utilizem máquinas pesadas na sua atividade produtiva, causando barulhos e abalos consideráveis nos terrenos vizinhos. Nesse caso, entendemos que se faculta às aludidas indústrias pactuarem expressamente a limitação ou a exoneração do dever de indenizar com relação a eventuais danos decorrentes dos ruídos ou tremores provocados por tais equipamentos, sendo despiciendo afirmar que o alcance 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, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 121).

⁵⁴⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O direito de vizinhança no Código Civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos contemporâneos do direito civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 271-272; LÔBO, Paulo. Direitos e conflitos de vizinhança. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, 2014, p. 86.

⁵⁴⁹ V., nesse sentido, os exemplos fornecidos por MALINVAUD, Philippe; FENOUILLET, Dominique; MEKKI, Mustapha. *Droit des obligations*. Paris: LexisNexis, 2014, pp. 618-619: “Par exemple, en cas de transport bénévole, qui n’est pas considéré comme un contrat, on peut imaginer que le propriétaire du véhicule convienne avec son passager d’une exonération de responsabilité. De même, en cas d’installation d’une entreprise dans un quartier calme, le nouvel arrivant pourrait convenir avec ses voisins qu’ils supporteront sans se plaindre les éventuelles nuisances suscitées par l’exploitation”. Tradução livre: “Por exemplo, em caso de transporte gratuito, que não é considerado como um contrato, pode-se imaginar que o proprietário do veículo combine com seu passageiro uma exoneração de responsabilidade. Do mesmo modo, no caso de instalação de uma empresa em um bairro calmo, o recém-chegado poderia pactuar com seus vizinhos que eles suportarão sem se queixar os eventuais prejuízos suscitados pela exploração”.

⁵⁵⁰ Na doutrina italiana, cf. GALLETTO, Tomaso. Clausole di esonero dalla responsabilità. In: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*. v. II. Torino: Utet, 1988, p. 402.

condominiais, no que se refere aos danos causados pela prática de atos ilícitos em áreas comuns, como furto de veículo em garagem. A solução será idêntica às demais hipóteses analisadas, admitindo-se a previsão à luz da autonomia negocial.⁵⁵¹

Registre-se a existência de posicionamento, de parcela da doutrina,⁵⁵² no sentido de que, nos casos em que o condomínio dispõe de aparato de segurança, com a instalação de câmeras, de controle de entrada e saída de veículos e da contratação de garagistas, não se admitiria cláusula de não indenizar. Vale-se, nesse ponto, de argumento semelhante ao utilizado nas relações de consumo, no sentido de que, ao arcarem os condôminos com os custos do aparato de segurança, deverão estes necessariamente ser indenizados pelo condomínio nos casos de furtos e roubos, uma vez que teria sido assim assumida a obrigação de guarda e vigilância, que não poderia ser afastada por ajuste de não indenizar, do mesmo modo que o consumidor que estaciona seu veículo no estabelecimento do fornecedor tem o direito de ser indenizado por furtos e roubos ali ocorridos, sem que caiba a previsão de pacto excludente ou limitativo. Não há, contudo, como se equiparar as hipóteses, eis que as relações de consumo apresentam lógica de diluição dos danos nos lucros da atividade de todo diferente das relações condominiais, em que, ao fim e ao cabo, quem se verá onerado com a

⁵⁵¹ “Condomínio. Furto. Dever de indenizar. O dever de indenizar imposto ao condomínio por dano sofrido pelo condômino há que decorrer da inequívoca demonstração de culpa daquele por ato de seu preposto. A mera alegação de insuficiência de dispositivos de segurança não enseja a responsabilidade do condomínio, que, aliás, poderá ser afastada em cláusula de não indenizar aposta na convenção” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 45.902/SP. 3ª Turma. Relator Ministro Claudio Santos. Brasil: 22 de outubro de 1995); “Recurso inominado. Ação indenizatória por danos materiais. Furto de motocicleta em estacionamento de condomínio residencial. Previsão expressa na convenção condominial quanto a furtos e roubos. Autora ciente da previsão. Ausente responsabilidade do condomínio. Precedentes jurisprudenciais. Dever de indenizar inexistente. Sentença mantida. Recurso improvido” (RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71006450589. Primeira Turma Recursal Cível. Relator Desembargador José Ricardo de Bem Sanhudo. Rio Grande do Sul: 22 de novembro de 2016); “Furto de motocicleta nas dependências do condomínio-apelado. Apela a autora alegando que o condomínio possui responsabilidade pelos furtos ocorridos em suas dependências. Seguro contra furto, do condomínio, não renovado por negligência da administração. Sentença de improcedência. Ausência de responsabilidade do condomínio-apelado pelo furto de motocicleta ocorrido em seu interior. Cláusula expressa em convenção condominial afastando o dever de indenizar. Sentença de improcedência. Recurso improvido” (SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 3003485842006826. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador James Siano. São Paulo: 28 de julho de 2011).

⁵⁵² “(...) se o condomínio não mantém qualquer serviço na garagem do edifício (ex.: garagistas, manobristas, porteiros, etc.), nem cobra qualquer verba a esse título, será lícita a cláusula vise a exonerá-lo de qualquer responsabilidade pelo furto ou danificação de veículo pertencente a condômino” (LOPES, João Batista. *Condomínio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 158-159). V. tb. KOJRANSKI, Nelson. *Condomínio edilício: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 251-252.

indenização a ser paga serão os próprios condôminos, com provável aumento da cota condominial.

Com efeito, o simples fato de existir sistema de vigilância no condomínio não retira dos condôminos a possibilidade de se valerem de ajustes de não indenizar, mesmo porque tal aparato de segurança serve a outros propósitos, como a evitar os danos e a facilitar a identificação dos ofensores. Deve-se assegurar a autonomia dos condôminos em optarem por excluir ou limitar o dever de indenizar na convenção condominial e não arcarem com gasto adicional, além dos valores dispendidos com o aparato de segurança.⁵⁵³

De outra sorte, também não parece proceder o afastamento do pacto de não indenizar presente na convenção condominial, como já decidido jurisprudencialmente,⁵⁵⁴ em face de culpa dos prepostos do condomínio, porquanto a cláusula visa justamente a excluir ou a limitar a reparação por perdas e danos nos casos em que se configura o dever de indenizar. Mais uma vez, alerta-se para a necessária distinção entre a ausência de responsabilidade civil por falta de um dos seus elementos deflagradores e a exoneração ou a limitação do dever de reparar por meio do ajuste. Se inexistente responsabilidade civil, cláusula contratual não gerará o efeito excludente do dever de indenizar, eis que este nunca surgiu. Se há responsabilidade civil conformada, pacto poderá afastar o dever de reparar, observados os requisitos de validade nos termos propostos neste trabalho.

Outra questão tratada pela doutrina em tema de convenção de não indenizar se relaciona à possibilidade de cumulação da responsabilidade contratual por violação positiva

⁵⁵³ “Estabelecendo a Convenção cláusula de não indenizar, não há como impor a responsabilidade do condomínio, ainda que exista esquema de segurança e vigilância, que não desqualifica a força da regra livremente pactuada pelos condôminos” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 168.346/SP. 3ª Turma. Relator Ministro Waldemar Zveiter. Relator para acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasil: 20 de maio de 1999).

⁵⁵⁴ “Responsabilidade civil. Condomínio. Furto de bens no interior de apartamento. Convenção condominial com cláusula de não indenizar. Irrelevância na espécie porque provada a culpa de preposto. (...) Apelação que se apega à cláusula de não indenizar. Cláusula válida, em princípio. Todavia, no caso, caracterizado ato culposo do porteiro, que permite o ingresso de estranhas ao interior do Condomínio, torna-se irrelevante a cláusula convencional de não indenizar, pois ‘é presumida a culpa do patrão ou comilente pelo ato culposo do empregado ou preposto’ (Súmula 341-STF)” (SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 992040135216. 30ª Câmara de Direito Privado. São Paulo: 19 de março de 2010); “Existindo na convenção cláusula excludente de responsabilidade pelo furto de veículos nas dependências da garagem, e havendo restado afastada a culpa do síndico ou dos prepostos do réu, quanto às providências de segurança deliberadas pelos condôminos, não responde o condomínio pelos prejuízos advindos aos condôminos em razão do furto de sua motocicleta no interior da garagem” (BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 76.984/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasil: 15 de abril de 1997; grifou-se).

do contrato com a responsabilidade extracontratual.⁵⁵⁵ Trata-se da hipótese de ofensa ao dever de cuidado oriundo da boa-fé objetiva, como na ocorrência de lesão à pessoa do credor na execução contratual (a exemplo de acidente em contrato de empreitada que causa danos corporais ao credor, de lesão à pessoa no contrato de transporte ou de lesão à integridade física do doente em intervenção cirúrgica), bem como nos casos de dano à coisa objeto do contrato por descuido do devedor, a exemplo da situação em que o depositário danifica de modo culposo o bem.⁵⁵⁶

Ponha-se entre parênteses que a teoria da violação positiva do contrato tem origem na doutrina alemã, elaborada por Staub, em 1902, em virtude do restrito conceito de inadimplemento adotado pelo Código Civil Alemão (BGB), que se limitava ao atraso e à impossibilidade de cumprimento. Em apertada síntese, a tese da violação positiva se referia às hipóteses que não caracterizavam mora ou inadimplemento absoluto, em virtude de não se referirem à prestação principal, a exemplo do descumprimento de deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva, do cumprimento imperfeito dos deveres de prestação, do descumprimento de prestação singular em contrato sucessivo e da recusa antecipada do devedor no

⁵⁵⁵ “Pode mesmo dizer-se que, sob vários aspectos, responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual funcionam como verdadeiros vasos comunicantes. (...) é bem possível que o mesmo acto envolva para o agente (ou o omitente), simultaneamente, responsabilidade contratual (por violar uma obrigação) e responsabilidade extracontratual (por infringir ao mesmo tempo um dever geral de abstenção e o direito absoluto correspondente), tal como é possível que a mesma ocorrência acarrete para o autor, quer responsabilidade civil, quer responsabilidade criminal, consoante o prisma sob o qual a sua conduta seja observada” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. Coimbra: Almedina, 2000, p. 522).

⁵⁵⁶ “Esclarecidas as hipóteses em que a avença de não indenizar pode ser admitida na responsabilidade extracontratual por uma aproximação das partes (negocial ou não), há ainda a situação daqueles danos que surgem durante a execução de um contrato, mas que não estão diretamente vinculados com o interesse do credor na prestação. (...) Conforme vimos na primeira parte deste trabalho, a complexidade contratual e a aplicação de princípios integrativos, como a boa-fé objetiva, faz com que no âmbito de uma relação jurídica surjam inúmeros deveres laterais, ou seja, aqueles deveres que, embora não vinculados diretamente ao modo de adimplemento da prestação obrigacional, operam para que a obrigação atinja a sua finalidade. (...) Um bom exemplo para ilustrar como a cláusula de não indenizar pode ter como objeto a violação positiva surgida na execução contratual é verificada no contrato de empreitada. Trata-se de um típico caso em que há a probabilidade de que ocorram eventos ensejadores de responsabilidade civil extracontratual no curso da execução de um contrato existente. É possível que durante a fase de cumprimento do contrato um acidente seja causado por negligência do contratado, violando um dever genérico de cuidado em relação a qualquer pessoa, sem que esse fato tenha ligação direta com a prestação principal, ou até mesmo com a existência do contrato. Todavia, a empreitada contratada, pela proximidade com o contratante, poderá identificar uma probabilidade maior de que ele esteja exposto a tais danos e seja o eventual credor da indenização. Diante disso, a pessoa contratada estará naturalmente inclinada a celebrar uma convenção de não indenizar com o contratante a fim de evitar a assunção desses riscos” (BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 198-199).

cumprimento da obrigação.^{557 558} Posteriormente, contudo, com a reforma do BGB em 2002, que ampliou o conceito de inadimplemento para abarcar a responsabilidade do devedor pela violação de deveres impostos pela lei ou pela convenção das partes, a própria utilidade da teoria na Alemanha se tornou questionável.⁵⁵⁹

Retornando aos exemplos propostos de lesão à pessoa do credor ou à coisa por violação a deveres acessórios, tais reflexões tem inspiração na doutrina portuguesa, segundo a qual restaria configurada, nessas hipóteses, simultaneamente, a violação positiva do contrato, em virtude da ofensa ao dever anexo de cuidado imposto pela boa-fé objetiva, a gerar responsabilidade contratual, e a lesão a direitos da personalidade ou ao direito de propriedade, a gerar a responsabilidade extracontratual. Sustenta-se, nessa direção, que, na falta de disposição legal em contrário, dever-se-ia considerar como “solução natural a que permite ao lesado a opção entre as duas espécies de responsabilidade, em virtude de o facto constitutivo da responsabilidade do lesante representar simultaneamente uma violação do contrato e um facto ilícito extracontratual”. Isso porque tal opção se coadunaria com a ausência de “distinção essencial ou de natureza última entre as duas formas de responsabilidade”, bem como melhor se ajustaria ao princípio do favorecimento da vítima. Nesse caso, a cláusula de

⁵⁵⁷ “A violação positiva do contrato, como figura de referência, mantém, no entanto, interesse e atualidade. Do ponto de vista histórico, ela traduz a laboração doutrinária e jurisprudencial periférica que, partindo de problemas concretos reais, elaborou um conteúdo efetivo para o que, de outro modo, se conservaria num nível de elaboração central teórica. Num prisma dogmático atual, a violação positiva do contrato, sendo, de modo predominante, um conceito descritivo a obter pela negativa, compreende um âmbito não coincidente com o dos deveres acessórios. Deve considerar-se como integrando hipóteses de violação positiva do contrato os casos de cumprimento defeituoso da prestação principal, de incumprimento ou impossibilitação de prestações secundárias e de violação de deveres acessórios. Os regimes aplicáveis nestas hipóteses – o direito à indemnização pelos danos, a possibilidade de recusar legalmente a prestação e a de mover a exceção do contrato não cumprido – justificam, pela sua uniformidade de princípio, a manutenção da violação positiva como figura unitária” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. IX. Coimbra: Almedina, 2016, p. 408).

⁵⁵⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, 2015, p. 181.

⁵⁵⁹ “Como provavelmente muitos dos senhores já sabem, o antigo Código Civil Alemão, nesse ponto, apresentava uma deficiência importante, por só conter regras expressas para indenizações nos casos de impossibilidade e atraso, mas não para qualquer outro inadimplemento, como no caso particular da execução *Forderungsverletzung*”, ou seja, violação positiva do dever de cumprimento, que não constava do Código. Após a reforma, lei passou a adotar a abordagem oposta, considerando o caso de execução insatisfatória ou, em outras palavras, um inadimplemento não específico, como seu ponto de partida e aspecto central (§ 280 do CCA). Este dispositivo foi concebido como uma cláusula geral, que rege todas as reclamações de indenizações nos casos de execução defeituosa de uma obrigação. Portanto, a Lei alemã atualmente depende de um só fundamento para a reclamação. Nos termos deste dispositivo, são devidas indenizações nos casos em que, por exemplo, houve dano causado pelo atraso do devedor ou por defeito nas mercadorias entregues” (CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 27, 2004, p. 118).

não indenizar prevista contratualmente seria estendida também para a responsabilidade extracontratual oriunda do mesmo fato.⁵⁶⁰

Tal reflexão, todavia, não se amolda ao ordenamento jurídico brasileiro, que, diante da amplitude dos conceitos de mora e inadimplemento absoluto, não incorpora a noção de violação positiva do contrato. No direito pátrio, o descumprimento de deveres anexos poderá configurar mora ou inadimplemento, a depender do interesse do credor no recebimento da prestação e da possibilidade do devedor em seu cumprimento, não havendo espaço para um terceiro gênero. De acordo com o artigo 394, do Código Civil,⁵⁶¹ a mora abrange o descumprimento na forma, no lugar e no tempo pactuados, de modo que não se refere apenas à prestação principal, mas também aos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva. Há, assim, “uma única prestação a que o devedor se obriga”, “um único comportamento capaz de realizar cabalmente o interesse do credor: o comportamento que executa a prestação principal e observa os deveres de conduta incidentes no concreto regulamento negocial”.⁵⁶²

Nessa toada, havendo o descumprimento de deveres anexos no curso da execução contratual, restará configurado o inadimplemento relativo ou absoluto. Note-se que não se faz necessário aqui o recurso à noção de violação positiva do contrato nem tampouco à responsabilidade extracontratual: a lesão à pessoa do contratante ou à coisa objeto do contrato por descumprimento de dever de cuidado se vincula, por nexo de causalidade, de modo direto, imediato e necessário, ao inadimplemento, de modo a configurar a responsabilidade contratual. Tratando-se de lesão à coisa, a cláusula de não indenizar abrangerá a reparação por perdas e danos decorrentes de mora ou de inadimplemento absoluto. Se a cláusula pode se referir à prestação principal, com maior razão pode alcançar as hipóteses de descumprimento de deveres acessórios. Por outro lado, caso se trate de lesão à pessoa do credor na execução contratual, geradora de danos morais ou materiais, será ineficaz a convenção de não indenizar, em razão da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, que impede a limitação ou a exoneração de tais danos, conforme visto *supra* (v. item 2.3).

⁵⁶⁰ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 426-436.

⁵⁶¹ Art. 394. “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.

⁵⁶² TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, 2015, p. 181.

4.3.3. Responsabilidade objetiva

Passa-se agora à análise das cláusulas de não indenizar em sede de responsabilidade objetiva. Inicie-se por breve exame da evolução do tema, em razão de tal trajetória demonstrar a essencial incompatibilidade entre a natureza objetiva da responsabilidade e a aferição de culpa.

No Brasil, o debate em torno da responsabilidade civil objetiva se intensificou no início do século XX. Embora o Código Civil de 1916 tenha se baseado na fonte francesa de 1804,⁵⁶³ ao estabelecer como regra geral a responsabilidade fundada na culpa, diversas leis especiais, reconhecendo a problemática em torno do elemento culposo, iniciaram o intento em direção à responsabilidade objetiva ainda que, em um primeiro momento, se tenha adotado solução transacional, por intermédio do expediente da culpa presumida.⁵⁶⁴

Em 1912, editou-se o Decreto nº 2.681, que inaugurou exceção à exigibilidade de prova de culpa na ambiência dos acidentes ocorridos em estradas de ferro. Em 1919, promulgou-se o Decreto 3.724, que estabeleceu a responsabilidade sem culpa em relação aos acidentes de trabalho. E, a partir da segunda metade do século XX, observou-se a proliferação de diversas legislações com semelhante racionalidade. Citam-se o Decreto-Lei 227/1967, relativo às atividades de mineração, as leis de acidentes nucleares, de acidentes aéreos e de atividades contra o meio ambiente (Lei 6.453/1977, 7.565/1986 e 6.938/1981), bem como o

⁵⁶³ Art. 1.382, Código Civil Francês. “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”. Tradução livre: “Todo fato qualquer do homem, que causa a outro um dano, obriga este pela culpa que ele é chamado a reparar”.

⁵⁶⁴ A tendência de mudança gradual foi observada no Brasil e nos ordenamentos estrangeiros. V. “As hipóteses de responsabilidade objetiva começaram a ser pensadas no quadro de ordenamentos jurídicos forjados sob inspiração individualista. Elas constituíam, por isso, um fator de perturbação, sendo relegadas para o limbo da excecionalidade. Não obstante, o avanço técnico do início do século comunicava novas exigências ao direito. As atividades perigosas, sendo vantajosas e, portanto, não devendo ser proibidas pelo ordenamento jurídico, davam azo a acidentes, colocando-se o problema do ressarcimento dos danos gerados por essa via. A tensão que enervava a responsabilidade civil, à época, passava, assim, por um lado, por tentar salvaguardar a liberdade – entendida de um prisma estritamente negativo e associada a uma ideia de individualidade – que reclamava a culpa; e, por outro, por garantir a justa compensação dos lesados. Nesta medida, e com a ideia de excecionalidade sempre presente, os diversos ordenamentos jurídicos foram forjando soluções que procuravam contornar o dilema instalado. Entre os expedientes salvificadores da culpa, contam-se mecanismos como os do incremento do nível de cuidado exigível (com a consequência de ser possível responsabilizar um sujeito que atuou com um grau de culpa diminuto), da diminuição da exigência ao nível da determinação da negligência, do estabelecimento de presunções de culpa, da fixação de casos especiais de responsabilidade” (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*. Cascais: Príncipia, 2014, pp. 20-22).

Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores (art. 12 e 14 da Lei 8.078/90).⁵⁶⁵ Na jurisprudência, o STF, desde a década de 1960, embora ainda afeito ao elemento culpa, já adotava a presunção de culpa do patrão ou comitente por ato do empregado ou preposto, a fim de facilitar a reparação do lesado.⁵⁶⁶

Na década de 1990, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988 e do CDC, passou-se a sustentar que a regra geral, prevista no Código Civil de 1916, era a responsabilidade subjetiva, enquanto que a objetiva traduziria exceção. A bem representar o estudo do direito privado centralizado na lei civil, advogava-se que apenas a expressa disposição do legislador, a afastar a regra ancorada na culpa, poderia ensejar a responsabilização objetiva. Assim, vigorava à época um regime de regra e exceção. Finalmente, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o legislador instaurou sistema dualista.⁵⁶⁷

No artigo 927, a legislação civil estabeleceu cláusula geral de responsabilidade subjetiva (art. 927, *caput*⁵⁶⁸) e outra de responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único), na esteira de tendência de matriz tedesca.⁵⁶⁹ O dispositivo baseou-se no conceito indeterminado de *risco* para fundamentar a responsabilidade civil sem culpa, o que ampliou

⁵⁶⁵ “O problema da responsabilidade civil objetiva, portanto, resume-se à comprovação de uma relação de causalidade (tarefa que, em regra, cabe à vítima do dano). Desta forma, o risco da atividade deve ser debitado a quem melhor tenha condições não só de prevê-lo, mas também de distribuí-lo e reduzi-lo, devendo recair sobre quem o origina, buscando-se, desta maneira, a harmônica distribuição dos ônus” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Comentário a TJDF – Apelação Cível no Juizado Especial N. Processo: 674/99, Relator desig. Arnaldo Camanho de Assis. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, 2000, p. 185).

⁵⁶⁶ Sobre o tema, v. LIRA, Ricardo Pereira. A Aplicação do direito e a lei injusta. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n. 5, 1997, p. 93.

⁵⁶⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63, 2008, p. 72.

⁵⁶⁸ Art. 927, CC. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

⁵⁶⁹ “Il sistema binario della responsabilità civile. Con questa espressione si indicano tutte le fattispecie di varia natura nelle quali si imputa al soggetto la responsabilità non fondata sulla colpa derivante da una azione od omissione, bensì una presunzione di colpa o addirittura la responsabilità senza colpa” (ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile*. t. IV. Milano: Giuffrè Editore, 1999, pp. 302-303). Tradução livre: “O sistema binário da responsabilidade civil. Com esta expressão se indicam todos os suportes fáticos de várias naturezas nos quais se imputa ao sujeito a responsabilidade não fundada sobre culpa, que deriva de uma ação ou omissão, e sim uma presunção de culpa ou mesmo a responsabilidade sem culpa”.

seu espectro de incidência no cenário nacional.⁵⁷⁰ Segundo sua redação: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Como visto, segundo a cláusula geral de responsabilidade objetiva conferida pelo legislador, adotou-se a regra de que os danos oriundos de *atividades de risco* ensejam o dever de indenizar independentemente da conduta culposa do ofensor.⁵⁷¹

Em continuidade à ordem de ideias exposta, faz-se oportuna a investigação do fundamento-ético jurídico da responsabilidade civil objetiva. Será que a atividade arriscada se prestaria a justificar toda e qualquer hipótese de responsabilidade independente de culpa? Parece que não. Mostra-se difícil atribuir fundamento comum à responsabilidade (objetiva) pela atividade de risco propriamente dita e a responsabilidade civil (também objetiva) por fato de terceiro, tais como a responsabilidade dos pais pelos filhos ou do empregador pelo empregado, e por fato da coisa. Nestas duas sedes, não há de se aludir a risco, a despeito da incidência da responsabilidade civil sem culpa.⁵⁷²

Com efeito, o fundamento comum da responsabilidade civil objetiva se extrai de sede constitucional. Se, como sabido, a Constituição é o documento que reúne a positivação dos valores fundantes do ordenamento, situando-se no ápice da ordem jurídica, cabe a tal normativa conferir unidade interpretativa à complexidade de fontes presentes na ordem jurídica. O sistema se encontra unificado pelos valores constitucionais, de modo a impor, com

⁵⁷⁰ “Neste sentido, a objetivação da responsabilidade civil é uma realidade – não só social, mas legislativa – na condição de cláusula geral (art. 927, parágrafo único, do Código Civil), outorgando ao intérprete da lei a possibilidade e preenchimento do conteúdo legal de acordo com os valores e princípios de nossa sociedade. Com isso, muda-se a configuração da responsabilidade civil e a máxima agora sedimentada é: a vítima deve ser ressarcida toda a vez que a ela for causado um dano injusto, seja por conta de uma conduta culposa (considerada como tal através da análise de um *standard* objetivo), seja por conta de uma atividade perigosa desenvolvida licitamente” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, pp. 88-89).

⁵⁷¹ “A orientação foi absorvida pelo Código Civil Brasileiro de 2002, que, além de prever novas hipóteses específicas de responsabilidade objetiva, instituiu, no parágrafo único do seu artigo 927, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco. Consolida-se, assim, o modelo dualista que já se delineava no sistema anterior, convivendo lado a lado a norma geral de responsabilidade civil subjetiva, do atual art. 186, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informadas por fonte legislativa específica e agora também pela cláusula geral contida na nova codificação civil” (TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205).

⁵⁷² BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 397-405.

base em interpretação em função aplicativa, que as disposições infraconstitucionais reconduzam-se à realização da função promocional capitaneada pela ordem axiológica constitucional. O ordenamento do caso concreto deve, portanto, revelar a concretização dos princípios elencados pelo constituinte.⁵⁷³

Parece que, no particular da responsabilidade civil, a objetivação do dever de indenizar responde aos ditames da solidariedade social.⁵⁷⁴ Destaca-se, a partir do princípio, que a pessoa humana caracteriza-se pela sociabilidade, a ponto de se afirmar que sua personalidade e dignidade apenas se desenvolvem em plenitude dentro um contexto de inter-relação em que se privilegie a igualdade substancial e o direito à diferença. Nesta esteira, o evento danoso consiste não já em fatalidade atribuída ao acaso, mas em acontecimento ínsito ao contexto social, a evidenciar externalidade que, em certos casos, deverá ser imputada àquele que melhor tem a possibilidade de evitá-la e de arcar com os custos dela decorrentes.⁵⁷⁵

⁵⁷³ “O momento da factualidade é absolutamente ineliminável do momento cognoscitivo do direito que, como ciência prática, caracteriza-se por moventes não historiográficos ou filosóficos, mas aplicativos” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 132).

⁵⁷⁴ “Com efeito, *os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva*, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social” (TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 204).

⁵⁷⁵ “Pendant longtemps, on a considéré que le dommage qui ne résultait pas de la faute d’autrui constituait un risque, comparable à un événement fortuit, et qu’il devait demeurer la charge de celui qui l’avait subi, la victime, à celui que le sort a frappé, il appartenait d’en supporter les coups. L’aggravation des risques dont une personne est aujourd’hui menacée a crée le sentiment qu’il était injuste de laisser à la victime désignée par le sort la charge définitive du préjudice. Afin d’y échapper, deux procédés complémentaires sont employés. D’une part, on étend le champ de la responsabilité en l’admettant dans des cas plus fondés sur le risque que sur la faute (création prétorienne de la responsabilité du fait des choses, législation sur les accidents de la responsabilité des parents du fait des dommages causés par leur enfant, etc...). De cette manière, la victime du risque peut plus facilement trouver un responsable à qui demander réparation. D’autre part, le financement du coût inhérent à la réparation des dommages résultant de tels risques est réparti sur une collectivité: ce qu’on appelle la socialisation des risques” (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. Paris: Defrénois, 2011, pp. 36-37). Tradução livre: “Durante muito tempo, considerou-se que o dano que não resultasse da culpa de outro constituía um risco, comparável a um acontecimento fortuito, e que ele devia permanecer a cargo daquele que o tinha sofrido, a vítima, àquela a que a sorte golpeou, cabia suportar os golpes. O agravamento dos riscos dos quais uma pessoa é hoje ameaçada criou o sentimento de que era injusto deixar a vítima designada pela sorte a carga definitiva do prejuízo. A fim de escapar dela, dois procedimentos complementares são empregados. De uma parte, estende-se o campo da responsabilidade, admitindo-a nos casos mais fundados sobre o risco do que sobre a culpa (criação pretoriana da responsabilidade de fato das coisas, legislação sobre os acidentes de responsabilidade dos pais por danos causados por seu filho, etc...). Dessa

A responsabilidade objetiva, portanto, importa em mecanismo aliado a tal intento. Ao se imputar o dever de indenizar (não já com base na culpa, mas) contra quem possui a condição de arcar com danos oriundos da situação lesiva, privilegia-se a solidariedade social, distribuindo-se os riscos com base na noção de justiça e no respeito às distintas posições socioeconômicas dos atores que convivem no seio social. Ao agente produtor da atividade econômica perigosa, ao pai e empregador pelos atos dos filhos e empregados, porque detentores da posição mais adequada para evitar e assumir o risco de dano, incide a responsabilidade sem culpa. Em muitas hipóteses, ainda, notadamente na seara das relações de consumo, a responsabilidade objetiva consiste em importante mecanismo de repartição de riscos sociais, em razão do conseqüente aumento dos preços de produtos e serviços comercializados pelo fornecedor, o que, em certa medida, dilui o custo do dano perante toda a gama de consumidores que se beneficiam da atividade desenvolvida.⁵⁷⁶

Note-se que, embora a responsabilidade objetiva encontre seu fundamento na solidariedade social, não há completa incompatibilidade entre o sistema objetivo e a pactuação de cláusulas de não indenizar.⁵⁷⁷ Com efeito, tais convenções são admitidas em sede de responsabilidade objetiva em relações civis, a exemplo dos pactos limitativos e excludentes no contrato de transporte (v. item 2.4, *supra*). Nas relações de consumo, por outro lado, embora sejam vedadas as cláusulas limitativas e excludentes em face de pessoa física, isso ocorre em virtude da patente vulnerabilidade do consumidor, não já de eventual incompatibilidade entre o regime da responsabilidade objetiva e o das cláusulas de não indenizar.⁵⁷⁸ Também se afiguram merecedoras de tutela, como visto (v. item 4.3.2, *supra*), convenções limitativas e excludentes em sede de direito de vizinhança, cuja responsabilidade assume natureza objetiva.⁵⁷⁹

maneira, a vítima do risco pode mais facilmente achar um responsável a quem pedir reparação. De outra parte, o financiamento do custo inerente à reparação dos danos resultantes de tais riscos é repartida sobre uma coletividade: o que chamamos a socialização dos riscos”.

⁵⁷⁶ Nesse sentido, cf. RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: A. Giuffrè, 1964, p. 30.

⁵⁷⁷ Sobre o tema, v. MENICHINI, Cristina. *Responsabilità oggettiva e clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale*. Milano: CUEM, 2006, pp. 160-165.

⁵⁷⁸ MACHADO, Diego Carvalho. Notas sobre cláusulas de não indenizar e limitativas do montante reparatório. *Revista de Direito Privado* (Revista dos Tribunais Online), v. 35, 2008, p. 9.

⁵⁷⁹ “De acordo com o que já se decretou na jurisprudência, a responsabilidade do direito de vizinhança não decorre da ilicitude do ato de construir, e sim da lesividade da construção, devendo os lesados demonstrar nada

Ressalve-se, todavia, que, evidentemente, as cláusulas de não indenizar em sede de responsabilidade objetiva deverão observar o requisito da ordem pública, analisado no Capítulo II, que aqui expressa o vetor de solidariedade social que fundamenta a responsabilidade sem culpa. Veda-se, assim, diante de patente vulnerabilidade do credor, a pactuação em relações de consumo em face de consumidor pessoa física, bem como em relações trabalhistas, no que se refere à responsabilidade do empregador perante o empregado.⁵⁸⁰ Do mesmo modo, inviável sua previsão para danos à pessoa humana. Nesses casos, a invalidade do ajuste não se deve à natureza objetiva da responsabilidade, mas à tutela de valores, que, na ponderação de interesses, pendem o prato da balança em favor da reparação integral da vítima e justificam a nulidade das cláusulas também em sede de responsabilidade subjetiva. A convenção, outrossim, só produzirá efeitos entre as partes, não afetando direitos de terceiros.

Observe-se que, nas hipóteses de responsabilidade sem culpa, torna-se ainda mais relevante a estipulação de convenções de não indenizar, como instrumento de previsibilidade e de gestão de riscos,⁵⁸¹ em virtude da maior amplitude da responsabilidade.⁵⁸² Na experiência portuguesa, Ribeiro de Faria sintetiza que tratando-se de uma “responsabilidade que abstrai da

mais que a prova da lesão e o nexo de causalidade entre a construção vizinha e o dano, visto que estabelecido esse liame surge a responsabilidade objetiva de quem ordenou a obra lesiva” (FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao código civil*. v. 15. São Paulo: Atlas, 2003, p. 164).

⁵⁸⁰ A respeito da natureza objetiva da responsabilidade do empregador, v. OLIVA, Milena Donato. Responsabilidade objetiva e risco empresarial: a incidência do parágrafo único do art. 927 do CC. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; DELGADO, Gabriela Neves (Orgs.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 440: “O Código Civil de 2002, ao estabelecer, no parágrafo único do art. 927, cláusula geral de responsabilidade objetiva, cria hipóteses de ressarcimento independentemente de culpa, apenas em virtude do risco próprio de certas atividades, o que aproveita a todas as vítimas do dano, sejam ou não empregados. Seria mesmo contrário às opções axiológicas do constituinte originário que, no momento em que a responsabilidade civil abandona como paradigma exclusivo a culpa, ficassem as relações trabalhistas presas à concepção individualista da responsabilidade subjetiva”.

⁵⁸¹ “Essa gestão da álea normal do contrato, de ordinário, ocorre mediante a repartição dos riscos de modo positivo entre os contratantes, de sorte que as cláusulas contratuais indicam quem é o sujeito responsável por determinado risco, que sofrerá, portanto, as perdas dele decorrentes, e quem auferirá os respectivos ganhos econômicos. Referida gestão positiva da álea normal do contrato há de ser extraída da vontade declarada dos contratantes, mediante a interpretação das cláusulas contratuais” (BANDEIRA, Paulo Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 141).

⁵⁸² “Não vemos (...) em que a idéia do risco entra em conflito com a concepção das cláusulas de irresponsabilidade. (...) o risco, como fundamento da responsabilidade, agravando a obrigação do devedor, tem sido precisamente o fator mais influente na aceitação da limitação da indenização, como corretivo aos excessos que da sua aplicação resultariam, onerando, de modo impolítico e antieconômico, a atividade industrial” (DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 150-151).

culpa”, uma indenização sem limites pode vir a se “traduzir num encargo desmesurado e excessivo”.⁵⁸³

Note-se que, na responsabilidade civil objetiva, o exame da culpa se mostra desnecessário. Não há de se perquirir se o agente deveria ou, ao menos, tinha condições para evitar o dano. Ao assim se elucubrar o intérprete voltaria ao dogma do ato ilícito, irrelevante na ambiência da responsabilidade objetiva.⁵⁸⁴ Nesses casos, a invalidade apenas diante de dolo específico se afigura mais adequada para a apreciação da hipótese, evitando que o direito só possa ser exercido em caso de culpa leve, irrelevante em sede de responsabilidade sem culpa.

4.3.4. Responsabilidade pré-contratual por ruptura imotivada das negociações

A teoria da responsabilidade pré-contratual, concebida originariamente com base na noção de *culpa in contrahendo*, a partir de obra publicada por Ihering, em 1861, em que se debatia o ressarcimento pelos danos causados em virtude da pactuação de negócio nulo, encontra suas bases, no direito contemporâneo, no princípio da boa-fé objetiva, que, como visto, tutela as legítimas expectativas despertadas na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual, no bojo da relação obrigacional como processo.⁵⁸⁵

⁵⁸³ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. v. 2. Coimbra: Almedina, 2001, p. 89.

⁵⁸⁴ “Ocorre que, na responsabilidade objetiva, não se analisa a culpa do agente, bastando a prova do dano, da atividade e do nexa causal. A culpa é, por definição, matéria estranha à responsabilidade objetiva” (TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 864).

⁵⁸⁵ “Tem sido muito discutida no âmbito da *culpa in contrahendo* a responsabilidade pela ruptura das negociações. Pode dizer-se que ela constitui a *facti-species* paradigmática da responsabilidade daquele que, na fase preambular do contrato, concita no outro a convicção de vir a actuar de determinada forma no futuro. Por aqui se distingue bem da responsabilidade por asserções, que envolvem meras representações de um dado de facto, reportado ao passado ou ao presente” (FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 502). V. tb. “A *culpa in contrahendo*, tal como foi inicialmente formulada, tinha em vista a reparação de prejuízos, na hipótese de o contrato ser inválido. (...) Todavia, a evolução verificada foi no sentido de admitir a existência da *culpa in contrahendo* por violação da aparência jurídica, relacionada com situações de confiança, não só na fase pré-negocial, como também em situações de execução do contrato, porque depois da celebração do negócio jurídico até a relação de confiança é mais estreita” (MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2010/2011, pp. 309-310).

Independentemente da controvérsia existente acerca da natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual,⁵⁸⁶ isto é, se esta residiria em hipótese de responsabilidade contratual,⁵⁸⁷ extracontratual⁵⁸⁸ ou, ainda, de um terceiro gênero,⁵⁸⁹ fato é que tal espécie de responsabilidade é amplamente admitida no direito civil contemporâneo, com destaque para a configuração de frustração às legítimas expectativas por ruptura imotivada das negociações.⁵⁹⁰ Responderá, portanto, pelas perdas e danos causadas, a parte

⁵⁸⁶ “Come si diceva in premessa, la divergenza sulla individuazione della natura della responsabilità precontrattuale non sembra avere incidenza decisiva nella soluzione dei problemi di trattamento di tale fattispecie di responsabilità” (D’AMICO, Giovanni. *La responsabilità precontrattuale*. In: ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2006, p. 1.115). Tradução livre: “Como se dizia em premissa, a divergência sobre a individuação da natureza da responsabilidade pré-contratual não parece ter incidência decisiva na solução dos problemas de tratamento de tais suportes fáticos de responsabilidade”.

⁵⁸⁷ “Alguns autores sustentam a idéia do *tertium genus*; haveria, além da responsabilidade contratual e extracontratual, a pré-contratual. Já houve também quem, entre os dois territórios inimigos, o contratual e o extracontratual, estendesse uma ‘terra de nessuno’, representada pela responsabilidade pré-contratual. (...) Pessoalmente, tendo em vista nossa idéia de que o contrato é um processo (uma sucessão de ‘tempos’ como ocorre com o próprio negócio jurídico), que vai, desde a fase pré-contratual, passando à fase contratual, distribuída em três fases menores (conclusão do contrato, eficácia do contrato e execução/adimplemento do contrato), e indo até a fase pós-contratual, todas subordinadas à boa-fé objetiva, pensamos que, embora surgindo de ato ilícito, a responsabilidade pré-contratual, por se tratar de descumprimento de deveres específicos, gerados pela boa-fé objetiva, deva se submeter ao tratamento da responsabilidade contratual; haverá lugar, portanto, para presunção de culpa, capacidade contratual, prescrição idem, etc. Os danos emergentes e os lucros cessantes devem ser os do interesse negativo” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, 1995, pp. 123-124).

⁵⁸⁸ Na doutrina italiana, Natalino Saponi destaca a natureza extracontratual da responsabilidade prevista nos artigos 1.337 e 1.338 do Código Civil Italiano (SAPONE, Natalino. *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè Editore, 2008, pp. 265-266). V. Art. 1.337. “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”; Art. 1.338. “La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”. Tradução livre: Art. 1.337. “As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se de acordo com a boa-fé”; Art. 1.338. “A parte que, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato, sem ter dado notícia disso à outra parte, é obrigada a ressarcir o dano sofrido por esta por haver confiado, sem sua culpa, na validade do contrato”.

⁵⁸⁹ “O fato de existir classicamente uma divisão bipartida na doutrina da responsabilidade civil faz com que em geral os doutrinadores que examinam uma hipótese nova de responsabilidade acabem por enquadrá-la em um dos modelos preexistentes. Essa é uma tendência comum na ciência do Direito, a de tentar se amoldar tudo que surja posteriormente a modelos preexistentes. Com a responsabilidade civil pré-contratual não foi diferente (...). Um dos principais objetivos deste trabalho é demonstrar que a responsabilidade pré-contratual, por sua natureza, não se enquadra em nenhum dos tipos clássicos de responsabilidade civil. A responsabilidade pré-contratual tem natureza específica, *sui generis*. Ela configura uma ‘terceira via’ da responsabilidade civil, porque demanda tratamento diverso dos que a lei confere à responsabilidade de natureza contratual e à responsabilidade aquiliana” (PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 247-248).

⁵⁹⁰ “Uma hipótese típica de responsabilidade pré-contratual é a da ruptura das negociações. Porém, aqui, a exigência de tutelar a parte desiludida na sua legítima confiança em torno da conclusão do contrato, deve conciliar-se com o princípio pelo qual o vínculo nasce só quando o contrato se forma, enquanto que antes desse

que desistir de modo injustificado das tratativas que haviam despertado na contraparte a confiança na conclusão do contrato.⁵⁹¹

Nesse cenário, prolifera, na prática negocial, a inserção de cláusulas de não indenizar em documentos pré-negociais, com vistas a exonerar os contratantes do dever de indenizar pela responsabilidade pré-contratual. A discussão que se coloca é quanto à validade de tais ajustes. A esse respeito, desenham-se, em doutrina, duas principais teses contrapostas. Para uma primeira posição, seria ilícito o ajuste de não indenizar nesta seara, em virtude da impossibilidade de se excluir ou limitar os efeitos da boa-fé objetiva.⁵⁹² Para uma segunda tese, haveria irrestrita liberdade das partes de pactuarem os efeitos da responsabilidade pré-contratual, em prestígio à autonomia negocial.⁵⁹³

momento as partes são livres de procurar melhores ocasiões (...). O ponto de equilíbrio encontra-se na regra segunda a qual a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando é injustificada e arbitrária, e não já quando é apoiada numa justa causa que a torne legítimo exercício de uma liberdade económica (como quando sobrevêm circunstâncias inesperadas que tornam o contrato não mais conveniente, ou a contraparte modifique inopinadamente a sua posição, pretendendo impor condições mais graciosas). Em presença destas circunstância não se pode, de facto, dizer que a parte que desiste – dando, entenda-se, imediato aviso à contraparte – se comporta de modo incorrecto e viole o dever de boa-fé” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 107).

⁵⁹¹ No exemplo de Antunes Varela: “A, interessado em vender o prédio que possui em Cascais, marca com B, residente em Coimbra e interessado em comprá-lo, uma visita ao local, para daí a 15 dias. Na semana seguinte vende o prédio a C, mas não cuida de avisar B, que no dia apazado se desloca de Coimbra a Cascais. Há ou não a responsabilidade de A pelas despesas que B tenha efectuado? No caso afirmativo, que espécie de responsabilidade? Qual o seu verdadeiro fundamento, legal e dogmático? Aqui nasce o problema da chamada responsabilidade (civil) pré-contratual” (*Das obrigações em geral*. v. I. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 267-268). V. tb. FONTAINE, Marcel. *Le processus de formation du contrat: contributions comparatives et interdisciplinaires à l’harmonisation du droit européen*. Paris: L.G.D.J, 2002, p. 865.

⁵⁹² “Ainda, consideramos que não deve ser permitida à convenção limitativa ou exoneratória do dever de reparar derivado de violação aos preceitos impostos pela boa-fé objetiva, pelo fato de que, também nesse cenário, se estaria desprezando a ordem pública. Não cabe às partes afastar os efeitos indenizatórios decorrentes da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva às suas convenções particulares, sendo certo que esse novo paradigma do direito contratual paira sobre todas as relações contratuais, intocável pela vontade das partes, embora incidente em diferentes graus em face das peculiaridades da relação jurídica concreta” (PERES, Fábio Henriques. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 152-153).

⁵⁹³ “Em negociações complexas, como a aquisição de empresas ou a formação de *joint ventures*, é frequente as partes incluírem cláusulas limitando a indenização ou afastando totalmente o dever de indenizar os danos – despesas e custos de transação – pela desistência do negócio. Cláusulas, do nosso ponto de vista, plenamente válidas e eficazes, mesmo que inexistente o contrato perseguido pelas partes. Portanto, prevalecente a tese da teoria extracontratual ou de uma terceira via, é possível afirmar que as cláusulas de limitação ou de exoneração do dever de indenizar são plenamente aplicáveis ao contexto da responsabilidade pré-contratual, não ficando restritas à responsabilidade contratual” (FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 168). V. tb. “Em terceiro lugar estão aquelas situações em que o contato prévio das partes se dá na forma de tratativas para a celebração de um contrato. A incidência da boa-fé objetiva para a criação de deveres na fase pré-contratual não se mostra como óbice jurídico para a celebração da convenção de não indenizar naquelas situações em que as partes podem prever os danos específicos que terão

Adiante-se, desde já, que não parece existir, em raciocínio abstrato e apriorístico, vedação aos ajustes de não indenizar na responsabilidade pré-contratual. Isso porque, não obstante a boa-fé objetiva consista em princípio de fundamental importância no ordenamento jurídico, não há, neste ponto, violação ao preceito. A previsão de pactos excludentes e limitativos em documentos pré-negociais passa a atuar como calibrador das legítimas expectativas despertadas, em respeito à boa-fé objetiva. Dito diversamente, na hipótese de responsabilidade pré-contratual, a celebração do ajuste de não indenizar servirá como elemento interpretativo acerca da confiança suscitada. A livre aposição de tais cláusulas pelas partes dificulta sobremaneira que legítimas expectativas sejam geradas nos contratantes acerca da conclusão do negócio, havendo a assunção dos riscos, em comum acordo, de que as tratativas poderão ser imotivadamente rompidas a qualquer tempo. Se não há confiança suscitada, a responsabilidade pré-contratual não se configura.

Note-se, todavia, que a solução da espécie não poderá ser dada por lógica de “tudo ou nada”. Embora os ajustes de não indenizar, na responsabilidade pré-contratual, não possam ser considerados, abstrata e aprioristicamente, inválidos, atuando, ao revés, como elemento interpretativo acerca da existência de confiança legítima, tais ajustes, como todos os demais, deverão se submeter ao requisito do dolo. Com efeito, não se pode conceber que a simples aposição das convenções de não indenizar exonera por completo o devedor dos efeitos da boa-fé objetiva, ainda que por comportamento doloso, em despreço às peculiaridades da hipótese fática.

Nessa toada, a análise cuidadosa do caso prático poderá demonstrar que, a despeito da previsão da cláusula de não indenizar, ao longo das negociações o comportamento do contratante que futuramente vem a romper as tratativas, associado ao decurso de lapso temporal, incutiu na contraparte legítimas expectativas. Trata-se de aplicação do requisito relativo ao dolo específico, que veda o exercício abusivo de direitos. O contratante que, embora tendo pactuado a cláusula excludente em documentos pré-contratuais, comporta-se de tal modo a incutir na contraparte efetiva confiança na conclusão do negócio atua com dolo específico, violando o dever de colaboração imposto pela boa-fé. Em outras palavras, torna-se necessário o controle funcional de tais ajustes que, conquanto não sejam inválidos, poderão se

revelar ineficazes no caso concreto se, diante da apreciação fática, considerar-se que houve a geração de legítimas expectativas aptas a configurar a responsabilidade civil pré-contratual.

A validade das cláusulas de não indenizar não se revela, portanto, absoluta, cedendo diante da situação concreta se configurada a legítima expectativa por meio do comportamento adotado pelo desistente, a caracterizar dolo específico. O *standard* de conduta a ser exigido, contudo, será diferenciado em relação à hipótese em que não há pactuação de convenção limitativa ou excludente, atuando o ajuste, insista-se, como elemento interpretativo a ser considerado pelo julgador na individuação da disciplina incidente. Em outras palavras, será de difícil configuração a responsabilidade pré-contratual se prevista cláusula de não indenizar quanto a este efeito, a qual ocorrerá apenas na hipótese de dolo.

Importante observar, nesta linha de raciocínio, a potencialidade do requisito do dolo específico como verdadeiro parâmetro de controle da abusividade e de tutela da confiança, o que só se torna possível quando se identifica tal requisito como referente (não já ao inadimplemento doloso, mas) ao dolo de fazer incidir a convenção. Permite-se, assim, sua incidência nos casos em que não há, a rigor, inadimplemento culposos, como nas hipóteses de responsabilidade extracontratual, de responsabilidade objetiva e de responsabilidade pré-contratual. Nesta última, o dolo específico consiste na conduta do contratante que, embora tenha previsto em documento sua exoneração do dever de indenizar – a atrair forte presunção de que legítimas expectativas de conclusão do negócio não serão despertadas – aproveita-se da cláusula e desperta, por meio de seu comportamento, a confiança na contraparte, fazendo-a, por exemplo, incidir em gastos desnecessários. Nesse caso, a solução será de ineficácia da cláusula de não indenizar e de configuração da responsabilidade pré-contratual.

Em síntese, a violação à legítima expectativa despertada, por intermédio do dolo específico, só restará configurada em situações que revelem nuances específicas. Se, de um lado, o permissivo à exoneração do dever de indenizar induz à forte presunção de que expectativas legítimas não se formarão durante as negociações, de outro, não se pode afirmar, em abstrato, que o ato de autonomia das partes, consubstanciado na convenção de não indenizar, possui o condão de afastar, de forma peremptória, a tutela da confiança oriunda do princípio da boa-fé objetiva, devendo incidir o requisito de validade do dolo.

A esse respeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo enfrentou hipótese fática que versava sobre a pactuação de ajuste excludente do dever de indenizar na responsabilidade pré-contratual. Na espécie, A e B negociaram, de 2009 a 2011, a alienação da integralidade das cotas sociais de duas sociedades de A para B, negócio este que girava em torno do montante

de 115 bilhões de reais. Em novembro de 2011, contudo, B desistiu das tratativas, rompendo, segundo A, de modo abrupto e injustificado as negociações. A, então, ingressou em juízo pleiteando o pagamento de: (a) indenização equivalente aos valores que despendeu com a contratação de escritório advocatício (R\$ 209.511,40) e de empresa de auditora (R\$ 1.014.947,10), visando a auxiliar as partes nas negociações e (b) indenização equivalente à perda da chance de alienar as sociedades à outra pessoa jurídica interessada (empresa C). No *term sheet* pactuado entre A e B, constavam cláusulas expressas de não vinculação e não responsabilização. Além disso, previram as partes, no Acordo de Confidencialidade e Avaliação de Negócio, que as tratativas poderiam se estender até outubro de 2011.

Ao apreciar o caso, concluiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que não houve a geração de legítimas expectativas, considerando como fatores a afastar a responsabilidade civil pré-contratual a cláusula excludente do dever de indenizar prevista no *term sheet* e o alto valor da contratação, que justificavam a extensão temporal das tratativas e as indas e vindas negociais.⁵⁹⁴ O caso exemplifica a tese de que a aposição dos ajustes de não indenizar atua como elemento interpretativo de que não foram geradas legítimas expectativas, estando cientes as partes de que as negociações podem ser a qualquer tempo cessadas. Inexistiu, ainda, dolo específico da parte desistente que justificasse a ineficácia do pacto excludente.

Ressalve-se que, embora tenha sido acertada a decisão do Tribunal, pelos fundamentos expostos, deve-se afastar a argumentação, também utilizada no julgado,⁵⁹⁵ no sentido de que a

⁵⁹⁴ A decisão restou assim ementada: “Tratativas preliminares de aquisição da integralidade de cotas sociais das duas sociedades coautoras. Celebração de Term Sheet prevendo a realização de due diligences e estabelecendo absoluta ausência de vinculação entre as partes e de responsabilidade, a que título for. Previsão de dois anos. Alegação de encerramento abrupto e injustificado das negociações. Ausência do dever de indenizar. Previsão contratual. Princípio da obrigatoriedade dos contratos. Autonomia da vontade das partes. Dirigismo contratual que não se justifica. Empresas de grande porte, bem assessoradas por escritório de advocacia renomado e empresa de consultoria de renome. Alegação de que a ré criou expectativa de negociação. Negócio complexo, de grande monta e com viés especulativo. Testemunha que relatou não ser incomum que negócios dessa monta não se efetivem. Rompimento das negociações dentro do razoável prazo previsto no ajuste inicial das tratativas preliminares. Liberdade de contratação. Violação aos princípios da confiança e boa fé não caracterizados. Perda de uma chance. Alegação de que a ré, com sua conduta, impediu a alienação das cotas sociais a outra empresa interessada no negócio. Ausência de provas nos autos. A responsabilidade civil pela perda de uma chance deve ser precedida de comprovação de que houve provável ou possível perda da oportunidade, o que não há nos autos” (SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 0005452-31.2013.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Carlos Alberto Garbi. São Paulo: 14 de dezembro de 2016).

⁵⁹⁵ “Não há dúvidas de que o princípio da obrigatoriedade dos contratos tem plena eficácia no caso. A demanda versa, basicamente, sobre empresas de grande porte e o negócio versava milhões de reais. Não há margem para o reconhecimento de vulnerabilidade ou de hipossuficiência na negociação, não há desequilíbrio a justificar intervenção judicial no negócio. Nessas situações, tem plena incidência o que restou pactuado, porquanto

relação era paritária e, assim, a liberdade de contratar não comportaria limites. Com efeito, a natureza paritária da relação deve ser fator considerado pelo intérprete na individuação da disciplina incidente. Isso não significa, entretanto, que a natureza paritária exclua a possibilidade de configuração de responsabilidade pré-contratual – mesmo diante de cláusula de não indenizar – ou afaste a incidência do controle funcional. Alerta-se, nesse ponto, para os perigos da criação de guetos doutrinários. De fato, “a aplicação das normas constitucionais não pode se exaurir na tutela dos vulneráveis nas relações privadas, especialmente quando já protegidos por lei especial”, ao revés, “deve permear todas as relações, inclusive aquelas caracterizadas pelo equilíbrio entre os contratantes”.⁵⁹⁶

expressa a manifestação de vontade dos representantes das sociedades” (Trecho do inteiro teor do referido julgado).

⁵⁹⁶ SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 10, 2016, p. 22.

CONCLUSÃO

1. O presente trabalho se situa em terceiro momento da trajetória trifásica das cláusulas de não indenizar. Se, inicialmente, os ajustes eram de todo proibidos, em razão do receio de que transformassem a obrigação civil em obrigação natural, em seguida pacificou-se a validade dessas convenções, mas com subsequente construção de amarras que colocam em xeque o princípio de licitude dos pactos, por meio da elaboração dos requisitos tradicionais de invalidade de: (i) ordem pública, (ii) obrigações principais e (iii) dolo e culpa grave. Assim, as cláusulas só poderiam ser estipuladas para interesses disponíveis, para obrigações acessórias e para o inadimplemento por culpa leve. Corroboram o quadro de excessiva constrição à aplicabilidade prática dos ajustes a omissão do legislador de 1916 e de 2002 acerca do tema, a postura tímida da jurisprudência e o tratamento escasso na doutrina.

2. O estudo, portanto, visa a justificar passo adiante no sentido de se reconhecer efetiva (e não retórica) validade das convenções de não indenizar, cujas potencialidades funcionais se referem à sua utilidade como instrumentos de gestão de riscos, à luz da autonomia negocial, viabilizando atividades econômicas que poderiam não ser exequíveis sem a sua estipulação, facilitando a contratação de seguros por prêmios menos custosos, permitindo ao credor a obtenção de condições mais vantajosas de contratação e, fundamentalmente, assegurando às partes previsibilidade e segurança jurídica acerca dos efeitos do inadimplemento. Possibilidades estas que, conforme se demonstrou, não se resumem, como classicamente se coloca, à responsabilidade contratual subjetiva, mas alcançam, ainda, a responsabilidade extracontratual, a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pré-contratual e que tendem ao infinito, no ilimitado imaginário da autonomia privada, tal qual a linha tracejada que orientou o percurso deste trabalho.

3. Essa linha tracejada apresentou, em progressivo grau de delimitação da tutela creditícia, as cláusulas penais de perfil limitativo, as cláusulas limitativas do dever de indenizar, as cláusulas de exclusão do dever de indenizar e as cláusulas limitativas do objeto contratual. Os requisitos tradicionais de validade foram, assim, analisados de modo a se sistematizar o tratamento do tema para as quatro referidas espécies de convenções disciplinadoras da responsabilidade civil. No Capítulo I, procedeu-se à delimitação de fronteiras entre os ajustes, em perspectiva funcional e estrutural e, nos Capítulos subsequentes, foram relidos cada um

dos referidos requisitos tradicionais de validade, dedicando-se o Capítulo II à ordem pública, o Capítulo III às obrigações essenciais e o Capítulo IV ao dolo e à culpa grave.

4. As cláusulas limitativas e excludentes, como se analisou no Capítulo I, apresentam diversas espécies, que perfazem ora restrição direta ao dever de indenizar ora indireta. São exemplos da primeira categoria aquelas que excluem ou limitam o montante indenizatório, por meio de determinação de teto fixo, de porcentagem sobre a total extensão do dano ou mesmo de fórmula matemática mais complexa, bem como as que se referem a espécies de dano, excluindo, por exemplo, os lucros cessantes. Há, ainda, as convenções relativas aos fundamentos de responsabilidade, como as que estipulam o dever de indenizar apenas por dolo, as que excluem ou limitam a responsabilidade por perdas e danos diante de atos de terceiros e as que promovem equiparação de hipóteses a caso fortuito e força maior.

5. Com relação a essa última convenção, apresentou-se proposta de individuação de seu espectro de incidência como referente a eventos que já se afiguram como inevitáveis e necessários, mas para os quais a lei prescreve a responsabilidade do devedor, de que são exemplos os artigos 399 e 575 do Código Civil, que fixam a perpetuação da obrigação diante da mora do devedor, e o artigo 246 do Código Civil, segundo o qual o gênero não perece. Podem as partes, portanto, na gestão de riscos contratuais, atribuir efeito liberatório ao fortuito e à força maior que, pelo regime legalmente estabelecido, não o gerariam. Nesses casos, a convenção terá efeitos mais amplos, promovendo, para além da exoneração do dever de indenizar, a exclusão dos demais direitos do credor, como à exata prestação devida e ao seu equivalente. Admite-se ainda que as partes se valham do ajuste para especificar acontecimentos que caracterizam caso fortuito ou força maior naquela relação contratual, eliminando potenciais dúvidas. Nessa hipótese, o mecanismo, embora útil, em especial em negociações complexas, não constitui propriamente cláusula de não indenizar, eis que os eventos já gerariam por si o efeito liberatório. Não se afigura permitida, todavia, a equiparação de fatos que estejam na esfera de controle do devedor, sob pena de se subverter o suporte fático de incidência da convenção que diz com eventos inevitáveis e necessários.

6. Já no que se refere aos pactos que promovem indiretamente a restrição do dever de indenizar, destacou-se a previsão de cláusulas de limitação a garantia patrimonial, por meio das quais se determina quais bens do devedor garantirão a dívida (limitação positiva) ou se

excluem determinados bens do patrimônio garante (limitação negativa). Nessas hipóteses, se o valor dos bens se afigurar inferior ao montante dos prejuízos, haverá limitação do dever de reparar. Registrou-se que, no caso da limitação positiva, ocorrendo alienação, deterioração, depreciação, perecimento ou desapropriação dos bens, poderá o credor pleitear sua substituição ou reforço e, na situação de limitação negativa, veda-se que o devedor provoque a diminuição de seu patrimônio.

7. Apreciou-se ainda o ajuste de inversão do ônus da prova, por meio do qual se redistribui a carga probatória referente à culpa do devedor no inadimplemento contratual, que deixa de seguir a regra de presunção de culpa, e passa a caber ao credor. Sugeriu-se, nesse caso, a interpretação de que o efeito de inversão do ônus da prova não decorre automaticamente da pactuação de cláusula de não indenizar. Em outras palavras, a celebração do ajuste limitativo ou excludente não significa necessariamente a inversão do ônus probatório, mantendo-se a regra legal de distribuição da carga da prova. Podem, todavia, as partes pactuar ambos os efeitos, isto é, celebrar cláusula de não indenizar e também convenção de inversão do ônus da prova. Embora o ajuste de inversão seja tradicionalmente considerado como espécie de restrição indireta ao dever de indenizar, nos casos em que o credor encontre óbice intransponível em proceder à prova de culpa, situação em que a exclusão do dever de indenizar ocorreria, propôs-se neste trabalho o abandono desta categoria à luz do artigo 373, § 3º, II, do CPC/2015, que veda a distribuição diversa do ônus da prova nos casos em que a convenção tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

8. Examinou-se, de mais a mais, a cláusula de redução dos prazos prescricionais, a qual produziria indiretamente restrição do dever de indenizar ao fulminar a pretensão reparatória. Tal ajuste é, entretanto, proscrito no direito brasileiro por meio do artigo 192 do Código Civil. Encontra-se vedada, outrossim, a alteração dos prazos de decadência legal. Afigura-se admissível, por outro lado, a estipulação de decadência convencional pelas partes, como a fixação de prazo para o exercício do direito de resolução. Nesse caso, contudo, a inobservância do prazo pelo credor impede apenas que este se valha do remédio da resolução, mas não exclui a execução pelo equivalente acompanhada do pleito de reparação por perdas e danos no prazo prescricional de três anos disciplinado no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. Alertou-se, ademais, para o perigo de que a previsão convencional de prazos decadenciais gere burla à vedação de redução de prazos prescricionais, como na definição

contratual do prazo de sessenta dias para a cobrança da dívida, que significa redução do prazo prescricional de cinco anos disciplinado no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil, fazendo-se mister a adequada qualificação da situação jurídica subjetiva, se referente a direito subjetivo, que atrai prazo prescricional, ou a direito potestativo, que conclama a incidência de prazo decadencial.

9. Passou-se, em seguida, ao exame dos efeitos das cláusulas de não indenizar diante do inadimplemento contratual, de modo a se sugerir releitura da afirmação clássica de que as convenções não excluem as medidas de execução específica, exceção de contrato não cumprido, direito de retenção e direito de resolução. A análise desses remédios demonstrou que a execução específica serve a assegurar ao credor o direito à exata prestação devida em caso de mora, isto é, quando ainda há interesse do credor e possibilidade do devedor no cumprimento da obrigação. O direito de resolução, a seu turno, consiste em uma das medidas à disposição do *accipiens* no caso de inadimplemento absoluto, isto é, quando não há mais interesse ou possibilidade, da qual decorrem os efeitos liberatório, ressarcitório e restitutivo. De acordo com a previsão do artigo 475 do Código Civil, há, contudo, outro remédio à disposição do credor em situação de inadimplemento absoluto, referente à execução pelo equivalente, de sorte que o *accipiens* poderá cumprir sua prestação e pleitear o equivalente da contraprestação. Em síntese, identificou-se que a pactuação de ajuste de não indenizar não afeta, em caso de mora, o direito à exata prestação devida, e, configurado o inadimplemento absoluto, ao equivalente à prestação devida e à restituição do que já foi cumprido. A exceção de contrato não cumprido, por sua vez, consiste em mecanismo de pressão que assegura ao credor, em caso de mora, o direito à exata prestação devida, recusando-se o *accipiens* a cumprir até que o devedor o faça. Em sede de inadimplemento absoluto, ainda, a *exceptio* pode servir de instrumento de defesa para assegurar o efeito liberatório da resolução, de sorte que o credor deixa de cumprir sua prestação, bem como de expediente para garantir a execução pelo equivalente, negando-se o *accipiens* a adimplir enquanto o *solvens* não oferecer o equivalente à prestação que se impossibilitou ou se tornou inútil. O direito de retenção, como se identificou por meio da análise de suas previsões esparsas na legislação, serve fundamentalmente a assegurar ao credor dois propósitos: (i) a pretensão ressarcitória (reparação por perdas e danos); (ii) a exata prestação devida (remuneração contratualmente fixada somada ao reembolso de despesas incorridas na execução contratual). O primeiro desses propósitos restará restringido com a pactuação de ajuste de não indenizar, mas o

segundo permanecerá hígido. A exceção de contrato não cumprido e o direito de retenção, portanto, constituem instrumentos para assegurar as mesmas prestações materiais analisadas por efeito da execução específica, da execução pelo equivalente e do direito de resolução. Concluiu-se, nessa toada, que a referência aos remédios de execução específica, exceção de contrato não cumprido, direito de retenção e direito de resolução deve ser reformulada para acrescentar a execução pelo equivalente e para especificar as prestações materiais a que tem direito o credor além das perdas e danos, quais sejam, a exata prestação devida, no caso de mora, e o equivalente ao devido ou a restituição do já cumprido, se configurado o inadimplemento absoluto.

10. Além disso, o presente trabalho buscou delimitar as fronteiras entre as cláusulas excludentes do dever de indenizar e os ajustes limitativos do dever de reparar por perdas e danos, eis que, no ordenamento jurídico brasileiro, a distinção entre ambos é mais do que quantitativa, qualitativa, vedando o legislador, em determinados momentos, a convenção de exoneração e autorizando a limitativa, de que são exemplos o artigo 734 do Código Civil e o artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor. Sustentou-se a necessidade de se devolver aos pactos limitativos o protagonismo escamoteado no desenvolvimento do tema em razão do receio de que o reconhecimento de distinção qualitativa entre as cláusulas conduzisse à conclusão de ilicitude dos ajustes excludentes se comparados aos limitativos. Como parâmetros a auxiliar na diferenciação entre as convenções excludentes e limitativas, propôs-se: (i) análise da justificativa para o recebimento do valor pecuniário pelo credor, isto é, se este consiste na exata prestação devida, no equivalente ao devido, na restituição do já cumprido ou em reparação por perdas e danos; (ii) exame concreto da hipótese fática, de modo que a identificação do pacto como de exoneração ou de limitação será um *posterius*, não podendo ser concebida *a priori* ou de modo abstrato e (iii) apuração do equilíbrio da relação complexa, eis que, ainda que a reparação a título de perdas e danos não corresponda a zero, será a cláusula considerada de exoneração nos casos em que o valor fixado como limite à indenização se revelar ínfimo, de sorte a coibir a fraude à lei.

11. A análise da específica disciplina das convenções limitativas do dever de indenizar trouxe ainda a necessidade de se individuar sua aproximação funcional com os ajustes penais. Estes não se confundem com aquelas, uma vez que estipulam montante invariável de perdas e danos (não já teto de reparação), dispensando a prova dos prejuízos. Outra distinção classicamente

apresentada entre os ajustes limitativos e penais reside na constatação de que os segundos serviriam aos interesses do credor e os primeiros aos interesses do devedor. Sustentou-se, contudo, o abandono de tal exame abstrato, eis que concretamente ambos podem produzir o idêntico efeito de restrição ao dever de indenizar. Cunhou-se a denominação cláusula penal de perfil limitativo para designar o pacto penal de montante inferior à real extensão do dano, sem previsão de possibilidade de pleito dos prejuízos excedentes, nos termos do artigo 416, parágrafo único, do Código Civil. Propôs-se, assim, o avizinhamo funcional entre cláusulas penais de perfil limitativo e convenções limitativas do dever de indenizar, com base nos seguintes fundamentos: (i) identidade de função entre os ajustes na medida em que ambos produzem o efeito de limitação do dever de indenizar; (ii) semelhante grau de restrição ao princípio da reparação integral; (iii) coibição de fraude à lei, eis que bastaria, para escapar das constringões sobre os pactos limitativos, que se previsse cláusula penal de baixo valor e (iv) superação da concepção da relação obrigacional como supremacia creditícia, estendendo-se o juízo de merecimento de tutela às cláusulas penais. Defendeu-se, ademais, que a aproximação geraria duplo efeito: um primeiro, de submeter os ajustes penais aos mesmos requisitos de validade postos para as convenções limitativas, quando estes fossem procedentes, o que se deu nos requisitos da ordem pública e do dolo específico, e um segundo, de retirar constringões excessivas sobre os pactos penais que não eram postas para os ajustes limitativos, quando estes fossem injustificados, o que se colocou no pressuposto das obrigações essenciais.

12. Examinou-se, ademais, a cláusula limitativa do objeto contratual, que se refere à não assunção de determinada obrigação pelo devedor, de modo a excluir todos os efeitos do inadimplemento, atuando no momento fisiológico da relação jurídica. Esta, portanto, se aproxima, na linha tracejada, da convenção de exoneração do dever de indenizar, pois inclui o efeito de exclusão da reparação por perdas e danos, mas com fundamental distanciamento em virtude de eliminar também os demais direitos em face do incumprimento. Os fundamentos que justificaram a aproximação funcional entre os ajustes penais de perfil limitativo e as convenções limitativas do dever de indenizar também sustentam o avizinhamo entre as cláusulas limitativas do objeto contratual e os pactos excludentes do dever de indenizar, de modo a gerar as mesmas duas consequências. Em primeiro lugar, as convenções limitativas do objeto contratual deverão ser proscritas quando o são os ajustes de exoneração do dever de indenizar, sob pena de se permitir ao devedor burlar os limites de validade sob o argumento de liberdade na definição do conteúdo negocial, de sorte que também as cláusulas limitativas

do objeto se submeterão aos requisitos postos para os pactos excludentes. Haverá, contudo, hipóteses em que o cotejo entre ambos os pactos, atentando-se para o distinto grau de delimitação da tutela creditícia, demonstrará que determinado requisito de validade deve ser posto apenas para as convenções limitativas do objeto contratual, não já para os ajustes de exoneração. É o que ocorre com o requisito das obrigações essenciais. Desse modo, sustentou-se que o cotejo entre os pactos penais e as cláusulas limitativas do dever de indenizar não se identifica com o paralelo entre as convenções limitativas do objeto contratual e os ajustes excludentes do dever de indenizar, afigurando-se o controle funcional equiparado no primeiro caso e mais rigoroso para os pactos limitativos do objeto contratual na segunda hipótese.

13. Encerra-se o Capítulo I com a individuação da necessidade de releitura dos tradicionais requisitos de validade com base em três principais razões: (i) não há a adequada sistematização da disciplina incidente para os pactos limitativos do objeto contratual, os ajustes excludentes do dever de indenizar, as cláusulas limitativas do dever de reparar por perdas e danos e as convenções penais de perfil limitativo, analisados separadamente em suas peculiaridades, à luz das aproximações e dos distanciamentos funcionais entre as figuras; (ii) os requisitos de validade ora se orientam por excessiva desconfiança em face dos pactos de não indenizar, restringindo demasiadamente sua aplicabilidade, ora se referem a pressupostos genéricos de todo e qualquer ajuste contratual, não apresentando autonomia de conteúdo e (iii) os novos rumos da teoria da responsabilidade civil e da teoria contratual, a partir do giro copernicano promovido no Direito Civil, impõem a releitura funcional de tais aspectos.

14. Com relação ao requisito da ordem pública, ao qual se dedicou o Capítulo II, sustentou-se que o pressuposto não é próprio das convenções de não indenizar, mas, a bem da verdade, se justifica para toda e qualquer cláusula contratual. O artigo 2.035 do Código Civil dispõe, nessa toada, “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública”. Argumentou-se que o parâmetro deve ser tomado como o juízo de merecimento de tutela em sentido amplo a que se submetem todos os institutos do ordenamento jurídico, de sorte a se perquirir se a figura contraria determinada regra de regência (ilicitude), se o exercício do direito se deu em desacordo à sua função (abusividade) ou se, embora a situação jurídica seja lícita e não-abusiva, o sopesamento dos valores incidentes no caso concreto justifica que não seja merecedora de tutela. De mais a mais, o controle funcional deve ser estendido para

abarcam as quatro referidas espécies de convenções disciplinadoras da responsabilidade civil, quais sejam, cláusulas penais de perfil limitativo, cláusulas limitativas do dever de indenizar, cláusulas excludentes do dever de indenizar e cláusulas limitativas do objeto contratual. Propôs-se, assim, a especificação do conteúdo do pressuposto como referente às hipóteses de (i) patente vulnerabilidade do credor, como nas relações de consumo; (ii) reparação de danos materiais e morais decorrentes de lesão à pessoa humana e (iii) violação de regras que disciplinam a limitação do dever de indenizar, de que é exemplo o mosaico normativo a respeito do contrato de transporte.

15. Desse modo, analisou-se, em relações de consumo, a invalidade das cláusulas limitativas do objeto contratual, das convenções excludentes do dever de indenizar, dos pactos limitativos do dever de reparar por perdas e danos e dos ajustes penais de perfil limitativo diante de consumidor pessoa física e a validade da limitação do dever de indenizar, por meio de convenção limitativa ou cláusula penal, diante de consumidor pessoa jurídica em situação justificável. Para a individuação do que seria este último conceito, argumentou-se (não já pela construção de requisitos objetivos abstratos, mas) pela apreciação concreta do equilíbrio da relação jurídica, consoante o grau de vulnerabilidade do consumidor, devendo a convenção corresponder a uma vantagem em contrapartida a este.

16. Já com relação aos contratos de adesão em relações civis, justificou-se a validade da limitação e da exclusão do dever de indenizar, porquanto não privam o aderente de direitos resultantes da natureza do negócio, o que seria vedado pelo artigo 424 do Código Civil. Tais direitos devem ser identificados na fisiologia da relação, como integrantes da causa negocial, sem os quais o programa contratual é frustrado. As perdas e danos, contudo, constituem apenas um dos efeitos do inadimplemento de todo e qualquer negócio, não traduzindo peculiaridade de determinado contrato. De mais a mais, as referidas convenções não excluem o direito do credor, como visto, à exata prestação devida, em caso de mora, e ao equivalente ao devido ou à restituição do já cumprido, se verificado o inadimplemento absoluto, de sorte que não há frustração da causa negocial. A solução, à luz da autonomia negocial, e inexistente vulnerabilidade apta a caracterizar a relação como de consumo, será (não já de vedação apriorística das cláusulas de não indenizar, mas) de apreciação concreta do equilíbrio contratual, guiado pelo grau de vulnerabilidade, fazendo-se mister que a convenção corresponda a vantagem em contrapartida ao credor. Parece não proceder, desta feita, a

solução de invalidade apriorística dada aos ajustes penais de perfil limitativo pelo Enunciado n. 430 da V Jornada de Direito Civil, que aduz: “no contrato de adesão, o prejuízo comprovado do aderente que exceder ao previsto na cláusula penal compensatória poderá ser exigido pelo credor independentemente de convenção”. De outro giro, distinta será a disciplina incidente para as cláusulas limitativas do objeto contratual relativas a obrigações essenciais, hipótese em que a exclusão da obrigação significará a privação do aderente de direito resultante da natureza do negócio.

17. Apreciou-se, ademais, a invalidade das quatro espécies de convenções diante de lesão à pessoa, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do sistema jurídico. A proscrição, conforme se sustentou, deve alcançar não apenas a reparação de danos morais, mas também a indenização de danos materiais decorrentes de lesão à pessoa, eis que, à luz da teoria dos efeitos da lesão, conquanto a consequência seja patrimonial, a lesão em jogo é existencial (à pessoa humana), de modo que admitir a limitação ou a exoneração violaria a mesma prioridade valorativa incidente para a compensação de danos morais. Exemplificou-se a impossibilidade de pactuação de cláusula de não indenizar para a reparação de danos decorrentes de lesão à integridade psicofísica do passageiro no contrato de transporte ou do paciente na atividade médica. Tratando-se de convenção penal de perfil limitativo, como esta pré-fixa perdas e danos, deve-se considerar que o montante não pode se referir aos danos resultantes de lesão à pessoa, cabendo o pleito de reparação integral para além do valor da pena, sem que se cogite de compensação entre as quantias. De outro giro, aduziu-se o cabimento da limitação e da exoneração diante dos chamados danos morais à pessoa jurídica, porquanto se trata, na verdade, de danos materiais ao ente abstrato, os quais não são dotados de personalidade no sentido de valor, atributo exclusivo da pessoa humana. Destacou-se, outrossim, que, nas hipóteses de responsabilidade de patrocinadores, agentes ou organizadores de evento por danos sofridos por atletas autônomos em atividades esportivas, e nos casos de responsabilidade do médico por danos sofridos por pacientes em tratamentos experimentais, não parece colher exceção aventada doutrinariamente à sistemática proposta de invalidade dos ajustes de não indenizar diante de lesão à pessoa humana, sustentando a tese a licitude dos pactos nesses dois exemplos. Isso porque, ou bem não estão configurados os elementos deflagradores da responsabilidade civil, quais sejam culpa, nexos de causalidade e dano, caso em que os agentes referidos não terão qualquer dever de indenizar, ou bem há a conformação

do dever de reparar por aferição de seus elementos, hipótese em que convenção limitativa ou excludente não poderá afastar a reparação integral em face de lesão à pessoa humana.

18. Em seguida, investigou-se o mosaico normativo a respeito da limitação e da exoneração do dever de indenizar no bojo do contrato de transporte com base em três vetores de análise: um primeiro, que distinguia o transporte de coisas e de pessoas, um segundo, que separava as relações paritárias livremente negociadas, os contratos de adesão em relações civis e as relações de consumo e um terceiro, que segregava o transporte interno do internacional. Concluiu-se, a partir do estudo, que se afigura admissível a limitação e a exoneração do dever de indenizar danos materiais decorrentes de lesão à coisa no transporte de coisas e a limitação do dever de indenizar danos materiais resultantes de lesão à coisa no transporte de pessoas em relações paritárias livremente negociadas e em contratos de adesão em relações civis. Nas relações de consumo, apenas a limitação do dever de indenizar diante de consumidor pessoa jurídica em situação justificável, vedando-se a pactuação em face de consumidor pessoa física. Especificou-se, além disso, a respeito do transporte internacional, a oscilação jurisprudencial em três fases: (i) a primeira, em que prevaleceram as convenções internacionais em face do CDC; (ii) a segunda, na qual se decidiu pela incidência do CDC em detrimento das convenções e (iii) a terceira, inaugurada por recente decisão do STF, de 25 de maio de 2017, no julgamento do RE 636.331 e do ARE 766.618, que estabeleceu: “por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. A respeito desta última decisão, sustentou-se que a solução que melhor se amolda à tábua axiológica constitucional parece se orientar no sentido da incidência da proteção do consumidor em detrimento das convenções internacionais. Isso porque a tutela do consumidor é dotada de *status* constitucional e de especialidade pelo critério subjetivo, referente à proteção da pessoa humana em situação de vulnerabilidade. Deve-se, desse modo, afastar a criação de microssistemas, permeando o vetor de proteção do consumidor todo o ordenamento jurídico, ainda que a matéria seja regida por lei especial. A ponderação entre a regra prevista no artigo 178 da Constituição e o princípio contemplado nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição, se afigura possível e necessária, consoante a metodologia civil-constitucional, devendo prevalecer a norma que se coaduna com os valores do sistema. Alertou-se, ainda,

para o perigo de violação à isonomia substancial ao se assegurar a reparação integral ao consumidor em voo interno, mas excluí-la em voo internacional.

19. Seguindo-se no fio condutor do trabalho, o Capítulo III cuida do requisito de validade referente às obrigações essenciais. Individuou-se como essencial a obrigação que integra a causa negocial, não se confundindo o conceito de causa com motivo, tipo ou função social. O primeiro se refere às razões íntimas que movem os contratantes, irrelevantes, em regra, para o direito, enquanto a causa consiste na mínima unidade de efeitos do negócio, objetivamente analisada. O tipo, a seu turno, diz com a previsão abstrata em lei, se afigurando de todo diverso da causa, que deve ser concretamente apreendida, de modo que também os negócios atípicos são dotados de causa. Sustentou-se, nessa toada, a superação da doutrina das *essentialia*, que segrega o negócio jurídico, estruturalmente, em elementos essenciais, naturais e acidentais, em raciocínio subsuntivo de recondução dos primeiros ao tipo previsto em lei. A causa negocial serve, fundamentalmente, a duas funções: a primeira, de qualificar o negócio jurídico e definir a disciplina incidente, e a segunda, de permitir o controle de merecimento de tutela em sentido amplo da autonomia negocial. A função social se relaciona a esse segundo sentido de causa, não já ao primeiro, de sorte que o conceito de causa se afigura mais amplo. De mais a mais, mesmo quanto a este segundo aspecto, o controle funcional operado pela causa não se resume à função social, que diz com a tutela dos interesses extracontratuais socialmente relevantes, mas abarca também, exemplificativamente, a proteção de interesses individuais, para os quais incide o princípio da boa-fé objetiva.

20. Passo adiante, para a adequada compreensão do requisito das obrigações principais, procedeu-se à investigação de suas origens na teoria do *fundamental breach* do direito inglês e na *notion d'obligation fondamentale* do direito francês, com vistas a impedir a importação acrítica da experiência estrangeira. Como se observou, no direito inglês, construiu-se a tese de invalidade das convenções de não indenizar em caso de violação fundamental, como efeito necessário da resolução contratual. O posicionamento, todavia, foi objeto de severas críticas por conta de reduzir o destino do contrato ao alvedrio do credor e de permitir ao magistrado reescrever o ajuste livremente negociado, em excesso de intervencionismo judicial. As críticas levaram à edição do *Unfair Contract Terms Act 1977*, em que o parlamento inglês optou por abandonar a tese da violação fundamental, adotando em seu lugar o critério da razoabilidade, e por afirmar a validade dos ajustes de não indenizar ainda que resolvido o contrato, de modo

a abrir espaço para o efetivo exercício da liberdade negocial em relações paritárias, permitindo que as partes aloquem os riscos como preferirem. Noticia-se, assim, o abandono da teoria do *fundamental breach* no direito inglês a partir de 1980. Simultaneamente, todavia, a tese é incorporada pelo direito francês na mesma década, por meio de tese de doutorado apresentada por Philippe Delebecque, intitulada *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, passando-se a se sustentar a invalidade de convenções referentes a obrigações essenciais. Examinou-se, a esse respeito, a trajetória do tema no direito francês, com destaque para as paradigmáticas decisões *Chronopost* e *Faurecia I e II*, até se chegar à recente reforma do *Code*, em 2016, por meio da *Ordonnance* nº 2016-131, que previu, no artigo 1.170 do Código Civil, que “toda cláusula que priva de sua substância a obrigação essencial do devedor é reputada não escrita”. O dispositivo, embora pareça consagrar puramente a tese do *fundamental breach*, não significa, na verdade, a invalidade de todo e qualquer ajuste referente a uma obrigação essencial, mas a necessidade de avaliação concreta do merecimento de tutela de cada um dos pactos. A regra tem sido objeto de severas críticas doutrinárias, sustentando-se até mesmo sua revogação, por se considerar que a previsão se torna desnecessária diante do artigo 1.171, do Código Civil Francês, também acrescentado pela reforma de 2016, o qual previu que “em um contrato de adesão, toda cláusula que cria um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes é reputada não escrita”. Este dispositivo seria mais preciso ao retirar do controle judicial as relações paritárias e ao focalizá-lo na apreciação do equilíbrio da relação jurídica, não já na análise de essencialidade da obrigação.

21. No direito brasileiro, propôs-se interpretação sistemática do requisito das obrigações essenciais, de modo que a incidência do pressuposto seria procedente (não já para as convenções de não indenizar, mas) apenas para os ajustes limitativos do objeto contratual, podendo gerar a requalificação, a nulidade total ou a nulidade parcial. A validade dos ajustes limitativos e excludentes diante de obrigações essenciais se sustenta, a uma, pois as cláusulas de não indenizar não se confundem com as convenções limitativas do objeto contratual, permanecendo hígido o direito do credor às demais prestações materiais diante do inadimplemento, quais sejam à exata prestação devida, diante de mora, e, em face de inadimplemento absoluto, ao equivalente ao devido ou à restituição do já cumprido. A duas, porquanto inexistente frustração se a causa deve ser individuada na fisiologia da relação, não produzindo o ajuste de não indenizar a exclusão da obrigação, mas apenas a limitação ou a

exclusão de um dos efeitos do inadimplemento, relativo às perdas e danos. Em outras palavras, a inserção de cláusula de não indenizar no contrato não gera a requalificação nem retira o seu merecimento de tutela. A três, uma vez que constitui *venire contra factum proprio*, em violação aos ditames da boa-fé objetiva, a conduta do credor que acorda a distribuição dos riscos contratuais consoante convenção de não indenizar e, posteriormente, diante do inadimplemento, busca invalidá-la com base na alegação do requisito de validade referente à obrigação essencial, devendo-se privilegiar a gestão de riscos ajustada pelas partes, que não pode ser submetida ao capricho do credor, inexistindo, no direito brasileiro, princípio de proteção ao negócio lucrativo. A quatro, porque a própria pactuação do ajuste de não indenizar deve ser tomada como elemento interpretativo, podendo significar que não havia verdadeira essencialidade daquela obrigação, objetivamente considerada, visto que, em certos casos, a essencialidade subjetiva da prestação para o credor não constará do contrato, isto é, não integrará a causa negocial, consistindo em mero motivo que o levou à contratação. Aduziu-se, nesse sentido, que o raciocínio de classificar quais obrigações do contrato se afiguram essenciais, desconsiderando o ajuste de não indenizar, para, posteriormente, uma vez feita a caracterização abstrata, interpretar o pacto limitativo ou excludente a partir do resultado alcançado, fere as premissas metodológicas estabelecidas de unidade entre interpretação e aplicação do direito, de superação do método subsuntivo e de distinção entre tipo e causa concreta, devendo o intérprete atentar para todo o regulamento de interesses, de que faz parte o ajuste de não indenizar.

22. Finalmente, tratou-se, no Capítulo IV, do requisito do dolo e da culpa grave, sugerindo-se, inicialmente, a correta apreensão de seu fundamento como referente ao princípio da boa-fé objetiva. Afastou-se, nesse sentido, o argumento de transformação da obrigação em condição puramente potestativa, uma vez que as convenções de não indenizar não afetam os direitos do credor às demais prestações materiais (exata prestação devida, equivalente ao devido e restituição do já cumprido), e também a alegação de punição ao devedor, porquanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil apresenta função reparatória, não já punitiva. Aduziu-se, ademais, a procedência do requisito, em interpretação sistemática, para cláusulas excludentes do dever de indenizar, cláusulas limitativas do dever de reparar por perdas e danos e cláusulas penais de perfil limitativo.

23. Em seguida, sustentou-se a validade dos ajustes de não indenizar referentes à culpa grave, vez que (i) o direito brasileiro não admite a função punitiva da responsabilidade civil; (ii) as cláusulas de não indenizar não se confundem com as condições puramente potestativas; (iii) os graus de culpa se afiguram irrelevantes no direito brasileiro (art. 944, CC); (iv) há distinção essencial entre dolo e culpa no ordenamento pátrio (arts. 392, 400, 762, CC); (v) mesmo no direito romano, do qual se extrai o brocardo *culpa lata dolo aequiparatur*, as cláusulas de não indenizar se afiguravam válidas diante de culpa grave; (vi) a diferenciação em termos de violação à ordem pública está entre a boa-fé inerente à culpa grave e a má-fé inerente ao dolo; (vii) a importação de previsões legais do direito estrangeiro que invalidam as cláusulas de não indenizar referentes à culpa grave se revela acrítica, porquanto a transposição de regras legais a realidades díspares viola a necessária observância da historicidade e da relatividade do fenômeno jurídico, considerando-se que o ordenamento pátrio, no tema, possui peculiaridade inafastável, relativa à irrelevância dos graus de culpa, além da constatação de existência de previsões legais na experiência alienígena de validade da convenção relativa à culpa grave, de sorte que o debate acabaria por ser reduzido à escolha do intérprete pelo país de sua preferência; (viii) a invalidade do ajuste referente à culpa grave geraria injustificada restrição à aplicabilidade prática das convenções de não indenizar e à autonomia das partes na gestão de riscos negociais, afigurando-se a natureza grave da culpa de difícil apreensão na responsabilidade contratual, sobretudo diante da responsabilidade de profissionais, em que a expertise inerente ao exercício da atividade configura, nos exemplos formulados neste trabalho, a impossibilidade de se graduar a culpa e (ix) se os contratantes, na gestão de riscos negociais, voluntariamente optam por pactuar convenção de não indenizar referente à culpa grave, a boa-fé objetiva deve se orientar no sentido da preservação da matriz de riscos delineada pelas partes, de sorte que, a partir da previsão da cláusula, o *standard* de conduta a ser exigido dos contratantes passa a ser diferenciado, moldado de acordo com os termos dos riscos equacionados, orientando-se as legítimas expectativas no sentido de cumprimento do ajuste de não indenizar, dotado de força obrigatória.

24. De mais a mais, propôs-se giro na apreensão do requisito do dolo, retirando o foco do inadimplemento contratual, com fins de se individualizar seu verdadeiro conteúdo e de desprendê-lo da culpa grave. O dolo, portanto, há de ser *específico*, cujo adjetivo diz com a referência do requisito à celebração ou à efetivação da cláusula de não indenizar. Desse modo, em um primeiro momento, relativo à pactuação do ajuste excludente ou limitativo, o dolo

específico consiste na falha no dever de informação por parte do devedor que, valendo-se da assimetria informativa entre as partes, fornece dado falso ou omite o real risco do negócio. Já na efetivação da convenção, a conduta proscrita diz com o aproveitamento do véu de proteção da cláusula para a prática de verdadeiro ilícito, como no caso do depositário que ateia fogo nos bens do depositante ou do transportador que furta para si os bens objeto do contrato. Destacou-se, ainda, que, tratando-se de limitação ou de exoneração por atos de terceiros, haverá maior liberdade na aferição do requisito do dolo específico, podendo o devedor se exonerar mesmo de seus efeitos, desde que o terceiro seja independente, não já seu subordinado.

25. A partir desta alteração de perspectiva, foi analisado sobre quem recai o ônus da prova da atuação com dolo específico do devedor. Se há a vedação de condutas contrárias à boa-fé e a má-fé não se presume e se as potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar vão além da responsabilidade subjetiva, abarcando também a responsabilidade extracontratual, a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pré-contratual, o ônus da prova incumbe, quando a verificação independe de exame de culpa no inadimplemento (e, portanto, não há presunção), ao credor. Propôs-se, contudo, superação da análise abstrata para a apreciação concreta da *carga dinâmica da prova*, prevista no art. 373, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, para as relações paritárias. Ademais, nas relações de consumo, admite-se a inversão do ônus da prova, diante de hipossuficiência ou verossimilhança (art. 6º, VIII, CDC). O ônus da prova será distribuído, assim, consoante a maior facilidade da prova por uma das partes ou da impossibilidade ou excessiva dificuldade na comprovação pela outra. Favorece-se, nessa toada, a tutela do credor onerado com prova diabólica em hipóteses em que não há presunção de culpa.

26. Nesse sentido, sustentou-se que o giro proposto, da análise do inadimplemento contratual para os momentos de pactuação e de efetivação do ajuste, permite a correta apreensão do requisito do dolo diante das potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar, que podem ser pactuadas para além da responsabilidade contratual subjetiva, como na responsabilidade extracontratual, na responsabilidade objetiva e na responsabilidade pré-contratual.

27. Nessa toada, apreciou-se a licitude da limitação e da exoneração do dever de indenizar em sede de responsabilidade extracontratual. Demonstrou-se, aqui, a inexistência de violação à ordem pública por meio de análise a respeito da diluição de fronteiras entre os campos extracontratuais e contratuais no direito civil contemporâneo, e da constatação de que, nas hipóteses enumeradas, estão em jogo interesses privados. Aduziu-se, contudo, que, para a validade dos pactos de não indenizar em sede de responsabilidade extracontratual, exige-se a celebração de contrato com finalidade de excluir ou limitar o dever de indenizar, não se afigurando admissível a restrição por mero aviso unilateral de uma das partes. Embora haja a pactuação do referido negócio, a responsabilidade segue apresentando natureza extracontratual, eis que decorre do dever geral de não causar dano a outrem (*neminem laedere*). Incidirão, uma vez mais, os requisitos da ordem pública – que impede que a exoneração ou a limitação do dever de indenizar seja realizada com base em aviso unilateral, bem como que incida em relações de consumo diante de pessoa física ou para danos à pessoa humana – e do dolo específico – que veda a assimetria informativa na celebração da cláusula e a prática deliberada de ilícito causador de dano em sua efetivação. Foram apresentadas como exemplos de incidência das cláusulas de não indenizar em sede de responsabilidade extracontratual as relações de vizinhança e as convenções condominiais. Nestas, sustentou-se a validade dos ajustes excludentes e limitativos referentes a atos ilícitos praticados no condomínio, como furto de veículo em garagem, ainda que o condomínio disponha de aparato de segurança e mesmo em face de culpa dos prepostos.

28. Averiguou-se, ademais, hipótese aventada em doutrina referente à possibilidade de cumulação da responsabilidade contratual por violação positiva do contrato com a responsabilidade extracontratual em casos de violação aos deveres da boa-fé objetiva, como na lesão à pessoa do credor ou à coisa na execução contratual. À luz da inutilidade da figura da violação positiva no ordenamento jurídico brasileiro em face dos suportes fáticos de mora e de inadimplemento absoluto, que não se referem apenas ao descumprimento da obrigação principal, mas também à inobservância dos deveres anexos de boa-fé objetiva, sustentou-se inexistir cumulação na espécie. Há, a bem da verdade, a configuração de responsabilidade contratual, decorrendo do inadimplemento, de modo direto, imediato e necessário, a lesão à pessoa ou à coisa. Assim, se pactuado ajuste de não indenizar, este alcançará a reparação de danos decorrentes de lesão à coisa consoante a configuração de mora ou de inadimplemento

absoluto. Já no caso de lesão à pessoa, geradora de danos morais e materiais, os pactos serão inválidos, conforme os fundamentos expostos no item 17, *supra*.

29. No bojo da responsabilidade objetiva, argumentou-se pela validade dos ajustes de não indenizar, que ganham especial potencialidade diante da maior amplitude da responsabilidade. Não por outra razão, o legislador autoriza a pactuação das cláusulas em sede de responsabilidade objetiva no contrato de transporte. Também se admite a previsão nas relações de vizinhança. Inadmite-se, contudo, que seja vulnerada a solidariedade social que, a rigor, fundamenta a própria natureza objetiva da responsabilidade, vedando-se a convenção diante de patente vulnerabilidade do credor, como nas relações de consumo em face de pessoa física, e nas relações trabalhistas, bem como para lesões à pessoa humana (geradora de danos morais ou materiais). De mais a mais, o ajuste só produzirá efeito entre as partes, não prejudicando direitos de terceiros. Sustentou-se, ainda, a incidência, em sede de responsabilidade sem culpa, do pressuposto do dolo específico, na perspectiva dos momentos de pactuação e de efetivação da cláusula.

30. Por fim, em tema de responsabilidade pré-contratual, propugnou-se a validade dos ajustes de não indenizar, sem que haja violação ao princípio da boa-fé objetiva, eis que as convenções atuam como calibradores da legítima expectativa na conclusão do negócio, dificultando sobremaneira que seja suscitada a confiança legítima na celebração do contrato na medida em que as partes já estão cientes, desde a pactuação da cláusula, de que as negociações podem ser rompidas a qualquer tempo. Veda-se, contudo, a atuação do devedor com dolo específico na efetivação do ajuste, se comportando de tal modo a incutir na contraparte efetiva confiança na conclusão do negócio, fazendo-a, ilustrativamente, incidir em gastos desnecessários.

REFERÊNCIAS

- ABÍLIO, Vivianne da Silveira. **Cláusulas penais**: critérios de distinção na perspectiva civil-constitucional. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.
- ADDIS, Fabio. Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni. In: CONFORTINI, Massimo (Org.). **Clausole negoziali**: profili teorici e applicativi di clausole negoziali tipiche e atipiche. Torino: Utet, 2017.
- ADRIANO, Germana Carlotta. **Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità civile**. Roma: Aracne Editrice, 2009.
- ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile**. t. IV. Milano: Giuffrè Editore, 1999.
- _____. Droit italien. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.
- _____; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile**. t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários ao novo código de processo civil**. v. V. Curitiba: Juruá, 2015.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Cláusula de não indenizar. In: **Soluções práticas de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 26, 1998.

AMIGO, Manoel Garcia. **Lecciones de derecho civil II: teoria general de las obligaciones y contratos.** Madrid: McGraw-Hill, 1995.

_____. **Clausulas limitativas de la responsabilidade contractual.** Madrid: Editorial Tecnos, 1965.

ANTONINI, Antoine. **Les clauses d'irresponsabilité dans le contrat de transport de marchandises.** Paris: Arthur Rousseau, 1907.

ARGUELLES, Luis Muñis. **Les clauses modificatives de la responsabilité contractuelle en droit français, americain et hispanique.** Paris: Atelier National de Reproduction des Thèses, 1989.

ASCARELLI, Tullio. **Clausole di esonero da responsabilità nel trasporto marittimo e inversione convenzionale dell'onere della prova.** Unito dello stesso: manifestazione ai terzi e contratto di società commerciale. Società e associazione. Roma: Editori Vari, 1936.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro.** v. II. t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AVELAR, Leticia Marquez de. **A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil.** Curitiba: Juruá, 2012.

AYNÉS, Laurent. Droit français. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990.** Paris: LGDJ, 1998.

_____. **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe.** Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris, 1990.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração da culpa grave em caso de responsabilidade profissional. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. 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. **Revista dos Tribunais** (Revista dos Tribunais Online), v. 769, 1999.

_____. Princípios do 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**, v. 750, 1998.

_____. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 90, 1995.

BANDEIRA, Paulo Greco. **Contrato incompleto**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Os contratos incompletos e a soft law. **Revista dos Tribunais**, v. 966, 2016.

_____. Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do código civil. **Civilistica.com**, v. 2, 2012.

_____. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 30, 2007.

BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2016.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Estudos a propósito da responsabilidade objetiva**. Cascais: Príncípia, 2014.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago. (Coord.). **Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza**. São Paulo: Atlas, 2013.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovena, 1996.

BASEDOW, Jürgen. Towards a universal doctrine of a breach of contract: the impact of the CISG. **International review of law and economics**, v. 25, 2005.

BEALE, Hugh. Droit anglais. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990**. Paris: LGDJ, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. O transporte aéreo e o código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 26, 1998.

BERALDO, Leonardo F. **A responsabilidade civil das companhias aéreas no transporte aéreo internacional**. Disponível em:

https://www.academia.edu/35332387/A_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DAS_COMPANHIAS_AEREOAS_NO_TRANSPORTE_AEREO_INTERNACIONAL. Acesso em 20.12.2017.

BERTINO, Lourenzo. **Le clause sulla non scarsa importanza dell'inadempimento**. Padova: CEDAM, 2016.

BETTI, Emilio. **Teoria general de las obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile**. v. V. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994.

BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Rio de Janeiro: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. **Civilistica.com**, a. 2, n. 4, 2013.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: _____. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. **Revista Forense**, v. 309, 1990.

BORGES, Mônica Aparecida Canato. O código de defesa do consumidor, a convenção de varsóvia e o novo código civil: tratados internacionais e direito interno, algumas considerações. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 56, 2005.

BOURGOIGNIE, Thierry. Les clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité du professionnel à l'égard du consommateur: clauses en sursis?. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.

BOVIO, David Morán *et al.* **Comentario a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional**. Pamplona: Aranzandi Editorial, 1999.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 636.331**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasil: 25 de maio de 2017.

_____. **Recurso Extraordinário com Agravo 766618**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasil: 22 de maio de 2017.

_____. **Recurso Extraordinário 351.750**. 1ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para acórdão Ministro Carlos Britto. Brasil: 17 de março de 2009.

_____. **Recurso Extraordinário 466.343/SP**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasil: 3 de dezembro de 2008.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591/DF**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Velloso. Relator para acórdão Ministro Eros Grau. Brasil: 7 de junho de 2006.

_____. **Recurso Extraordinário 297.901**. 2ª Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasil: 7 de março de 2006.

_____. **Recurso Extraordinário 172.720**. 2ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasil: 6 de fevereiro de 1996.

_____. **Recurso Extraordinário 80.004**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Brasil: 1 de junho de 1977

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.632.842/RS**. 3ª Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasil: 12 de setembro de 2017.

_____. **Agravo Interno no Conflito de Competência 146.868/ES**. 3ª Seção. Relator Ministro Moura Ribeiro. Brasil: 22 de março de 2017.

_____. **Recurso Especial 1.281.594/SP**. 3ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasil: 22 de novembro de 2016.

_____. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 607.388/RJ.** 3ª Turma.
Relator Ministro Moura Ribeiro. Brasil: 16 de junho de 2016.

_____. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 874.427/SP.** 4ª Turma.
Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasil: 4 de outubro de 2016.

_____. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 607.388/RJ.** 3ª Turma.
Relator Ministro Moura Ribeiro. Brasil: 16 de junho de 2016.

_____. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 601.234.** 3ª Turma.
Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasil: 12 de maio de 2015.

_____. **Recurso Especial 1.076.465/SP.** 4ª Turma. Relator Ministro Marco Buzzi.
Brasil: 8 de outubro de 2013.

_____. **Recurso Especial 1.155.395/PR.** 4ª Turma. Relator Ministro Raul Araújo.
Brasil: 1 de outubro de 2013.

_____. **Recurso Especial 293.006/SP.** 3ª Turma. Relator Ministro Massami Uyeda.
Brasil: 21 de junho de 2012.

_____. **Agravo Regimental no Agravo 1344297/SP.** 3ª Turma. Relator Ministro
Sidnei Beneti. Brasil: 15 de maio de 2012.

_____. **Recurso Especial 1.281.090/SP.** 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe
Salomão. Brasil: 7 de fevereiro de 2012.

_____. **Recurso Especial 1.155.770.** 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrichi.
Brasil: 15 de dezembro de 2011.

_____. **Agravo Regimental no Agravo 1.102.361/RJ.** 4ª Turma. Relator Ministro
Raul Araújo. Brasil: 15 de junho de 2010.

_____. **Recurso Especial 814.060/RJ**. 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasil: 6 de abril de 2010.

_____. **Recurso Especial 774.035/MG**. 3ª Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasil: 24 de novembro de 2006.

_____. **Embargos de Divergência em Recurso Especial 268.669/SP**. 2ª Seção. Relator Ministro Ari Pargendler. Brasil: 8 de março de 2006.

_____. **Recurso Especial 541.867/BA**. 2ª Seção. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Relator para acórdão Ministro Barros Monteiro. Brasil: 10 de novembro de 2004.

_____. **Recurso Especial 209.527/RJ**. 3ª Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasil: 15 de dezembro de 2000.

_____. **Recurso Especial 445.854/MS**. 3ª Turma. Relator Ministro Castro Filho. Brasil: 2 de dezembro de 2003.

_____. **Recurso Especial 268.669/SP**. 4ª Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasil: 19 de abril de 2001.

_____. **Recurso Especial 156.240/SP**. 4ª Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasil: 23 de novembro de 2000.

_____. **Recurso Especial 267.550/RJ**. 4ª Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasil: 21 de novembro de 2000.

_____. **Recurso Especial 135.535/PB**. 4ª Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasil: 11 de abril de 2000.

_____. **Recurso Especial 208.793/MT**. 3ª Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Brasil: 18 de novembro de 1999.

_____. **Recurso Especial 156.238/RJ**. 3ª Turma. Relator Ministro Waldemar Zveiter. Brasil: 7 de junho de 1999.

_____. **Recurso Especial 168.346/SP**. 3ª Turma. Relator Ministro Waldemar Zveiter. Relator para acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasil: 20 de maio de 1999.

_____. **Recurso especial 139.860/SP**. 3ª Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasil: 25 de agosto de 1998.

_____. **Recurso Especial 154.698/SP**. 4ª Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Relator para acórdão Ministro Bueno de Souza. Brasil: 9 de junho de 1998.

_____. **Recurso Especial 153.787/SP**. 4ª Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. Brasil: 18 de dezembro de 1997.

_____. **Recurso Especial 76.984/SP**. 4ª Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasil: 15 de abril de 1997.

_____. **Recurso Especial 72.557/SP**. 3ª Turma. Relator Ministro Waldemar Zveiter. Brasil: 18 de junho de 1996.

_____. **Recurso Especial 58.736/MG**. 3ª Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. Brasil: 13 de dezembro de 1995.

_____. **Recurso Especial 45.902/SP**. 3ª Turma. Relator Ministro Claudio Santos. Brasil: 22 de outubro de 1995.

_____. **Recurso Especial 41.775/SP**. 3ª Turma. Relator Ministro Nilson Naves. Relator para acórdão Ministro Eduardo Ribeiro. Brasil: 7 de junho de 1994.

BRIDGE, Michael. **Avoidance for fundamental breach of contract under the UN convention of the internacional sale of goods**. Disponível em www.cambridge.org/core. Acesso em 26.6.2017.

BRUNE, Daniel. **De la clause de non-responsabilité de l'armateur pour les fautes du capitaine**. Bordeaux: Imprimerie Nouvelle F. Pech, 1901.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRILLAC, Rémy. **Droit des obligations**. Paris: Dalloz, 2004.

CALERO, Francisco Javier Sánchez. **Curso de derecho civil**. t. II. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil**: estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A responsabilidade civil do transportador na jurisprudência do STF. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 76, 2010.

CALMEIRO, Ana Serra. **Das cláusulas abusivas no contrato de seguro**. Coimbra: Almedina, 2014.

CAMILLETTI, Francesco. **Profili del problema dell'equilibrio contrattuale**. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

CAMPOS, L. Fernando Reglero. **Lecciones de responsabilidad civil**. Navarra: Aranzadi, 2002.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. **O problema da causa no código civil brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1959.

CANARIS, Claus-Wilhem. O novo direito das obrigações na Alemanha. **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 27, 2004.

_____. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPECCHI, Marco. **Il nesso di causalità:** dalla *condicio sine qua non* alla responsabilità proporzionale. Padova: CEDAM, 2012.

CAPITANT, Henri; TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. **Les grands arrêts de la jurisprudence civile.** t. 2. Paris: Dalloz, 2000.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil.** t. 4. Paris: Presses Universitaires de France, 1956.

_____. **Droit civil.** t. 1. Paris: Presses Universitaires de France, 1955.

CARINGELLA, Francesco. **Studi di diritto civile.** t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.

CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no Código de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **A parte geral do novo código civil:** estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée.** Paris: L.G.D.J., 1995.

CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual.** Coimbra: Almedina, 2016.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do consumidor:** fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASSVAN, Elie. **Des clauses de non-responsabilité.** Paris: Librairie de jurisprudence ancienne et moderne L. Chauny et L. Quinsac, 1929.

CASTRO, Diana Paiva de; VIÉGAS, Francisco de Assis. A boa-fé objetiva nas relações reais. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.).

Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____ ; FREITAS, Rodrigo. Pacto comissório e pacto marciano na retrovenda com escopo de garantia. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, Edição Especial, 2018.

_____ ; FREITAS, Rodrigo. **A qualificação do contrato de doação com encargo:** proposta de delimitação de fronteiras entre modo e contraprestação à luz da metodologia civil-constitucional [no prelo].

CASTRO, Luiz Heitor Paiva de. **Relíquias do sol**. Rio de Janeiro: Sette Letras, 1998.

CAVALCANTI, André Uchôa. **Responsabilidade civil do transportador aéreo:** tratados internacionais, leis especiais e código de proteção e defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CECCHERINI, Grazia. **Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato**. Torino: Giappichelli, 2008.

_____. Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità. In: **Il codice civile commentario**. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

CERVASIO, Daniel Bucar; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Autonomia privada e prazos prescricionais. **Pensar**, v. 22, n. 3, 2017.

CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. **La réforme du droit des obligations:** commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil. Paris: Dalloz, 2016.

CHAVES, Marianna. Contratos internacionais de compra e venda de mercadorias: efeitos do incumprimento à luz dos ordenamentos brasileiro e português, e da convenção das nações unidas sobre a venda internacional de mercadorias. In: GARCIA, Maria Olinda (Coord.). **Estudos sobre incumprimento do contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CHÉNEDÉ, François. **Le nouveau droit des obligations et des contrats**: consolidations, innovations, perspectives. Paris: Dalloz, 2016.

CHIRONI, Gian Pietro. **La colpa nel diritto civile odierno**: colpa contrattuale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

CIOCIA, Maria Antonia. **L'obbligazione naturale**: evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

CISG-AC Opinion No. 17. **Limitation and exclusion clauses in CISG contracts**. Rapporteur: Prof. Lauro Gama Jr.. Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, Brazil. Adopted by the CISG-AC following its 21st meeting in Bogotá, Colombia, on 16 October 2015.

COL, Helder Martinez Dal. Os contratos de transporte de pessoas à luz da responsabilidade civil e do novo código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 804, 2002.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. v. IX. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. **Tratado de direito civil**. v. X. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

CORDEIRO, Amanda Guimarães; SOUZA, Larissa de Lima Vargas. Danos morais contratuais e o problema da cláusula penal. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. (Coord.). **Problemas de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

CORRAL, A. de Cossio Y. **El dolo en el derecho civil**. Granada: Editorial Comares, 2005.

CORSARO: Luigi. **Tutela del danneggiato e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2011.

COUTO E SILVA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 2006.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

D'AMICO, Giovanni. Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. In: **Studi in onore di Giorgio Cian**. t. I. Padova: CEDAM, 2010.

_____. La responsabilità precontrattuale. In: ROPPO, Vincenzo. **Trattato del contratto**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2006.

DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. **Revista Forense**, v. 139, 1952.

DELEBECQUE, Philippe; PANSIER, Frédéric-Jérôme. **Droit des obligations**. Paris: Lexis Nexis Litec, 1998.

_____. **Les clauses allégeant les obligations dans les contrats**. Aix-Marseille Université: Thèse, 1981.

DESMAZIÈRES, Albert. **Des clauses d'irresponsabilité dans le contrat de transport: commentaire de la loi du 17 mars 1905**. Poitie: Imprimerie Blais et Roy, 1909.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Cláusula de não indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DIAS, Antônio Pedro Medeiros; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. As cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de empreitada. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Orgs.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DISTRITO FEDERAL: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Processo 07122224620178070016**. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Relator Desembargador Aiston Henrique de Sousa. Distrito Federal: 1 de setembro de 2017.

DUFWA, Bill W. Droit suédois compare au droit français. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.

DURAND, Paul-J. **Des conventions d'irresponsabilité**. Paris: Librairie des Juris-Classeurs-Editions Godde, 1931.

ENGEL, Pierre; CHAPPUIS, Christine; MARCHAND, Sylvain; MORIN, Ariane. **L'évolution récente du droit des obligations**. Lausanne: Université de Lausanne, 2004.

ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho de obligaciones**. v. I. Barcelona: Bosch, 1954.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Garantia e extinção das obrigações**: obrigações solidárias e indivisíveis. Campinas: Bookseller, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. Transições do direito civil. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. A responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar. **Soluções práticas de direito**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Comentários ao código civil**. v. 15. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. **Direito das obrigações**. v. 2. Coimbra: Almedina, 2001.

FARINA, Juan M. **Contratos comerciales modernos**: modalidades de contratación empresarial. v. I. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FINATO, Newton Luiz. Contrato de transporte aéreo e a proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 42, 2002.

FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc; SAVAUX, Éric. **Les obligations**: l'acte juridique, le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs. Paris: Sirey, 2014.

FONTAINE, Marcel. **Le processus de formation du contrat**: contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen. Paris: L.G.D.J, 2002.

_____. Observations sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FRANZONI, Massimo. Il danno risarcibile. In: **Trattato della responsabilità civile**. t. II. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e inadimplemento substancial**. São Paulo: Atlas, 2014.

GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Padova: CEDAM, 2010.

_____. **Trattato di diritto civile**. v. II. Padova: CEDAM, 2010.

GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A cláusula de não indenizar. **Revista dos Tribunais**, v. 565, 1982.

GALLETTO, Tomaso. Clausole di esonero dalla responsabilità. In: **Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile**. v. II. Torino: Utet, 1988.

GALLOU, Cécile le. **La notion d'indemnité en droit privé**. Paris: L.G.D.J, 2007.

GAMBINO, Francesco. Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato. In: **Studi in onore di Giorgio Cian**. t. I. Padova: CEDAM, 2010.

GARCIA-CANTERO, Gabriel. Droit espagnol. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.

GAUDEMET, Eugène. **Théorie générale des obligations**. Paris: Dalloz, 1990.

GELOWITZ, Mark A.; MATTHEWS, Ian C. Supreme court sounds the death knell for fundamental breach: Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways). **Banking & Finance Law Review**, v. 26, 2011.

GEMEI, Hassan. Les réactions des clientes du Proche-Orient aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité des fournisseurs européens. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.

GERBERT, Marcel. **La clause de non-responsabilité dans les transports de marchandises par les compagnies de chemin de fer**. Paris: Arthur Rousseau, 1905.

GHESTIN, Jacques. Préface. In: _____. (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco Di. (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.

GONÇALVES, Antônio Silvestre. **Cláusulas exoneratórias e limitativas da responsabilidade contratual**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1989.

GONTIER, Yannick. **Plaidoyer pour une révision judiciaire des clauses limitatives de responsabilité**. Paris: s.n., 2005.

GRASSI NETO, Roberto. Crise no setor de transporte aéreo e a responsabilidade por acidente de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 64, 2007.

GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Transporte aéreo de passageiros; dano moral causado a passageiro: prevalência do código brasileiro de aeronáutica sobre o código de defesa do consumidor. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 28, 2005.

GUARIDO, Natalia del Olmo. **El caso fortuito**: su incidencia em la ejecución de las obligaciones: doctrina y jurisprudencia. Pamplona: Aranzandi Editorial, 2004.

HANDFORD, P. R. Another case on fundamental breach. **The Modern Law Review**, v. 38, n. 5, 1975.

HASSON, R. A. The nine lives of fundamental breach. **Canadian Business Law Journal**, v. 10, 1985.

HELLERINGER, Geneviève. **Les clauses du contrat**: essai de typologie. Paris: L.G.D.J., 2012.

HELLNER, Jan. Consequential loss and exemption clauses. **Oxford journal of legal studies**, v. 1, n.1, 1981.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

HONDIUS, Edward. Droit néerlandais. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.

JOSSERAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**. t. II. Paris: Librairie du Recueil Sirey société anonyme, 1930, nº 612.

KOJRANSKI, Nelson. **Condomínio edilício**: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Malheiros, 2015.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas na constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, v. 60, 2015.

_____. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 43, 2010.

_____. **A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

LABARTHE, Françoise; NOBLOT, Cyril. **Le contrat d'entreprise**. Paris: L.G.D.J, 2008.

LAGARDE, Paul. Droit international prive. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.

LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. **Revista de Direito GV**, v. 2, 2006.

_____. **Derecho de obligaciones**. t. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LASBORDES, Victoire. **Les contrats déséquilibrés**. t. II. Marseille: PUAM, 2000.

LAUDANNA, Raquel de Moraes. A cláusula de não indenizar. **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo**, n. 9, v. 3, 2011.

LAURO, Antonino Procida Mirabelli di; FEOLA, Maria. **La responsabilità civile**: contratto e torto. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. v. II. Coimbra: Almedina: 2016.

_____. **O enriquecimento sem causa no direito civil**: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa. Coimbra: Almedina, 2005.

LEITE, Fernanda Piccinin. A validade da cláusula de não indenizar nos contratos comerciais. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, v. 8, 2012.

LEMUS, Manuel Medina de. **Derecho civil**: obligaciones y contratos. t. II. v. I. Madrid: Editorial DILEX, S.L., 2004.

LEQUETTE, Yves. Préface. In: LEVENEUR-AZÉMAR, Marie. **Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité**. Paris: LGDJ, 2017.

LEVENEUR-AZÉMAR, Marie. **Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité**. Paris: LGDJ, 2017.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Rachel Maçalam Saab. **Análise funcional do termo inicial da prescrição**: violação do direito ou possibilidade de exercício da pretensão?. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

LIRA, Ricardo Pereira. A Aplicação do direito e a lei injusta. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, n. 5, 1997.

LÔBO, Paulo. Direitos e conflitos de vizinhança. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, 2014.

_____. Contratante vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago. (Coord.). **Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza**. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES, João Batista. **Condomínio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LUBBE, Gerhard. Fundamental breach under the CISG: source of fundamentally divergent results. **The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, Bd. 68, H. 3, 2004.

LY, Philip de; FONTAINE, Marcel. **La redazione dei contratti internazionali a partire dall'analisi delle clausole**. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

MACHADO, Diego Carvalho. Notas sobre cláusulas de não indenizar e limitativas do montante reparatório. **Revista de Direito Privado**, v. 35, 2008.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent ; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Les obligations**. Paris: Defrénois, 2011.

_____; AYNÈS, Laurent. **Cours de droit civil**. t. VI. Paris: Cujas, 1995.

MALINVAUD, Philippe; FENOUILLET, Dominique; MEKKI, Mustapha. **Droit des obligations**. Paris: LexisNexis, 2014.

MARINHO, Maria. A validade da cláusula de não indenizar relativa à obrigação principal. **Revista CEJ**, n. 70, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor - antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 3, 1992.

_____ ; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso. As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo das fontes com o CDC. **Conjur**, 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/regras-convencao-montreal-dialogo-fontes-cdc>. Acesso em 11.10.2017.

_____ ; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato**. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2010/2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. v. V. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal. In: ASSIS, Araken de *et al* (Coords.). **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MATACÁS, María Rosa Llácer. El asunto chronopost: cláusulas limitativas de responsabilidad contractual y servicio de transporte. Análisis comparativo de derecho español y francés. **AFDUDC**, n. 12, 2008.

MAZEAUD, Henri et León; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. **Leçons de droit civil**. t. II. v. I. Paris: Montchrestien, 1976.

MELI, Marisa. La disciplina delle clausole abusive nella recente proposta di direttiva sui diritti dei consumatori. In: **Studi in onore di Giorgio Cian**. t. II. Padova: CEDAM, 2010.

MENICHINI, Cristina. **Responsabilità oggettiva e clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale**. Milano: CUEM, 2006.

MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. t. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1897.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Nota ao artigo ‘Transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor’, de Antonio Herman Benjamin. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 100, 2015.

MORENO, María Cruz. **La exceptio non adimpleti contractus**. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004.

MONTEIRO, António Pinto. A indemnização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas?. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 5, 2015.

_____. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Las clausulas de exoneracion de la responsabilidad civil. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid**, n. 83, 1994.

_____. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

_____. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: _____ . **Rumos contemporâneos do direito civil**: estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Autonomia contratual em análise: um problema de interpretação e qualificação do negócio em concreto. In: _____ . **Rumos contemporâneos do direito civil**: estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. O direito de vizinhança no Código Civil. In: _____ . **Rumos contemporâneos do direito civil**: estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

_____. Subversões hermenêuticas: a Lei da Comissão da Anistia e o direito civil-constitucional. **Civilistica.com**, a. 5, n. 1, 2016.

_____. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9, 2016.

_____. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: _____ (Coord.). **Direito das relações patrimoniais**: estrutura e função na contemporaneidade. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

_____. Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 63, 2008.

_____. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Há limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro?** [no prelo].

_____; CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Dano moral e homo sacer: o problema do Enunciado 385 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e sua recente ampliação. **Revista de Direito Privado**, v. 73, 2017.

_____; BIANCHINI, Luiza. A responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato. In: _____. (Coord.). **Problemas de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

_____; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. **Pensar**, v. 21, 2016.

MOTA, Octanny Silveira da. A cláusula de não indenizar e o contrato de transporte aéreo. **Doutrinas essenciais de responsabilidade civil**, v. 2, 2011.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. As cláusulas de representação e garantia e a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos paritários. In: FIUZA, César Augusto de Castro; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; CARVALHO NETO, Frederico da Costa. (Coords.). **Direito Civil I**. João Pessoa: Conpedi, 2015

_____. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

_____. **Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Comentário a TJDF – Apelação Cível no Juizado Especial N. Processo: 674/99, Relator desig. Arnaldo Camanho de Assis. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 2, 2000.

NAVARRETTA, Emanuela. Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma. In: **Studi in onore di Giorgio Cian**. t. II. Padova: CEDAM, 2010.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

NICOL, Andrew; RAWLINGS, Rick. Fundamental breach burnt out: Photo Production v. Securicor. **The Modern Law Review**, v. 43, n. 5, 1980.

NICOLUSSI, Andrea. L'interesse del creditore tra forma e sostanza del rapporto obbligatorio. In: **Studi in onore di Giorgio Cian**. t. II. Padova: CEDAM, 2010.

NOBILI, Chiara. **Le obbligazioni**: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. Brevíssimas notas sobre a aplicação da Convenção de Varsóvia-Montreal (e não do Código de Defesa do Consumidor) no transporte internacional aéreo de cargas, inclusive para fins de limitação da responsabilidade indenizatória do transportador. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 24, 2009.

NORDMEIER, Carl Friedrich. Direito internacional privado – implicações em viagens aéreas internacionais e a situação dos passageiros. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 73, 2010.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor** (Revista dos Tribunais Online), v. 93, 2014.

_____. Responsabilidade objetiva e risco empresarial: a incidência do parágrafo único do art. 927 do CC. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; DELGADO, Gabriela Neves (Orgs.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 428.

_____; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. A cláusula penal compensatória estipulada em benefício do consumidor e o direito básico à reparação integral. **Revista de Direito do Consumidor** (Revista dos Tribunais Online), v. 105, 2016.

_____; RENTERIA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional: a cláusula geral de boa-fé objetiva nas situações jurídicas obrigacionais e reais e os Enunciados 302 e 308 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 101, 2015.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Cláusulas acessórias ao contrato**: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais. Coimbra: Almedina, 2008.

OMMESLAGHE, Pierre Van. Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats. In: FORIERS, Paul Alain (Org.). **Actualité du droit des obligations**. Bruxelles: Bruylant, 2005.

_____. Droit belge. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.

PARANÁ: Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível 1.373.326-9**. 17ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Cezar Nicolau. Paraná: 9 de dezembro de 2015.

_____. **Apelação Cível 1203773-5**. 11ª Câmara Cível. Relator Desembargador Rui Portugal Bacellar Filho. Paraná: 5 de agosto de 2015.

PASCINI, Líliam Regina. Da cláusula de não indenizar. **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo**, v. 2, 2010.

PASSARELLI, Francesco Santoro. **Dottrine generali del diritto civile**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957.

PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. A questão da antinomia de normas no transporte aéreo internacional de passageiros: a primazia da Convenção de Montreal. **Revista Forense**, v. 415, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Instituições de direito civil**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Instituições de direito civil**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, Vinicius. **Cláusula de não indenizar**: entre riscos e equilíbrio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

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

PERLINGIERI, Pietro. Il principio di legalità nel diritto civile. In: **Studi in onore di Giorgio Cian**. t. II. Padova: CEDAM, 2010.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Nuovi profili del contratto. In: MARZIO, Fabrizio di (Coord.). **Il nuovo diritto dei contratti**: problemi e prospettive. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

_____. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza**. v. IV. t. I. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

PERLINGIERI, Giovanni. **Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

_____. La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo. In: **Studi in onore di Giorgio Cian**. t. II. Padova: CEDAM, 2010.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité pratique de droit civil français**. t. VI. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. XXVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado**. t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

_____. **Tratado de direito privado**. t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PONZANELLI, Giulio. **Le clausole di esonero dalla responsabilità civile**: studio di diritto comparato. Milano: Giuffrè, 1984.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2002.

PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 1985.

PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*. **Diritto civile: metodo-teoria-pratica**. Milano: Giuffrè, 1951.

_____. **Istituzioni di diritto civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1933.

REICH, Norbert. *Le principe de la transparence des clauses limitatives relatives au contenu des prestations dans le droit allemand des conditions générales des contrats*. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990**. Paris: LGDJ, 1998.

RENTERIA, Pablo. **Penhor e autonomia privada**. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Obrigações de meio e de resultado: análise crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato*. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. (Org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIO DE JANEIRO: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 0316141-33.2011.8.19.0001**. 5ª Câmara Cível. Relator Desembargador Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Rio de Janeiro: 9 de setembro de 2014.

_____. **Apelação Cível 0012037-16.2009.8.19.0042**. 17ª Câmara Cível. Relator Desembargador Elton Martinez Carvalho Leme. Rio de Janeiro: 19 de fevereiro de 2014.

_____. **Apelação Cível 2009.001.07844**. 13ª Câmara Cível. Relator Desembargador Antonio José Azevedo Pinto. Rio de Janeiro: 15 de julho de 2009.

RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70073747495**. 1ª Câmara Cível. Relator Desembargador Antônio Maria Rodrigues De Freitas Iserhard. Rio Grande do Sul: 6 de setembro de 2017.

_____. **Apelação Cível 70074624800**. 12ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout. Rio Grande do Sul: 31 de agosto de 2017.

_____. **Recurso Cível 71006331789**. 2ª Turma Recursal Cível. Relator Desembargador Roberto Behrendorf Gomes da Silva. Rio Grande do Sul: 21 de junho de 2017.

_____. **Apelação Cível 70074903055**. 12ª Câmara Cível. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Rio Grande do Sul: 28 de setembro de 2017.

_____. **Recurso Cível 71006450589**. 1ª Turma Recursal Cível. Relator Desembargador José Ricardo de Bem Sanhudo. Rio Grande do Sul: 22 de novembro de 2016.

ROBINO, Pierre. **Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine**. Paris: Sirey, 1951.

RODOTÀ, Stefano. **Il problema della responsabilità civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1964.

ROLAND, Beatriz da Silva. O diálogo das fontes no transporte aéreo internacional de passageiros: ponderações sobre a aplicabilidade da convenção de montreal e/ou do CDC. **Revista de Direito do Consumidor** (Revista dos Tribunais Online), v. 99, 2015.

ROPPO, Vincenzo. **Trattato del contratto**. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

_____. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal**: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSSI, Júlio César. Tutela do direito de ação: CDC vs Convenção de Varsóvia. **Revista dialética de direito processual**, v. 109, 2012.

RUPERTO, Cesare. **La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina**. libro IV. t. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Direito ao cumprimento e direito a cumprir**. Coimbra: Almedina, 1997.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALEILLES, Raymond. **Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925.

SALVEMINI, Andrea. **I patti limitativi della risoluzione per inadempimento nei contratti di acquisizione di partecipazioni azionarie**. Tesi di dottorato. Università degli studi di Milano, 2014.

SANTA CATARINA: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso Inominado 03009626620168240091**. 1ª Turma Recursal Cível. Relator Desembargador Laudenir Fernando Petroncini. Santa Catarina: 28 de setembro de 2017.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. **Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais**: limites à autonomia negocial nos business to business contracts. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003.

SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1013242-78.2015.8.26.0100**. 37ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Sergio Gomes. São Paulo: 12 de dezembro de 2017.

_____. **Apelação Cível 1000725-55.2017.8.26.0008**. 20ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Rebello Pinho. São Paulo: 11 de dezembro de 2017.

_____. **Apelação Cível 1127035-58.2016.8.26.0100**. 19ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargadora Claudia Grieco Tabosa Pessoa. São Paulo: 27 de novembro de 2017.

_____. **Apelação Cível 1088293-32.2014.8.26.0100**. 23ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador José Marcos Marrone. São Paulo: 27 de setembro de 2017.

_____. **Apelação Cível 1004105-88.2015.8.26.0224**. 15ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Mendes Pereira. São Paulo: 26 de setembro de 2017.

_____. **Apelação Cível 1086500-24.2015.8.26.0100**. 19ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Ricardo Pessoa de Mello Belli. São Paulo: 18 de setembro de 2017.

_____. **Apelação Cível 2017.0000687522**. 22ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Campos Mello. São Paulo: 31 de agosto de 2017.

_____. **Apelação Cível 1031110-33.2014.8.26.0576**. 18ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Henrique Rodriguero Clavisio. São Paulo: 3 de outubro de 2017.

_____. **Apelação Cível 0005452-31.2013.8.26.0100**. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Carlos Alberto Garbi. São Paulo: 14 de dezembro de 2016.

_____. **Apelação Cível 0009490-15.2009.8.26.0363**. 29ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargadora Silvia Rocha. São Paulo: 20 de abril de 2016.

_____. **Apelação Cível 2015.0000713581**. 22ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Hélio Nogueira. São Paulo: 24 de setembro de 2015.

_____. **Apelação Cível 0001025-92.2009.8.26.0047**. 6ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Francisco Loureiro. São Paulo: 2 de maio de 2013.

_____. **Apelação Cível 3003485842006826**. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador James Siano. São Paulo: 28 de julho de 2011.

_____. **Apelação Cível 992040135216**. 30ª Câmara de Direito Privado. São Paulo: 19 de março de 2010.

SAPONE, Natalino. **La responsabilità precontrattuale**. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

SCALISI, Vincenzo. Danno alla persona e ingiustizia. In: **Studi in onore di Giorgio Cian**. t. I. Padova: CEDAM, 2010.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. Causas e cláusulas de exclusão de responsabilidade civil. **Revista de Direito Privado**, v. 8, 2001.

SCHMIDT-SALZER. Droit allemand. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. Responsabilidade civil no transporte aéreo internacional de pessoas. **Revista de Direito Privado**, v. 66, 2016.

SEFTON-GREEN, Ruth. **La notion d'obligation fondamentale**: comparaison franco-anglaise. Paris: LGDJ, 1999.

SERRA, Adriano Vaz. Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos. **Boletim do Ministério da Justiça**, n. 72, 1958.

SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995.

SILVA, Daniel Vicente Evaldt; SILVA, Jonas Sales Fernandes da; SANTOS, Júlio Edstron Secundino. Análise da aplicação do código de defesa do consumidor a casos de dano material por extravio de bagagem no contrato de transporte aéreo internacional: um (aparente) conflito de normas jurídicas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 108, 2016.

SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa da. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual. Caso fortuito e força maior. **Revista de Direito Privado**, v. 6, 2001.

SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. **Civilistica.com**, a. 6, n. 2, 2017.

SIMLER, Philippe. **Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations**. Paris: LexisNexis, 2016.

SMORTO, Guido. **Il danno da inadempimento**. Padova: CEDAM, 2005.

_____. **Clausole abusive e diritti dei consumatori**: raffronti comparatistici. Padova: CEDAM, 2001.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico**: estudos em perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2015

_____. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. **Revista de Direito Privado**, v. 58, 2014.

_____. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. **Revista de Direito Privado** (Revista dos Tribunais Online), v. 54, 2013.

_____. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 50, 2012.

_____. Autonomia privada e boa-fé objetiva em direitos reais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 4, 2015.

STARCK, Boris. **Droit civil**: obligations. Paris: Librairies Techniques, 1972.

STAUDER, Bernd. Droit suisse. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TASSEL, Robert. **Réaction contre les clauses d'irresponsabilité dans les contrats de transport maritime**. Rennes: impr. de E. Edoneur, 1925.

TAVARES, Fernanda Girardi. Os instrumentos de equilíbrio contratual no código civil e no código de defesa do consumidor: estudo da cláusula penal e da cláusula de não indenizar. In: **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. La ragionevolezza nell'esperienza brasiliana. **Rassegna di diritto civile**, v. 2, 2017.

_____. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. **Revista Forense**, v. 419, 2014.

_____. A rescisão unilateral imotivada nos contratos sucessivos. **Soluções práticas de direito**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. Editorial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 27, 2009.

_____. O ocaso da subsunção. In: _____. **Temas de direito civil**. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Comentários ao novo código civil**. v. X. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Código de defesa do consumidor, código civil e complexidade do ordenamento. In: _____. **Temas de direito civil**. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: _____. **Temas de direito civil**. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. **Revista Forense**, v. 377, 2005.

_____. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. In: _____. **Temas de direito civil**. t. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Jurídica** (Porto Alegre), v. 311, 2003.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____ . **Temas de direito civil**. t. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____ ; *et al.* **Código Civil interpretado conforme a constituição da república**. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____ ; *et al.* **Código civil interpretado conforme a constituição da república**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____ ; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____ ; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: _____. (Coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____ ; VIÉGAS, Francisco de Assis. Notas sobre o termo inicial dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil. **Scientia Juris**, v. 21, n. 1, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 101, 2015.

_____ ; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 6, 2015.

TERRE, François. **La réforme du droit des obligations**. Paris: Dalloz, 2016.

_____; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. **Droit civil: les obligations**. Paris: Dalloz, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Comentários ao novo código civil**. v. III. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THUR, A. von. **Tratado de las obligaciones**. t. I. Madrid: Editorial Reus, 1934.

TOURNEAU, Philippe le. **Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation**. Paris: Dalloz, 2014.

_____. La responsabilité des membres des professions libérales. In: **Les professions libérales**. t II. Actes du colloque organisé avec le concours de la Faculté de Droit de Nice-Sophia Antipolis. Nice: Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journées nationales, 1997.

_____. **La responsabilité civile**. Paris: Dalloz, 1976.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. Padova: Cedam, 1954.

TREITEL, G. H. Fundamental breach. **The Modern Law Review**, v. 29, n. 5, 1996.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. Coimbra: Almedina, 2000.

VILLANACCI, Gerardo. **Al tempo del neoformalismo giuridico**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**: les effets de la responsabilité. Paris: L.G.D.J, 2001.

_____. Rapport de synthèse. In: GHESTIN, Jacques (Coord.). **Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe**: actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990. Paris: LGDJ, 1998.

VISINTI, Giovanna. **La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari**. Padova: CEDAM, 1965.

WALD, Arnaldo. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 4, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WEDDERBURN, K.W. Contract. Exceptions clause. Fundamental breach. Agents. **The Cambridge Law Journal**, v. 18, n. 1, 1960.