

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO**

**ELCIO NACUR REZENDE**

**JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA**

**OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Otávio Luiz Rodrigues Junior, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-036-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---



# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

---

### **Apresentação**

O XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, ocorrido nos dias 3 a 6 de junho de 2015, em Aracaju, Sergipe, apresentou como objeto temático central Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Este encontro apresentou a peculiaridade de ter, pela primeira vez, um grupo de trabalho dedicado ao Direito Civil Contemporâneo, que, de acordo com a ementa oficial, destinava-se ao exame de questões relevantes dessa disciplina jurídica sob o enfoque da metodologia privatística, suas categorias clássicas e sua milenar tradição, mas com a necessária aderência aos problemas de uma sociedade hipercomplexa, assimétrica e com interesses econômicos e sociais contrapostos.

O grupo de trabalho, que ocorreu no dia 5 de junho, no campus da Universidade Federal de Sergipe, contemplou a apresentação de 29 artigos, de autoria de professores e estudantes de pós-graduação das mais diversas regiões do país. Os trabalhos transcorreram em absoluta harmonia por quase sete horas e, certamente, propiciaram a todos bons momentos de aprendizado em um dos ramos mais antigos da ciência jurídica, que hoje é chamado a dialogar com o legado imperecível de sua tradição romano-germânica e com os desafios contemporâneos.

Os artigos reunidos nesta coletânea foram selecionados após o controle de qualidade inerente à revisão cega por pares, em ordem a se respeitar os padrões da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e também para que esta publicação seja útil para os diversos programas de pós-graduação aos quais se vinculam seus autores.

Neste livro eletrônico, o leitor encontrará textos atuais e com diferentes enfoques metodológicos, doutrinários e ideológicos sobre temas de interesse prático e teórico do Direito Civil Contemporâneo.

Na Teoria Geral do Direito Civil, há diversos artigos sobre os direitos da personalidade, a lesão e a interpretação do Direito Civil. No Direito das Obrigações e dos Contratos, destacam-se escritos que dizem respeito à função social do contrato, aos demais princípios contratuais e sua correlação com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade, aos deveres anexos da boa-fé objetiva, às distinções entre renúncia e remissão, ao contrato de doação modal, bem assim aos contratos de agência e de representação comercial. A Responsabilidade Civil

também despertou significativo interesse dos participantes do grupo de trabalho, que expuseram suas visões sobre os danos morais, as lesões decorrentes de cirurgias plásticas, as conexões entre a incapacidade e a reparação de danos, a ação direta das vítimas em face das seguradoras, a função punitiva e o Direito de Danos e a reparação por ruptura de noivado.

No Direito das Coisas, o leitor poderá examinar textos sobre a hipoteca, a propriedade aparente e o problema da ausência de procedimento especial sobre a usucapião judicial no novo Código de Processo Civil. No Direito de Família e no Direito das Sucessões, houve um significativo número de artigos, que se ocuparam dos mais variados temas, ao exemplo das famílias mosaico, da Lei de Alienação Parental, das modalidades de filiação e de seu tratamento jurídico contemporâneo, do núcleo familiar poliafetivo, do testamento vital e do planejamento sucessório.

Essa pátina com cores tão diversas, a servir de metáfora para as diferentes concepções jurídicas emanadas neste livro, foi causa de alegria para os coordenadores, que puderam observar que no Brasil não há predileção por qualquer parte do Direito Civil, muito menos se revelaram preconceitos injustificáveis diante das novas relações humanas. Em suma, os temas abordados abrangeram os diferentes livros do Código de 2002, conservando-se os autores atentos à dinamicidade das relações sociais contemporâneas.

Todos os trabalhos apresentados e que hoje se oferecem à crítica da comunidade jurídica refletiram o pensamento de seus autores, sem que os coordenadores desta obra estejam, em maior ou menor grau, a eles vinculados. Trata-se do exercício puro e simples da liberdade e do pluralismo, dois valores centrais de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos valores constitucionais que lhe dão suporte.

Ao se concluir esta apresentação de um livro sobre o Direito Civil Contemporâneo, não se pode deixar de lembrar o que a palavra contemporâneo significa. Para tanto, recorre-se a Giorgio Agamben, tão bem parafraseado por José Antônio Peres Gediél e Rodrigo Xavier Leonardo, quando disse que contemporâneo é algo que pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo, aquele que não coincide perfeitamente com este, nem está adequado às suas pretensões e é, portanto, nesse sentido, inatual; mas, exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que os outros, de perceber e aprender o seu tempo. De tal sorte que, o contemporâneo inevitavelmente será marcado pelo desassossego, que muitas vezes adverte e atenta a fragilidade daquilo que está posto como o estado da arte, malgrado não o ser. (GEDIÉL, José Antonio Peres; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Editorial. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v.2., p.17-19, jan-mar.2015. p. 17).

Essa contemporaneidade que se faz necessária no estudo do Direito Civil, sem fechar as portas a um passado rico de experiências e de construções admiráveis, tão bem refletidas no elogio de Franz Wieacker aos pandectistas, sobre os quais afirmou serem suas ideias a base sobre a qual repousam as melhores estruturas do Direito Privado atual (WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2., neubearb. Aufl. von 1967. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, §23.) . Mas, sem que sejam os civilistas transformados em estátua de sal, como a mulher de Ló, por só buscarem nas brumas dos tempos idos as soluções que não mais se prestam a um dia colorido por luzes tão diferentes.

Dessa forma, apresentam os coordenadores, orgulhosamente, esta obra cujo conteúdo certamente enriquecerá a cultura jurídica de todos e, em especial, aqueles que cultuam o Direito Civil Contemporâneo.

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre e Doutor em Direito.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Pós-Doutor em Direito Constitucional Universidade de Lisboa, a Clássica. Pesquisador visitante, em estágio pós-doutoral, no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha), com bolsa de Max-Planck-Gesellschaft.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984),

**AS CLÁUSULAS EXONERATÓRIA E LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR  
E OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEOS: ADMISSIBILIDADE  
NUMA PERSPECTIVA FRANCO-BRASILEIRA**

**LA CLAUSE DIRRESPONSABILITÉ ET LA CLAUSE LIMITATIVE DE  
RESPONSABILITÉ EN FACE DES PRINCIPES CONTRACTUELS  
CONTEMPORAINS: LADMISSIBILITÉ DANS UNE PERSPECTIVE FRANCO-  
BRÉSILIENNE**

**Carolina Raboni Ferreira**

**Resumo**

O presente trabalho tem como objeto a análise da admissibilidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar, numa perspectiva comparada entre os sistemas jurídicos brasileiro e francês. Para desenvolvê-lo, buscou-se inicialmente analisar as terminologias de designação e a conceituação das referidas cláusulas, bem como as suas condições de validade e eficácia, de acordo com doutrina e jurisprudência majoritária, tanto brasileira quanto francesa, expondo-se as posições adotadas. Por fim, adentrou-se à abordagem da admissibilidade das cláusulas sobre o dever de indenizar no contexto dos princípios contemporâneos, dedicando-se especial atenção à posição destas convenções diante dos contratos denominados paritários.

**Palavras-chave:** Cláusula de não indenizar, Cláusula limitativa do dever de indenizar, Admissibilidade

**Abstract/Resumen/Résumé**

L'objet de ce travail est l'analyse de l'admissibilité/l'applicabilité de la clause dirresponsabilité et de la clause limitative de responsabilité, dans une perspective comparative des systèmes juridiques brésilien et français. Pour le développer, nous analysons les terminologies de désignation et la conceptualisation des dites clauses, ainsi que ses conditions de validité et efficacité, d'après la doctrine et jurisprudence majoritaire, aussi bien brésilienne que française, mettant en exergue les positions adoptées. Enfin, une analyse est présentée de l'admissibilité des dites clauses dans le nouveau cadre de principe contemporains, en accordant une particulière attention au positionnement des conventions sur la responsabilité /irresponsabilité face aux contrats dits paritaires.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Clause dirresponsabilité. clause limitative de responsabilité. admissibilité.

## INTRODUÇÃO

A cláusula de não indenizar e a cláusula limitativa do dever de indenizar são instrumentos contratuais frequentemente utilizados para a alteração concreta do regime legal da responsabilidade civil, no que concerne à extensão da obrigação de reparar.

O alargamento da utilização de tais cláusulas ocorreu pelo aumento da incidência da responsabilidade civil, o que, por sua vez, se deu em face do desenvolvimento industrial operado a partir do século XVIII, na Europa, e do século XIX, no Brasil.

O regime da responsabilidade civil se alterou significativamente com o desenvolvimento industrial: em função do aumento dos riscos e acidentes dele decorrentes, a configuração unicamente subjetiva da responsabilidade deixou de responder satisfatoriamente às expectativas sociais de reparação dos danos, surgindo então as discussões sobre a responsabilidade objetiva, cujo fundamento de incidência é o *risco*, elemento intrínseco às atividades econômicas.

Deste novo contexto, exigiu-se a criação de mecanismos de conciliação entre dois importantes valores que, na prática econômica, acabaram figurando como antagonistas: a reparação das vítimas de eventos danosos decorrentes das atividades industriais e econômicas, cada dia mais numerosas, e a manutenção de um ambiente economicamente favorável à continuidade do desenvolvimento industrial, mediante a gestão satisfatória do risco.

As cláusulas sobre o dever de indenizar, neste contexto, foram pensadas como instrumento para se conciliar os referidos valores. Inobstante não tenham surgido neste momento histórico, foi a partir de então que sua utilização se alargou.

Neste momento inicial, a estipulação destas cláusulas se fundamentou nos princípios contratuais então vigentes, dentre os quais a autonomia da vontade era o principal. E era diante de tal fundamentação que se aferia a validade e a eficácia destas cláusulas.

Contemporaneamente, entretanto, o contexto principiológico obrigacional e contratual difere daquele em que a ampliação da utilização das cláusulas ocorreu. Atualmente, são objeto de especial regime de proteção alguns setores caracterizados pela presença da *vulnerabilidade*; a dignidade da pessoa humana e os princípios da ordem econômica são de observação cogente na configuração das relações privadas. Ainda, as relações que atualmente surgem da concretização de operações econômicas diferem daquelas características de tempos anteriores.

As cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar, nesta nova conjuntura, merecem nova análise e nova crítica. E é e é neste contexto que se propõe o objeto

deste breve trabalho: o estudo da admissibilidade das mencionadas cláusulas diante do contemporâneo contexto sócio jurídico, numa perspectiva comparativa entre os sistemas jurídicos brasileiro e francês.

Para que se mantenham como institutos úteis na prática contratual e econômica, seus lindes devem ser renovados na medida das alterações contextuais nas quais são essas cláusulas estipuladas, possibilitando o caminhar do direito no sentido das expectativas sociais, cada dia mais complexas.

E, neste contexto, a análise comparada entre os sistemas francês e brasileiro de aplicação e admissão destas cláusulas permite uma curiosa aferição dos seus contemporâneos contornos.

## **1. O AFASTAMENTO E A LIMITAÇÃO CONVENCIONAIS DO DEVER DE INDENIZAR: TERMINOLOGIA DE DESIGNAÇÃO E CONCEITUAÇÃO**

A conceituação do objeto de pesquisa envolve a análise da terminologia empregada para sua designação. O tema de estudo aqui proposto é denominado das mais diversas maneiras, e a diversidade de tais denominações demonstra, em sua maioria, não se tratar exclusivamente de escolhas terminológicas despropositadas, mas às próprias compreensões diversas se tem do instituto em questão.

Nos subitens que seguem, expor-se-ão as principais escolhas terminológicas utilizadas para denominação das cláusulas sobre o dever de indenizar, bem como suas conceituações conforme cada autor estudado, tanto no direito brasileiro como no direito francês.

### **1.1. Cláusula de não indenizar**

“Cláusula de irresponsabilidade”, “cláusula exoneratória de responsabilidade” e “cláusula de não indenizar” são os termos mais comumente utilizados na doutrina (tanto brasileira quanto francesa, e estrangeira de um modo geral) para designar esta cláusula.

Adotam tal terminologia importantes autores, dentre os quais José de Aguiar Dias, no Brasil, é o principal. Foi este autor quem deu à doutrina privatista o primeiro trabalho nacional mais aprofundado sobre o tema, produzido a partir do estudo de diversos autores estrangeiros, especialmente franceses, fundando no Brasil as bases das análises que se sucederiam a respeito.

DIAS (1980), a despeito do uso da terminologia “cláusula de irresponsabilidade” - e contrariando a tendência anteriormente mencionada acerca da coincidência entre a escolha terminológica pelo autor e a sua respectiva compreensão do instituto -, entende tal cláusula como convenção destinada ao afastamento do *dever de indenizar* decorrente de responsabilidade por inadimplemento contratual ou infração legal<sup>1</sup>: “A cláusula de irresponsabilidade é, por definição, uma convenção e, também por definição, pressupõe uma obrigação eventual e futura de indenizar, que ela antecipadamente afasta” (DIAS, 1980, p. 39-40).

Adota, em diversas passagens, o termo “irresponsabilidade” para designar tal cláusula, inobstante compreenda ser ela espécie de convenção destinada tão somente ao afastamento do *dever de indenizar* originado da responsabilização por ato de descumprimento contratual ou de infração legal. Este autor, em realidade, utiliza também a terminologia “cláusula de não indenizar” - que nos parece mais adequada - em diversas passagens de seus escritos (este é, inclusive, o título de seu livro), entretanto o faz como sinônimo de “cláusula de irresponsabilidade”.

A fim de conceituar esta cláusula, DIAS (1980) aproveita da definição do autor francês FÉLIX CLUZEL, a qual acredita ser a mais adequada: “cláusulas de irresponsabilidade são as convenções pelas quais o devedor eventual da obrigação de indenizar obtém do credor eventual da mesma obrigação a renúncia à ação de perdas e danos” CLUZEL (1913, p. 49 apud DIAS, 1980, p. 37).

Consagra DIAS (1980), portanto, que a cláusula exoneratória do dever de indenizar afasta apenas o dever futuro de ressarcimento pecuniário do dano; não há qualquer afastamento, por tal modalidade de convenção, da responsabilidade em si, uma vez que somente a lei poderia fazê-lo, jamais a vontade consensualmente firmada das partes.

WANDERLEY FERNANDES (2013), analisando a definição eleita por DIAS (1980), acima mencionada, pondera que conceituar a cláusula como espécie de renúncia ao direito de ação não seria a melhor definição, argumentando:

Pelas mesmas razões indicadas por José de Aguiar Dias, ou seja, de que a convenção está adstrita à reparação, inferimos que a renúncia diz respeito ao direito à própria reparação e não ao direito de ação. FERNANDES (2013, item 2.2 e-book).

---

<sup>1</sup> Em razão da limitação do estudo aqui empreendido, não se abordará a discussão acerca dessas cláusulas na seara da responsabilidade civil extracontratual. De se consignar, entretanto, que a estipulação de tais cláusulas neste âmbito é, sim, possível, observados alguns critérios.

A despeito desta ressalva, e de intitular sua obra referenciando-se à limitação e à exclusão da *responsabilidade*, este autor utiliza-se de conceituação próxima à mencionada, no sentido de que também entende que, pela estipulação desta cláusula, é o dever de reparar que resta afastado.

Há que se elencar, ainda, outros autores de renome que partilham desta compreensão: DARCY BESSONE (1987, p. 261), ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (2004, p. 201), GISELDA HIRONAKA (1999, p. 138-158), LETÍCIA MARQUEZ DE AVELAR (2012, p. 46-47), FÁBIO HENRIQUE PERES (2009, p. 42-43).

Portanto, tal definição da cláusula restringe a estipulação das partes a fim de derogar do regime legal da responsabilidade civil, estabelecendo, naquela relação específica, a irreparabilidade do dano causado.

Em oposição a este entendimento, há autores que a denominam de “cláusula excludente de responsabilidade” e entendem que, de fato, seria a responsabilidade em si que restaria afastada pela sua estipulação; e não meramente o dever de indenizar dela decorrente. Integram este grupo, dentre outros autores, PINTO MONTEIRO (1985, p. 98), CARLOS ROBERTO GONÇALVES (1995, apud SILVA, 2001, p. 187), ANTONIO SILVESTRE GONÇALVES (1989), JOAQUIM MARCELO BARBOSA DA SILVA (2001, p. 183-213), bem como HENRI CAPITANT (1926 apud DIAS, 1980, p. 36), ELIE CASSVAN (1929, apud DIAS, 1980, p. 36), PROSPER SARDOU (1903, apud DIAS, 1980, p. 36) e RENÉ DEMOGUE (1925, apud DIAS, 1980, p. 37).

Para estes autores, as cláusulas de *irresponsabilidade* teriam o condão de afastar a responsabilidade civil, em si mesma, do devedor que incorresse em descumprimento contratual ou infração legal. Contudo, este entendimento não nos parece acertado, uma vez que o afastamento consensual da responsabilidade não é possível, conforme afirmado por DIAS (1980, p. 38-39):

(...). Por ora, é suficiente dizer que a denominação cláusula de irresponsabilidade, como aliás, a própria designação de responsabilidade civil, só é aceita porque a distinção já é tardia e ao sentido estrito de responsabilidade, como resposta ao dano, se substituiu o de reparação, que é efeito normal da responsabilidade. Compreende-se que seja declarado irresponsável, isto é, sem responsabilidade, quem pratica um delito em legítima defesa. É a lei que o estabelece. Mas a convenção não o pode fazer. Não é lícito às partes afastar a responsabilidade, (...). Só lhes é permitido negociar sobre reparação, que é a consequência da responsabilidade. (Grifamos).

De fato, a configuração da responsabilidade decorre de disposição legal, tal como as únicas hipóteses de sua não constituição (seja pela consideração da licitude de determinados atos causadores de dano, seja pela compreensão, em outros casos, da não constituição do nexo

causal necessário à responsabilização). Não é dada aos contraentes a faculdade de, consensualmente, modular a configuração da responsabilidade civil, mas tão somente dos direitos de que podem dispor.

Quanto à caracterização dessa cláusula (como também da limitativa do dever de indenizar, adiante definida) tem-se que, quando integrante de contrato<sup>2</sup> (portanto, no âmbito da responsabilidade contratual), possui natureza acessória, ou seja, não configura a obrigação essencial do contrato, pela lógica que preside as negociações. Para que a previsão de tais cláusulas faça sentido, necessário que o contrato institua obrigação principal que, se não executada<sup>3</sup>, e causando dano, dará nascimento à obrigação secundária de indenizar, cuja eficácia a cláusula de não indenizar e a cláusula limitativa do dever de indenizar afasta ou limita *ab initio*.

Importante pontuar, novamente, que a previsão de tais cláusulas não exonera do cumprimento da obrigação principal do contrato. Seu objeto de incidência não é esta obrigação primária, mas tão somente o dever de indenizar, ou seja, a obrigação secundária, sucessiva, e cujo nascimento é eventual, como explica AVELAR (2012, p. 19).

Conforme dito, adere-se ao entendimento de quais tais cláusulas se prestam ao afastamento do dever de indenizar e não da responsabilidade civil, em si mesma. Por esta razão é que se adotará, aqui, a terminologia “cláusula de não indenizar” ou “cláusula exoneratória do dever de indenizar” e “cláusula limitativa do dever de indenizar”.

## **1.2. Cláusula limitativa do dever de indenizar**

A cláusula limitativa do dever de indenizar, da mesma forma que a cláusula exoneratória, tem por função a modulação do dever de reparação decorrente de dano por inadimplemento contratual ou infração legal, derogando a automaticidade da aplicação das disposições legais aplicáveis. Porém, diferentemente das cláusulas exoneratórias, as cláusulas limitativas instituem, antecipadamente à ocorrência de eventual dano por inadimplemento ou infração legal, um valor máximo de reparação.

---

<sup>2</sup> Tal qualificação da cláusula na responsabilidade extracontratual é diversa, ou seja, não se constitui como cláusula acessória. A este respeito, entretanto, conforme já mencionado, não se tratará no presente trabalho, pela sua limitação.

<sup>3</sup> Anote-se, neste ponto, que a eficácia das cláusulas sobre o dever de indenizar abrange os diferentes “níveis” de inexecução da obrigação. A respeito, veja-se AVELAR, Letícia Marquez de. **A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 46.

As disposições legais sobre responsabilidade civil instituem o dever de reparação na sua integralidade. Entretanto, tal disposição pode sofrer exceção, em função de convenção entre as partes. MAZEAUD, MAZEAUD & TUNC (1963, p.1), neste sentido, explicam:

O autor da culpa deve reparar o dano que haja causado. O princípio se aplica sem dúvida alguma quando não se tenha pactuado nenhuma convenção referente à responsabilidade do autor da culpa. Mas este pode ter desejado livrar-se por antecipação, ao todo ou em parte, da responsabilidade suscetível de pesar sobre ele (tradução livre).

A fim de conceituar a cláusula limitativa, aproveita-se das palavras de DIAS (1980, p. 125), que as define como

(...) estipulações pelas quais se determina antecipadamente a soma que o devedor pagará a título de perdas e danos, no caso de ser declarado responsável. Só se distinguem da cláusula de irresponsabilidade porque esta, em suma, não é mais do que a exageração da limitação, a ponto de suprimir as perdas e danos.

Conforme anota LETÍCIA AVELAR (2012, p. 49), tal como as cláusulas de não indenizar, as cláusulas limitativas geram como efeito uma exceção à regra geral da reparação integral, na responsabilidade civil. O objetivo da previsão de tal cláusula é reduzir o montante indenizatório potencialmente devido, funcionando como liquidação antecipada dos danos, permitindo um planejamento quanto a tal valor e a redução do peso das cargas indenizatórias a recair sobre o agente empresarial pelo desempenho de sua atividade.

As cláusulas limitativas do dever de indenizar podem assumir diferentes formas. AVELAR (2012) exemplifica algumas delas: limitação do montante indenizatório; limitação do dever de indenizar a determinados tipos de danos; limitação dos fundamentos do dever de indenizar; inversão do ônus da prova; limitação da garantia patrimonial, entre outras.

Destas modalidades, insta salientar aquela que mais divide a doutrina quanto a sua coerência interpretativa enquanto uma espécie de cláusula limitativa do dever de indenizar: a cláusula com efeito de inversão do ônus da prova.

FERNANDES (2013, p. 36-36 item 2.5 e-book) escreve que a interpretação da cláusula limitativa (e também a cláusula de não indenizar) enquanto cláusula operante sobre o ônus probatório surgiu na jurisprudência francesa, como argumento favorável ao entendimento de que a responsabilidade não poderia ser afastada ou limitada em função da ordem pública, mas que ainda assim a estipulação dessas cláusulas seria possível, desde que os seus efeitos fossem restritos à inversão do ônus da prova. Esse argumento se apresentou, naquele território, como solução para a manutenção das cláusulas sobre o dever de indenizar, sem que se afrontasse à noção de ordem pública, lá tão central e determinante.

AVELAR (2012, p. 58-59), de modo geral, admite que as cláusulas limitativas do dever de indenizar possam ter por objeto a inversão do ônus da prova, excetuando desta regra geral apenas algumas situações pontuais: em relações de consumo, diante de direitos indisponíveis e caso a inversão do ônus probatório resulte, *a priori*, no não pagamento da indenização ao credor. MONTEIRO (1985, p. 111), na mesma linha, afirma que invertendo o ônus da prova, tais cláusulas resultariam, na prática, em exoneratórias do dever de indenizar.

FÁBIO PERES (2009, p. 98-99) também considera que a eventual modulação sobre o dever de indenizar poderia ser feito indiretamente por meio de ajustes sobre o ônus probatório. Igualmente entendem MAZEAUD, MAZEAUD & TUNC (1963, p. 116).

DIAS (1980, p. 156), em contrapartida, repele fortemente esta posição. Assevera que, quisessem os contratantes dispor sobre a questão da prova, tratariam diretamente de tal questão, e não sob o revestimento de uma cláusula limitativa do dever de indenizar ou de uma cláusula de não indenizar<sup>4</sup>.

A cláusula limitativa também não se confunde com a cláusula penal, a qual consiste em estipulação convencional acessória, em um contrato, de uma multa – caráter de pena, portanto – pelo descumprimento da obrigação principal acordada.

Esta seria a cláusula penal pura, cuja natureza é repressiva<sup>5</sup>. Entretanto, as cláusulas penais frequentemente previstas nos contratos ostentam natureza tríplice: de reforço da obrigação, de pena e de pré-avaliação das perdas e danos, ou seja, também pode visar a antecipação do valor devido a título de perdas e danos<sup>6</sup>, e é neste ponto que se pode confundir com a cláusula limitativa do dever de indenizar<sup>7</sup>.

A diferença mais intuitiva entre a cláusula penal e a cláusula limitativa é a função de pena da primeira, que é ausente na segunda. Ademais, a estipulação da cláusula penal geralmente é feita pelo credor da obrigação, que se beneficia dela e é quem a levanta em caso

---

<sup>4</sup> Neste sentido também, SAINCTELLETTE (1884, p. 84, apud DIAS, 1980, p. 156): “Essa é a norma a adotar [a de que a cláusula se interpreta em prejuízo daquele que a tenha formulado, no caso, do devedor]. Por isso se repele, com bom fundamento, a doutrina que dá à cláusula de irresponsabilidade o efeito de inverter o ônus da prova: ‘pergunto-vos se a cláusula é conforme ou contrária à ordem pública e, em resposta, falais a respeito da prova. Mas o acordo de vontades dos contratantes não se fez sobre a questão da prova, pela excelente razão de que, na intenção comum, não há prova a fazer’” (Grifamos).

<sup>5</sup> A respeito, SECRETAN (1917, p. 38, apud DIAS, 1980, p. 127) e MAULER (1898, p. 38, apud DIAS, 1980, p. 127).

<sup>6</sup> Pertinente mencionar, neste tocante, o conceito de cláusula penal de FRANÇA (1988, p. 6-7): “A cláusula penal é um pacto acessório ao contrato ou a outro ato jurídico, (...), por meio do qual se estipula uma pena, (...), cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, (...), o fiel e exato cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e em punição do devedor inadimplente” (Grifamos).

<sup>7</sup> A diferenciação entre tais cláusulas consta da fundamentação de interessante julgado: STJ, REsp nº 734.520/MG, Ministro relator Hélio Quaglia Barbosa, julgamento em 21/06/2007.

de descumprimento do devedor. A cláusula limitativa, por sua vez, é estipulada em favor do devedor, que é a quem cabe invocá-la.

Além disso, a cláusula penal pode ser suscitada pelo simples descumprimento – seja da obrigação principal ou de deveres colaterais de conduta, e tanto alternativa quanto cumulativamente à prestação da obrigação principal – independentemente da ocorrência de dano ao devedor; a cláusula limitativa, por definição, tem eficácia dependente à ocorrência de dano causado por aquele que a invoca.

Por fim, diz-se que a cláusula penal, quando ostentar também caráter ressarcitório, define a indenização *à forfait* (soma fixa e invariável), enquanto a cláusula limitativa fixa *unplafond* (limite máximo, teto)<sup>8</sup>, que pode ser reduzido à proporcionalidade do dano, mas nunca aumentado, conforme explica CARBONIER (1994, p. 293): “Esta combinação se parece a uma cláusula penal, mas ela não tem o mesmo caráter de *forfait*, operando nos dois sentidos. O limite fixado representa um teto, não um mínimo” (tradução livre).

## **2. AS CONDIÇÕES DE VALIDADE E EFICÁCIA DAS CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR E LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR COMO PRESSUPOSTOS DE SUA ADMISSIBILIDADE/ACEITAÇÃO**

Feitas tais considerações, adentra-se ao campo em que reside a maior polêmica doutrinária acerca das cláusulas: o das suas condições de validade e eficácia, ou mais genericamente, o contexto de sua admissibilidade ou aceitação na seara contratual.

Os argumentos existentes pela inadmissibilidade dessas cláusulas fundam-se, frequentemente, no argumento da *ordem pública*, segundo o qual prever contratualmente a exoneração ou a limitação da indenização feriria princípios e valores *públicos* essenciais, porque permitiria, ou mesmo instigaria a inexecução contratual injustificada, promovendo desequilíbrio e insegurança nas relações<sup>9</sup>.

Contrariando tal posição, importantes autores defendem a admissibilidade dessas cláusulas com fundamento nos tradicionais princípios da autonomia privada (por vezes referida como autonomia da vontade) e da liberdade contratual, argumentando que tais cláusulas, pelo seu caráter acessório (no âmbito da responsabilidade contratual), não exonerariam do cumprimento da obrigação principal do contrato, mas tão somente de eventual

---

<sup>8</sup> A respeito, COUTANT-LAPALUS, Christelle. *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*. Aix-Marseille: Presses Universitaires, 2002. p. 260.

<sup>9</sup> Neste sentido, JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 271.

dever indenizatório, cujo direito correspondente seria disponível. Além disso, afirmam se tratarem de importantes instrumentos de atenuação das pesadas cargas indenizatórias que em muito desestimulam os sujeitos empresariais à continuidade do desenvolvimento de suas atividades.

Fato é que a doutrina, até hoje, não encontrou estabilidade no assunto e ainda é marcada por significativas divergências, as quais merecem uma análise sistematizada, cumprindo a proposta de abordagem comparada.

### **2.1.O ordenamento brasileiro**

As cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar, tal como consta de sua designação, são *cláusulas*, portanto convenções, contratos. E, da mesma maneira que todas as convenções, são fruto da emanção de vontade (ou da autonomia privada, como preferimos, segundo a designação na perspectiva contemporânea) e são regidas pela liberdade de contratar e pela liberdade contratual, devendo, portanto, observar os limites desta liberdade, tal como qualquer outra convenção. Esses limites são, justamente, as condições da validade e eficácia das cláusulas.

A liberdade contratual encontra limitação expressa nos valores ditos de *ordem pública*, conforme consigna FILHO (2004, p. 505-506):

Mesmo na responsabilidade contratual a cláusula de não indenizar sofre limitações. Ninguém desconhece que a liberdade de contratar não é absoluta, mas sujeita às restrições importas pela ordem pública. Consequentemente, a cláusula de não indenizar só vigora quando relacionada com obrigações passíveis de modificação convencional, isto é, só pode ser estipulada quando a norma de direito comum que estabelece a responsabilidade, e que, pela convenção, ficará afastada, não tutele interesse de ordem pública.

Este é o critério para valoração e admissão dos contratos, de modo geral e, consequentemente, também das cláusulas excludentes ou limitativas de indenização. Os valores considerados de ordem pública não estão no campo de disposição das partes, e por esta razão não podem ser objeto de contratação ou de renúncia, tal como afirma DIAS (1980, p. 40).

Para além da observação dos valores da ordem pública, os requisitos que condicionam validade às cláusulas em comento são comuns aos exigidos para todo e qualquer contrato: partes capazes, objeto lícito, forma prescrita em lei, requisitos de solenidade,

consentimento real ou acordo de vontades carente de vícios. Poucos são os requisitos específicos, os quais serão vistos adiante.

Contemporaneamente, em função da ordem principiológica obrigacional implantada pela Constituição e pelo Código Civil de 2002, pode-se afirmar que a liberdade contratual sofre especiais limitações, em face dos novos princípios: a equidade, a justiça contratual social, a função social do contrato e a boa-fé. E é também em função desses novos valores que a validade e a eficácia das cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar, enquanto manifestações da liberdade contratual, agora se configuram.

Como dito, os autores que rechaçam ferrenhamente a admissibilidade das cláusulas sobre o dever de indenizar, o fazem com fundamento na *ordem pública*, porém dão-lhe feição que não nos parece adequada. Como bem anota AVELAR (2012, p. 131),

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

Como se nota do trecho transcrito, o posicionamento contrário às cláusulas pressupõe a ocorrência fática de desequilíbrio entre as partes contratantes e entende que elas resultariam de imposição do contratante mais forte economicamente sobre o mais vulnerável. Além disso, afirma-se que, diante de contrato em que constem tais cláusulas, a obrigação principal contratada resultaria em obrigação natural<sup>10</sup>, razões pelas quais elas ostentariam natureza abusiva e, portanto, seriam afetadas de invalidade<sup>11</sup>.

Ao que nos parece, esta não é a posição mais correta, inobstante fundar-se na noção de ordem pública.

---

<sup>10</sup> Tal posição é defendida por JÚNIOR (1998, p. 9-10), segundo o qual as obrigações que concorrem com as mencionadas cláusulas, tornam-se obrigações naturais. In: JÚNIOR, Alberto do Amaral. **Invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun, 1998. p. 9-10.

<sup>11</sup> Neste sentido, há precedente do STJ, negando admissibilidade à cláusula de não indenizar ao argumento de que a limitação de responsabilidade (e, neste ponto, trata da responsabilidade como semelhante ao dever de indenizar) somente poderia ocorrer por autorização legal e não por convenção privada (STJ – 4ª T. – REsp. 83.717/MG – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – julgamento em 12/11/1996). No que concerne à consideração de que as referidas cláusulas tornariam a obrigação principal uma obrigação natural, veja-se (confirme citado por FÁBIO PERES, 2009, p.56): Voto vencido do Des. Antônio Vieira Braga, TJDF, 7ª Cam. Ap.nº 1.444 – Rel. Des. Ari Franco – julgamento em 27/01/1948. In: Revista Forense. vol. 120. Rio de Janeiro: Forense, nov. 1948, p. 457; Tribunal de Alçada de São Paulo, 2ª Cam. Civ. Ap. 7.480 – Rel. Washington de Barros Monteiro – julgamento 27/12/1954. In: Revista dos Tribunais. Vol. 235, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 1955, p. 400.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece determinadas situações de relações jurídicas em que presente a vulnerabilidade de um dos contratantes e já dispõe, *a priori*, a inadmissibilidade das cláusulas excludente e limitadora do dever de indenizar nestes casos. É o que dispõe, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, ao considerar nulas, por abusividade, todas as cláusulas que resultem em demasiada desvantagem ao consumidor<sup>12</sup>, como aquelas que afastam o dever de indenizar por inadimplemento.

Deste modo, uma vez reconhecidas anteriormente as situações em que a previsão de tais cláusulas poderia resultar em abuso de direito, afastando a incidência delas nessas situações, entende-se que nas relações em que não estiverem presentes as partes tidas como vulneráveis, a previsão das cláusulas seria lícita, moralmente aceitável e, *a priori*, válida.

AGUIAR DIAS (1980, p. 73) afirma categoricamente, inclusive, que a proibição de incidência das cláusulas em determinados campos figura como verdadeiro reforço a aceitação delas nos demais campos, afinal, quisesse o legislador proibi-las em todos os campos possíveis de incidência, não teria criado interdições pontuais<sup>13</sup>.

Ainda, com relação ao entendimento de que a previsão das cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar tornariam as obrigações essenciais do contrato obrigações naturais<sup>14</sup>, igualmente tal posição não parece correta.

Como já tratado, as convenções de afastamento ou limitação da indenização são cláusulas *accessórias* nos contratos. O objeto de suas disposições é, tão somente, o dever de indenizar decorrente de *eventual* inadimplemento. Afirmar que elas reforçam o inadimplemento e deixam o credor sem a prerrogativa da exigibilidade de seu crédito é incorrer em imprecisão técnica que demonstra desconhecimento dos outros meios admitidos pelo ordenamento para garantir a prestação da obrigação principal, antes que se adentre ao momento em que a responsabilidade civil é acionada.

Há que se ter claro que as cláusulas que modulam o dever de indenizar atuam sobre o momento patológico do inadimplemento, quando este não pode mais ser revertido em

---

<sup>12</sup>*In verbis*: 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.

<sup>13</sup> No mesmo sentido se manifesta também AZEVEDO (2004, p. 203). In: Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 203.

<sup>14</sup> Explica LÔBO (2011, p. 97-98) que obrigações naturais são aquelas destituídas de pretensão. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97-98.

adimplemento perfeito, seja pela impossibilidade superveniente de cumprimento, seja pela inutilidade ao credor da prestação específica satisfatória a destempo<sup>15</sup>. Elas não atuam durante o processo obrigacional, em que todos os deveres, principais e secundários, da obrigação devem ser observados; mas apenas num momento final deste processo:

O que se afasta não é a obrigação, mas as consequências da sua inexecução, isto é, a obrigação subsidiária de reparar o dano, que nasce com o inadimplemento. Torna-se necessário não confundir a cláusula de irresponsabilidade com a cláusula de afastamento de certas obrigações não-imperativas. A cláusula chamada de irresponsabilidade, quer se trate de obrigação essencial quer de obrigação secundária, destina-se a exonerar do dever de reparar. Pressupõe, portanto, a reunião dos elementos da responsabilidade, origem desse dever. (Grifamos). DIAS (1980, p. 110).

Antes que se adentre a tal momento patológico, entretanto, o credor dispõe de diversos mecanismos para tentar forçar o cumprimento do devedor, o que demonstra incorreta a afirmação de que a obrigação contratual seria natural pela concorrência com uma cláusula de não indenizar, o que a tornaria inválida.

Nada impede que se ingresse judicialmente perseguindo a execução direta da obrigação, por meio dos mecanismos previstos nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil<sup>16</sup> - quando diante de obrigação de fazer - , requerendo a fixação das *astreintes* para forçar o adimplemento; que requeira a resolução do contrato por incumprimento, com base nos arts. 474 e 475 do Código Civil, ainda que não venha a resolvê-lo em perdas e

---

<sup>15</sup> Danos causados por inadimplemento relativo, ou parcial, também são suscetíveis de afastamento e limitação pelas cláusulas, sempre que forem razão do nascimento do dever de indenizar. Neste sentido, PERES (2009, p. 37-38).

<sup>16</sup> *In verbis*: Art. 461, CPC: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

danos<sup>17</sup>; que oponha exceção de contrato não cumprido, quando diante de contratos bilaterais e comutativos, visando afastar a exigibilidade da sua prestação e o conseqüente prejuízo dela decorrente; nem que requeira a prestação de garantia suficiente para cobrir a obrigação, como salientado por AVELAR (2012, p. 148-152).

Todos esses mecanismos demonstram a incorreção da afirmativa de que as cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar tornariam as obrigações principais dos contratos em que constem, obrigações naturais. Como dito, o conteúdo das cláusulas em comento jamais se coaduna como um mandamento relacionado à desoneração do cumprimento da obrigação principal do contrato; se assim o fosse resultaria em afronta ao princípio da boa-fé, que inadmite essa interpretação da cláusula, especialmente porque ela é prevista em favor daquele que deve cumprir a obrigação principal. Se este fosse o seu efeito, aí sim poder-se-ia afirmar que a cláusula seria inválida, mas, no caso, por violação à boa-fé.

Há que se pontuar ainda que a correspondência de contraprestação satisfatória pela renúncia à indenização figura como a mais importante (e específica) condição de validade das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar. Tal exigência mostra-se coerente sob dois pontos de vista: primeiramente reflete a preocupação com a manutenção do equilíbrio econômico na relação; em segundo lugar, demonstra a necessidade de efetiva negociação sobre a estipulação da cláusula, tendo ela espaço dentro de um contexto sinalagmático de um contrato paritário<sup>18</sup>, e não em relações desequilibradas pela vulnerabilidade de um dos sujeitos<sup>19</sup>.

As cláusulas moduladoras do dever de indenizar somente podem ser estipuladas diante de direitos disponíveis, de modo a não violar valores de ordem pública. É com base em tal argumento, anota FERNANDES (2013, p. 30 do item 5.4 e-book), que o ordenamento brasileiro proíbe a previsão das cláusulas diante de danos à integridade da pessoa (e aí se fala tanto dos danos à integridade física como à integridade moral<sup>20</sup>); de normas cogentes (tais

---

<sup>17</sup>*In verbis*: Art. 474, CPC: A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

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

<sup>18</sup> A respeito deste contexto sinalagmático, veja-se PERES (2009, p. 139).

<sup>19</sup> DIAS (1980, p. 69-70) igualmente, posiciona-se nesse sentido.

<sup>20</sup> Neste ponto, anota NORONHA (2003, p. 527): “Os danos à pessoa, dentro dos quais cabem duas subcategorias, os danos corporais (à saúde, ou os biológicos) e os danos anímicos (morais em sentido estrito), são tutelados por princípios superiores, de ordem pública, que impedem a obrigação de indenização possa ser preventivamente excluída ou limitada, através de cláusulas de não indenizar”. In: NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 527.

como o art. 51 do CDC, já mencionado; das normas relativas a danos ambientais; o art. 754 do Código Civil<sup>21</sup>, dentre outras); e diante de dolo ou culpa grave.

Quanto à natureza da falta causadora do inadimplemento – se resulta de dolo ou de culpa e, em caso de culpa, se esta é considerada de maior ou menor gravidade – cabem algumas considerações.

Com relação ao dolo a doutrina é unânime em considerá-lo inapto a afastar o dever indenizatório; é dizer, se a inexecução contratual ou infração legal decorreu de dolo do devedor, este não poderá se exonerar do dever de reparar o credor, porque, como explica PERES (2009, p. 168-169), a estipulação de cláusula de não indenizar não o atinge, ou seja, não abarca a inexecução dolosa.

AVELAR (2012), neste ponto, faz interessante diferenciação entre os dois possíveis momentos em que o dolo pode estar presente o dolo e as consequências diversas sobre as cláusulas moduladoras do dever de indenizar que podem surgir nesses casos.

Segundo esta autora, se o dolo do devedor é contemporâneo à formação do contrato, ou no momento da estipulação da cláusula exoneratória ou limitativa, esta restaria afetada em seu plano da validade, sendo anulável pelas disposições dos artigos 145 e seguintes e 171, II do Código Civil<sup>22</sup>, caso em que o dolo atuaria enquanto vício do negócio jurídico, o que afetaria a validade da estipulação.

Por outro lado, é possível que o dolo do devedor surja em momento posterior, quando da execução da obrigação, sendo que a cláusula em si, anterior a este momento, foi validamente estipulada e aceita. Neste caso, o devedor age com dolo quanto ao cumprimento

---

<sup>21</sup>*In verbis*: Art. 754, CC: As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos. Parágrafo único. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega.

<sup>22</sup>*In verbis* :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. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.

Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.

Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

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.

do contrato; ou melhor dizendo: inadimpe dolosamente. Em tal situação, apesar de válida, a cláusula não poderá surtir efeito e isto não em razão de dispositivos legais específicos que lhe limitam eficácia, mas em função da *noção de ordem pública*<sup>23</sup>, que não admite a exoneração do dever reparatório de quem age deliberada e intencionalmente a fim de lesar outrem, conforme anota AVELAR (2012, p. 199-205). Nestas situações, portanto, são ineficazes as cláusulas.

Se, por um lado, com relação ao dolo a doutrina é unânime em inadmitir seu alcance pelas cláusulas sobre o dever de indenizar, com relação à culpa surge a calorosa discussão acerca de sua intensidade e de qual grau estaria abarcada pelos seus efeitos. A grande controvérsia, neste ponto, refere-se à culpa grave: seria ela, enquanto causa de dano por inadimplemento ou infração legal, passível de acionar estas cláusulas e a promover seus efeitos de exoneração ou limitação do dever de indenizar?

DIAS (1980) entende que as cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar abarcariam, sim, também a culpa grave, em razão da natureza diversa desta em relação ao dolo. Segundo este autor, como a culpa, mesmo de gravidade considerável, não ostenta o caráter de intenção, não é voluntária, a exoneração de suas consequências não ofenderia a ordem pública, tal como afirmam aqueles que entendem em sentido contrário.

Por outro lado, a maior parte da doutrina, e parte considerável da jurisprudência<sup>24</sup>, inadmite a exoneração ou limitação da indenização em função da culpa grave. Os autores que adotam esse entendimento, considerando, inclusive, a culpa grave como equiparável ao dolo, são AVELAR (2012, p. 207-208)<sup>25</sup>, JUNQUEIRA DE AZEVEDO (2004, p. 202), SILVIO RODRIGUES (2007, p. 181) e MONTEIRO (1985, p. 236).

Encerrando o ponto relativo à validade e eficácia das cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar, no ordenamento brasileiro, há que se mencionar que, a despeito de nosso sistema normativo não tratar expressamente das mencionadas cláusulas, seja permitindo ou proibindo-as, o Código Civil de 2002, em seu artigo 946, traz disposição

---

<sup>23</sup> E aí, neste caso, também por afrontar os princípios mais elementares da ordem negocial, dentre os quais os mais afetados são a boa-fé, o equilíbrio contratual e a função social dos contratos.

<sup>24</sup> Neste sentido, alguns precedentes do STJ: **STJ, 4ª T. REsp 16859/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – julgamento em 29/08/1994; STJ, 3ª T., REsp 135633/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – julgamento em 16/04/1998; STJ, 3ª T., REsp 685791/MG, Rel. Min. Vasco dellaGiustina – julgamento em 18/02/2010.** Equiparando dolo e culpa grave, vide: **STJ, 3ª T. REsp 23875/SP, Rel. Min. Castro Filho – julgamento em 14/02/2006.**

<sup>25</sup> Segundo AVELAR (2012, p. 207-208), a gravidade da culpa pode supor a assunção do risco de causar dano, o que justificaria a sua equiparabilidade ao dolo para os fins da modulação dos efeitos das cláusulas sobre o dever de indenizar. E, neste caso, afirma a autora que a admissão da exoneração ou limitação da indenização geraria situação temerária, pelo que interessaria o afastamento de tais efeitos.

que pode ser interpretada favoravelmente, pelo menos, à cláusula limitativa do dever de indenizar.

Ao dispor que “*se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar*” (Grifamos); entende-se que os contratos poderiam fixar a forma e o montante de eventual indenização por descumprimento, o que pode ser interpretado como uma admissão tácita à cláusula limitativa do dever de indenizar<sup>26</sup>.

Isto posto, e considerando a ausência de regulamentação legislativa geral quanto à validade das mencionadas cláusulas no ordenamento brasileiro, entende-se pela incorreção dos posicionamentos que rejeitam a admissibilidade dessas cláusulas *a priori*, levantando como argumento a noção de *ordem pública*.

Filia-se, isso sim, ao entendimento de que a sua aceitação ou não deve decorrer de observação casuística do preenchimento dos requisitos de validade gerais aos contratos, além dos outros elementos acima mencionados, especialmente quanto à contraprestação satisfatória. Havendo cumprimento de todos estes requisitos, e diante de direitos disponíveis do credor, não há dúvidas pela validade das cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar, bem como pela possibilidade de produção dos seus efeitos, figurando elas como medidas úteis de modulação dos valores indenizatórios, no campo contratual e também extracontratual.

## **2.2.O ordenamento francês**

Tal como sucede no Brasil, o ordenamento jurídico francês não prevê regulamentação geral das referidas cláusulas, mas tão somente proibições pontuais em determinados setores das relações contratuais, legando à jurisprudência papel importante no delineamento da admissão destas convenções em outros setores. Por tal razão é que AYNES (1990, p. 7) afirma que o direito francês oferece apenas soluções parciais ao problema das cláusulas sobre o dever de indenizar, apresentando-se como um verdadeiro mosaico.

Consequência desta ausência de tratamento geral das cláusulas sobre o dever de indenizar, a não ser em regimes especiais, é a aplicação a elas das mesmas condições de

---

<sup>26</sup> A este respeito TEPEDINO, BARBOZA e MORAIS (2006, p. 868) afirmam que pode ser que o legislador tenha tido a intenção de se referir à cláusula penal; entretanto, como uma das funções da cláusula penal é a antecipação da liquidação da indenização por perdas e danos, pode-se entender que tal disposição também se prestaria às cláusulas limitativas de responsabilidade. In: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2006, v. 2. p. 868.

validade exigidas para a regularidade de todo e qualquer contrato, tal como ocorre no Brasil<sup>27</sup>; posicionamento este que se revela favorável à sua admissão, repelindo sua taxação de inválidas *a priori*.

Na doutrina francesa este posicionamento tem sustento em importantes autores, dentre eles HENRI e LÉON MAZEAUD, JEAN MAZEAUD e FRANÇOIS CHABAS (1998, p. 759-762), segundo os quais “as convenções de responsabilidade obedecem ao direito comum dos contratos” (tradução livre).

Como são convenções, fruto da expressão da autonomia privada e da liberdade contratual, devem essas cláusulas ser objeto de efetivo acordo, convenção das partes e observar os limites do exercício dessa liberdade. LE TOURNEAU (2006, apud PERES, 2009, p. 138), neste sentido, explica:

Tratando-se de condições de validade, basta, em qualquer caso, que a cláusula tenha sido claramente conhecida e aceita pela parte a que se opõe, o que é uma questão de fato, apreciada, precipuamente, pelo juízo ordinário. (tradução livre de PERES, 2009).

AYNES (1990, p. 9) acrescenta, ainda, mais um elemento que deve ser sopesado na análise da validade das cláusulas sobre o dever de reparar: o equilíbrio da economia do contrato, em função da manutenção de um “mínimo contratual” sobre a prestação essencial convencionada:

No fundo, a validade dessas cláusulas supõe, usando a expressão de Paul Durant, que seja mantido um ‘mínimo contratual’. É um princípio de coerência elementar: não se pode, ao mesmo tempo, contratar e privar o contrato de sua substância, de sua obrigação fundamental. Na prática, portanto, uma exoneração total da responsabilidade não pode se aplicar senão quanto a uma obrigação secundária. (tradução livre). AYNES (1990, p. 9-10).

Interessante mencionar que, segundo este autor, desde que cumpridos os requisitos citados, além daqueles aplicáveis aos contratos em geral, a validade das cláusulas será um fato, pouco importando se elas constam ou não em um contrato de adesão; o que poderá ocorrer, entretanto, no caso desta modalidade contratual, é que a interpretação da cláusula lhe conceda apenas o efeito de inversão do ônus da prova<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Neste ponto, explica AYNES (1990, p. 9): “Portanto, não é surpreendente que as cláusulas limitativas ou exoneratórias estejam sujeitas às condições de validade (A) e de eficácia (B) de um contrato” (tradução livre).

<sup>28</sup> Essa interpretação dos efeitos da cláusula é frequente na França, conforme anota CARBONNIER (1994, p. 296-297).

No direito francês, as cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar são denominadas de “*clause d’irresponsabilité*” e “*clause limitative de responsabilité*”, respectivamente. A denominação das mencionadas cláusulas de tal maneira demonstra que o direito francês trata da responsabilidade civil e do dever de reparar como conceitos similares, e isto influi nas discussões acerca da validade das cláusulas de não indenizar.

Como assevera CARBONNIER (1994), a discussão sobre a admissibilidade dessas cláusulas gravita em torno da compreensão do valor da responsabilidade civil enquanto reparação: se é ou não princípio de ordem pública. Afirma ele:

Para chegar a uma conclusão categórica, é o princípio da obrigação do devedor à indenização dos danos que deve se confrontar com a ordem pública. Ao que parece, se se constrói essa obrigação como uma responsabilidade, seu caráter de ordem pública é mais fácil de admitir (a regra segundo a qual cada um deve reparar o dano causado por sua culpa não é um valor moral e social grande para ser deixado à discricção das partes?). Ao inverso, se a obrigação à indenização dos danos é uma simples projeção da obrigação contratual primitiva, as vontades privadas não deveriam ter liberdade de modelá-las conforme seus interesses? (tradução livre). CARBONNIER (1994, p. 298-299).

Diferentemente do que acontece no Brasil, entretanto, na França tal definição toma lugar porque no sistema deste país o afastamento e a limitação convencionais do dever de indenizar são absolutamente proibidos no âmbito extracontratual, campo em que vale como absoluto o princípio da reparação integral, tal como explica FARIAS (2011).

O Código Civil francês prevê, em seu artigo 1.149<sup>29</sup>, a aplicação do princípio da reparação integral no âmbito contratual. Como explica FLOUR, AUBERT et M. SAVAUX (apud FARIAS, 2011, p. 14), “o princípio é o de que a indenização dos danos deve assegurar a reparação integral do prejuízo suportado pela vítima: deve cobrir todo o dano, mas não mais que o dano” (tradução livre).

Coube à jurisprudência o firmar do entendimento de que tal princípio, no âmbito contratual, não é de ordem pública, de modo que as partes poderiam modular o direito à reparação dos danos decorrentes de inadimplemento, em derrogação à disposição legal, ficando a validade dessas cláusulas moduladoras sujeita à observância dos requisitos mencionados anteriormente (principalmente quanto à limitação da liberdade contratual e à manutenção do equilíbrio contratual).

A despeito desta aceitação da estipulação das cláusulas de não indenizar no campo contratual, não as considerando nulas *a priori*, a jurisprudência francesa interpreta seus efeitos

---

<sup>29</sup>*In verbis*: Art. 1149, CC: Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu’il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

restritivamente, em diversos julgados, conferindo-lhe o mero efeito de inversão do ônus da prova<sup>30</sup>. Em realidade, no ordenamento francês, a avaliação das cláusulas se faz mais em seu plano da eficácia do que no da validade, conforme anota AYNES (1990, p. 10).

Para além da corriqueira interpretação jurisprudencial das cláusulas de não indenizar como mecanismos de inversão do ônus da prova, outra importante limitação aos seus efeitos refere-se à natureza do ato de inadimplemento causador de dano: se se trata de ato culposos ou doloso e, em caso de culpa, qual a sua intensidade.

Diante de ato doloso do devedor, seja no momento da estipulação da cláusula, seja no momento da (in) execução do contrato, as cláusulas não produzem seus efeitos de exoneração ou limitação da “responsabilidade” e do consequente dever de reparar, pelas próprias disposições do direito comum, que impedem a exoneração em caso de ato intencional de lesar<sup>31/32</sup>.

Por outro lado, e diferentemente do que ocorre no Brasil, a discussão francesa acerca da possibilidade de exoneração e afastamento do dever de indenizar quanto aos atos culposos de grave intensidade já encontrou certa estabilidade: a jurisprudência a equipara ao dolo, e tal como acontece no caso deste, as cláusulas de não indenizar são declaradas ineficazes. A jurisprudência francesa, pois, já firmou o entendimento de que a culpa grave não exonera o devedor inadimplente, tal como ocorre com o dolo, pois aquela é a este equiparada<sup>33/34</sup>.

De modo geral, pode-se afirmar que a França está entre os países cuja jurisprudência se mostra mais hesitante quanto à admissibilidade das cláusulas sobre o dever de indenizar. A despeito da consideração de validade dessas cláusulas quando do cumprimento de requisitos essenciais, na prática a restrição aos seus efeitos (como ao mero efeito de inversão do ônus da prova; ou da sua ineficácia diante de culpa grave) demonstra a forte resistência que a sua aceitação plena sofre em território francês.

---

<sup>30</sup> Neste sentido, anota CARBONNIER (1994, p. 290): “Esta fórmula é frequentemente empregada pela jurisprudência: a de que as cláusulas de irresponsabilidade são eficazes no sentido em que operam uma inversão do ônus da prova”. (tradução livre).

<sup>31</sup> A respeito, veja-se também COLLIN AVOCATS. *Conditions de validité des clauses limitatives de responsabilité, nouvel arrêt Oracle/Faurecia*. Disponível em: <<http://www.collin-avocats.fr/news.php?mode=news&id=91&sid=d53158d2e8d1b883c4ef1385ce1f1360>>. Acesso em: 15/01/2015.

<sup>32</sup> Ressalte-se, entretanto que, tal como ocorre no Brasil, se o dolo é contemporâneo ao consentimento, ou à formação do contrato, o problema também será de validade.

<sup>33</sup> Vejam-se os seguintes precedentes: **Cass. Com. 21 févr. 2006, nº 04-20.139 (Bull. civ. IV, nº 48)**; **Cass. Com. 30 mai 2006, nº 04-14.974 (Bull. civ. IV, nº 132)**. DALLOZ, Acesso em 07/01/15.

<sup>34</sup> Tocante a este ponto, deve-se acrescentar também aos casos de limitação da eficácia das cláusulas de não indenizar aqueles em que a previsão da cláusula tenha resultado num inadimplemento da obrigação essencial do contrato, como descrito por COLLIN AVOCATS, *ibidem*: “Mais la jurisprudence a défini d’autres hypothèses dans lesquelles ces clauses seront écartées pour ne retenir que l’application du droit commun de la responsabilité contractuelle: Il s’agit des cas de faute lourde ou de manquement à l’obligation essentielle”.

Expressão desta resistência é a “importação”, na França, da noção de *hipossuficiência técnica*, própria das relações de consumo, para a interpretação das cláusulas sobre o dever de indenizar em determinadas relações tidas como *paritárias*. Quanto a este ponto, explica FERNANDES (2013, p. 3 item 9.1.1 e-book):

No que tange à validade da cláusula de limitação e de exoneração de responsabilidade, doutrina e jurisprudência [francesa] tendem a ser bastante rígidas e estritas em sua admissibilidade, mesmo em contratos fora das relações de consumo. Nas relações paritárias, negociadas com paridade pelas partes, a jurisprudência revela certa *antipatia* em relação a esse tipo de convenção, trazendo para o campo empresarial um conceito próprio de proteção consumista, como é o caso da hipossuficiência técnica. É, no entanto, exclusivo do direito francês o requisito de que a cláusula somente tenha validade entre empresas da mesma especialidade, conforme expresso em célebre caso envolvendo as grandes empresas Alstom e Sulzer (...).

Afirma o autor, ainda, que o ordenamento francês não possui uma “lista” legal única e suficientemente clara sobre as cláusulas abusivas nas relações de consumo, o que em muito dificulta a aferição da validade das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar neste setor, mas que dispõe de órgão administrativo que cria uma lista referencial destas cláusulas, que poderá ser utilizada casuisticamente pelos juízes.

### **3. A ADMISSIBILIDADE DAS CLÁUSULAS EXONERATÓRIA E LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR EM FACE DOS NOVOS PRINCÍPIOS.**

As cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar têm sua admissibilidade questionada frequentemente ao argumento de que, em maior ou menor medida, violariam valores de ordem pública e os princípios contratuais atualmente vigentes.

Quando se fala em “novos princípios da ordem contratual”, tende-se a crer que os princípios ditos clássicos – a autonomia privada ou liberdade contratual (algumas vezes referida como autonomia da vontade, ainda que com ela não se confunda), a força obrigatória do contrato e a relatividade dos efeitos do contrato – teriam sido absolutamente substituídos, realocados por estes novos princípios. Entretanto, ainda que seja inegável o fenômeno da mitigação dos princípios clássicos, afirmar que eles foram totalmente substituídos pelos novos não condiz com a realidade contratual, tanto teórica quanto prática.

Em realidade, a boa-fé, o equilíbrio contratual e a função social do contrato foram acrescentados ao acervo principiológico contratual, especialmente em razão da instauração de novos valores constitucionais. Não substituíram, muito menos excluíram toda e qualquer eficácia dos princípios clássicos que, anteriormente, vigiam como supremos.

A liberdade contratual permanece vigente e, mais do que isso, necessária para a lógica econômica; a força obrigatória dos contratos, igualmente, mantém-se como mandamento de segurança nas relações, ainda que não ostente mais a mesma configuração de outrora; a relatividade dos efeitos do contrato, igualmente, não desapareceu por completo diante da exigência do cumprimento da função social<sup>35</sup>.

De se consignar que tais ponderações não ignoram o fato de que contemporaneamente grande parte das relações contratuais envolvam sujeitos em situação de vulnerabilidade, que, por isso, merecem especial proteção. A vulnerabilidade de diversos setores, sendo o dos consumidores talvez o mais evidente, é um fato inegável. Diante das relações em que estejam presentes tais sujeitos, os princípios da boa-fé, do equilíbrio contratual e da função social fazem-se especialmente necessários, potencializando seu caráter cogente.

Inobstante, o caminho inverso também deve ser considerado, e isto nem sempre se realiza. Ao invocar os princípios da ordem contratual contemporânea, muito frequentemente se consideram as relações contratuais sob o único enfoque da vulnerabilidade de um dos sujeitos e da desigualdade entre os contratantes. E isto não condiz com a realidade concreta.

De fato, as relações ditas paritárias ainda existem e ostentam importância singular na prática econômica. E, tal como as relações em que presente o elemento *vulnerabilidade*, as relações paritárias merecem regime especial de disciplina.

Ora, se os sujeitos em igualdade de condições de negociação têm interesses particulares e visam compor tais interesses, privativamente, por meio de um contrato; se têm a intenção ética de formar vínculo conforme o direito; negar-lhes espaço de negociação livre é promover um dirigismo contratual exacerbado, cuja consequência será a de lhes podar a iniciativa privada, desestimulando o desenvolvimento econômico.

Taxar, *a priori*, a cláusula sobre o dever de indenizar constante de um contrato comercial, qualificado geralmente como paritário, como afrontosa à boa-fé, ao equilíbrio contratual e à função social do contrato não guarda coerência com os reais lindes destes princípios.

O que se pode afirmar é que alguns elementos específicos podem ser exigidos, quando da estipulação das cláusulas, a fim de demonstrar a observância de tais princípios.

---

<sup>35</sup> A respeito, explica WALD (2004, p. 5): “Não desapareceram, pois, nem a autonomia da vontade, nem a liberdade de contratar; ambas mudam de conteúdo e de densidade, refletindo a escala da valores e o contexto de uma sociedade em constante evolução e de um Estado que precisa e deve ser eficiente por mandamento constitucional.” In: WALD, Arnoldo. **A dupla função econômica e social do contrato**. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 17, Rio de Janeiro: Padma, jan./mar., 2004, p. 5.

Talvez o melhor exemplo disto seja existência de uma contraprestação satisfatória à sua estipulação, que figura como exigência à validade das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar.

Na perspectiva contemporânea, considera-se que esta contraprestação figuraria como elemento de promoção do equilíbrio contratual, como explica PERES (2009, p. 193):

Em princípio, somente são admissíveis tais convenções quando há uma manutenção do equilíbrio econômico do contrato, a ser verificado mediante uma contrapartida pela anuência à exoneração total ou parcial do dever de indenizar – a título exemplificativo, condições financeiras ou negociais mais benéficas, uma reciprocidade na convenção exoneratória ou, ainda, uma redução no preço do bem adquirido ou do serviço a ser prestado. Assim, circunscreve-se, na prática, seu campo de atuação à esfera das relações paritárias, entendidas estas como as situações nas quais as partes se encontram em reais condições de discutir, conjuntamente, construir o conteúdo negocial, em um processo equitativo.

Desta forma, a aferição do cumprimento do princípio do equilíbrio contratual, na prática (sempre na prática, frise-se novamente), deve ser feito na análise da contraprestação ofertada em face da renúncia à reparação, integral ou parcial, pela estipulação dessas cláusulas.

Parte da doutrina também advoga pela inadmissibilidade das cláusulas sobre o dever de indenizar sob o argumento de que a exoneração ou limitação da indenização tornaria a obrigação assumida uma obrigação natural. Alguns partidários desta concepção, entretanto, entendem que em determinadas situações as cláusulas mencionadas poderiam ser admitidas, contanto que não exonerassem ou limitassem o dever reparatório quanto à obrigação principal assumida. Posicionam-se neste sentido VENOSA (2007, p. 60) e JUNQUEIRA DE AZEVEDO (2004, p. 198-2007).

Este posicionamento não é unânime. FABIO PERES (2009, p. 195) e AVELAR (2012, p. 214) afirmam que a exoneração ou limitação do dever de indenizar pelo descumprimento da obrigação essencial não necessariamente será sempre inadmissível, exceto diante de situações pontuais: quando a previsão das cláusulas resultar em desfiguração da obrigação principal, negando-lhe qualquer eficácia ou outros instrumentos hábeis de proteção, em caso de eventual descumprimento, posição essa que nos parece mais adequada.

No direito francês, tal discussão se tornou calorosa pelo caso *Oracle vs. Faurecia*, levando à corte francesa. A empresa de informática Oracle haveria firmado contrato com a sociedade francesa Faurecia, por meio do qual se comprometeu a disponibilizar um determinado sistema para uso da empresa contratante, em data e hora definidos. A

disponibilização cedida, entretanto, foi de sistema temporário e não do definitivo (efetivamente contratado), o que gerou alguns prejuízos à empresa Faurecia.

No caso, havia no contrato uma cláusula limitativa do dever de indenizar que, num primeiro julgamento, foi aceita, e seus efeitos foram considerados, mas que numa segunda instância restou afastada sob o argumento de que a limitação se dava sobre a obrigação essencial do contrato, situação considerada inadmissível.

A reforma da decisão em segundo grau foi ferrenhamente criticada pela doutrina, o que motivou sua nova reforma e a restituição da primeira decisão, sobre a validade da cláusula, na qual se consignou que somente quando a limitação ou exoneração da responsabilidade resultasse na perda de *toda substância da obrigação principal*, seriam tais cláusulas reputadas como *non écrites*. Do contrário, não havendo tal desconstituição da substância da obrigação, as cláusulas somente não seriam aplicadas em função de descumprimento doloso ou gravemente culposos<sup>36/37</sup>.

Trata-se de decisão emblemática na jurisprudência francesa e que se confirmou na França como importante passo à admissibilidade das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar.

A despeito da resistência da jurisprudência francesa (que ainda se mantém firme pela ineficácia das cláusulas quando diante de ato culposos de grave intensidade), a partir desta decisão um novo caminho se abriu à admissibilidade das cláusulas em comento, desde que cumpridas algumas disposições essenciais à sua validade: a fixação de contraprestação não irrisória pela estipulação da cláusula, a manutenção do equilíbrio do contrato e a não contradição entre o afastamento ou a limitação da indenização por meio das cláusulas e a substância da obrigação principal contratada<sup>38</sup>.

#### **4. AS CLÁUSULAS EXONERATÓRIA E LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR NOS CONTRATOS PARITÁRIOS: ELEMENTO DE ALOCAÇÃO DO RISCO**

---

<sup>36</sup> Cour de cassation — Chambre commerciale — 29 juin 2010 — n° 09-11.841. Dalloz, 07/01/15.

<sup>37</sup> Quanto caso Oracle vs. Faurecia leia-se: CLARÉ AVOCATS. *Actualités Droit des Contrats - La validité d'une clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat : l'application de la notion de manquement à l'obligation essentielle* (Com., 29 juin 2010, n° 09-11841 Sté Faurecia c/ Sté Oracle). Disponível em :<[http://www.clare-avocats.com/fr/p/nullite\\_clause\\_limitative\\_responsabilite](http://www.clare-avocats.com/fr/p/nullite_clause_limitative_responsabilite)>. Acesso em: 11/01/15.

<sup>38</sup> A respeito, leia-se também: MASCRÉ HEGUY ASSOCIÉS, Société d'Avocats. *Clause limitative de responsabilité: les conditions de validité - l'apport de l'arrêt Faurecia du 29 juin 2010*. Disponível em: <[http://www.mascre-heguy.com/htm/fr/conseils/conseil\\_validite\\_clause\\_limitative\\_responsabilite.html](http://www.mascre-heguy.com/htm/fr/conseils/conseil_validite_clause_limitative_responsabilite.html)>. Acesso em: 11/01/15

Em determinados âmbitos de relações privadas, como no das relações de consumo, o ordenamento jurídico de alguns países criou micro sistemas legislativos específicos de tutela<sup>39</sup>. Estas normas especiais de regulamentação, justamente por reconhecerem nestas relações específicas situação que exige especial garantia de proteção, já preveem antecipadamente a não aceitação ou a nulidade de cláusulas cujo resultado seja a perda do direito à indenização por eventual inexecução contratual.

Tendo em vista que para que as cláusulas sob análise sejam válidas é necessário (dentre outras exigências) que a “renúncia” à indenização, total ou parcial, corresponda uma *causa*, ou uma contraprestação satisfatória do devedor eventual da indenização, verifica-se que a sua estipulação nos contratos paritários, como explica FORGIONI (2010, p. 59), funciona como espécie de alocação de riscos e compõe a função econômica do contrato, delimitada pelos contratantes.

E esta configuração, a princípio, nada tem de afrontoso à ordem pública ou aos princípios da nova ordem principiológica obrigacional e contratual. Como já dito, os princípios consagrados contemporaneamente pelo direito obrigacional visam proteger a justiça social e o equilíbrio contratual e é neste sentido que se limita a autonomia privada e a liberdade dos sujeitos. Não objetivam, por outro lado, a regulação excessiva das negociações, promovendo um exacerbado dirigismo contratual, especialmente quando as partes se encontrem em igualdade de condições.

Entende-se, pois, que a limitação à autonomia privada promovida pelos princípios da atual ordem contratual pretende evitar abusos entre partes desiguais que se relacionam; mas não tem esta dimensão de tolher a livre iniciativa, tal como explica LEITE (2012, p. 12).

FERNANDES (2013), analisando o elemento *risco*, que se configura no objeto em função do qual atua a eficácia das cláusulas nos contratos paritários, explica:

(...), uma das manifestações da teoria do risco como fundamento da responsabilidade objetiva é a do risco-proveito, ou seja, tendo lucrado com a sua atividade, deve o empresário assumir o ônus de seu exercício. Ora, ao analisarmos o conceito econômico de risco, verificamos sua íntima relação com o lucro, variando na proporção direta do risco assumido. Sendo alto o risco, as margens de lucro deverão ser maiores, exatamente para fazer frente às contingências trazidas por ele. FERNANDES (2013, p. 35 do item 1.6 e-book).

Neste ponto, o que o autor pretende demonstrar é que o preço do produto externaliza, em certa medida, o risco a que o empresário está submetido pelo desempenho de sua

---

<sup>39</sup> A título de exemplo: no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, dispõe expressamente sobre a nulidade destas cláusulas nos contratos de consumo (Art. 51, I e II); na França, o *Code de la Consommation*, no capítulo sobre as cláusulas abusivas (art. 1132-1), parece tratar das cláusulas ora sob análise, dispondo que ela são consideradas não escritas nesta modalidade de relação contratual.

atividade. E é neste contexto que a importância das cláusulas sobre o dever de indenizar se apresenta: quando efetivamente negociadas pelas partes, figuram como instrumento de alocação dos riscos contratuais e, nesse sentido, podem ser determinantes na concretização ou não de um determinado negócio.

FABIO PERES (2009, p. 191), sabiamente, explica ser exatamente esta a função das cláusulas:

Revelam-se, assim, como instrumentos a garantir uma maior segurança, tanto negocial quanto jurídica, aos sujeitos de determinada relação, distribuindo entre as partes os riscos e os encargos decorrentes de eventuais danos, sejam estes causados diretamente pelo contratante ou, ainda, por terceiros auxiliares ou representantes. Ao estabelecer regras de redistribuição, na forma pretendida pelas partes, dos eventuais prejuízos materiais decorrentes de determinada relação preestabelecida, as cláusulas de não indenizar podem servir de verdadeiro instrumento de fomento da economia, viabilizando o incremento da atividade produtiva. (Grifamos)<sup>40</sup>.

Quando se abordam as cláusulas sobre o dever de indenizar enquanto instrumentos de alocação do risco, fica evidente que a indenização (nestes casos) é direito disponível e que, por isto, pode ser negociado pelas partes. A previsão de tais cláusulas, desse modo, exceto nos campos interditos por disposição legal, seria válida e integraria a complexa operação econômica própria dos contratos, especialmente os paritários.

E enquanto instrumento de alocação dos riscos da atividade, fica demonstrado que a afirmação de que as cláusulas sob análise excluiriam por completo a responsabilização pelo custo do dano também não parece adequada.

LEITE (2012), neste ponto, explica:

O erro que se comete é entender a cláusula de não indenizar como um mandamento para que ninguém fique responsável pelo custo do dano causado, ou, especificamente, um mandamento de exclusão da responsabilidade. Na verdade, a cláusula de não indenizar muda o contratante que seria naturalmente responsável pela reparação ao permitir que ele nada pague, transferindo esse risco, automaticamente, para o outro contratante. Afinal de contas, uma vez perecendo a coisa, é certo que haverá um custo.

Por meio da liberdade contratual, ainda que limitada em face de determinados preceitos legais e princípios da ordem contratual, é dado aos contratantes promover a alocação de riscos; e se esta alocação é feita por meio da previsão de cláusulas de não indenizar e

---

<sup>40</sup> Na doutrina francesa, MAZEUD, MAZEUD, MAZEUD (1978, p. 431) afirmam, no mesmo sentido: “as cláusulas de exoneração total ou parcial de responsabilidade apresentam algumas vantagens: evitam a paralisia que pode resultar de um desenvolvimento excessivo da responsabilidade; diminuem os preços de fábrica, nos quais não entram os gastos necessários para a garantia ou seguro dos riscos; estimulam, assim, as iniciativas e o comércio” (tradução livre).

limitativa do dever de indenizar, resta clara sua admissibilidade, desde que sejam observados os outros requisitos de validade e eficácia exigidos, comuns a todos os contratos.

## CONCLUSÃO

As cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar ainda suscitam importante discussão. Sua admissibilidade não é defendida de maneira unânime e sofre resistência com diferentes fundamentos.

A pesquisa aqui empreendida possibilita concluir que, enquanto convenções privadas destinadas ao afastamento ou limitação do dever de reparar, tais cláusulas são, em princípio, admissíveis tanto no ordenamento brasileiro quanto no ordenamento francês. O dever de reparar, neste contexto, é considerado como um dos elementos do *risco* do negócio e, enquanto tal, pode ser objeto de alocação mediante convenção privada, podendo influir diretamente no preço de determinado produto ou serviço e, conseqüentemente, condicionar a realização ou não de um contrato.

Não se deve olvidar que, para que sejam efetivamente válidas, devem ser discutidas pelas partes, constituindo em verdadeira convenção que resulte em disposição interessante para ambos os contratantes. Ademais, como se sabe, relativamente às condições de validade quanto ao equilíbrio econômico contratual, a existência do que José de Aguiar Dias chama de *causa*, e que o restante da doutrina chama de *contraprestação satisfatória*, é indispensável para a perfeição da cláusula e para a produção de seus efeitos.

E, enquanto convenções que reciprocamente institui benefícios aos contratantes para o atingimento de seus interesses na relação contratual, sem que com isso se afetem normas de caráter cogente e interesses externos de cunho social, não há como lhes negar validade e eficácia. Integrando o contrato como disposição efetiva e realmente discutida por partes em igualdade de condições e funcionando como instrumento de alocação do risco a fim de instituir benefícios em determinada configuração do negócio contratual, as cláusulas não só são consideradas válidas, como se mostram de grande utilidade.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

JÚNIOR, Alberto do Amaral. **Invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun, 1998.

AVELAR, Leticia Marquez de. **A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil**. Curitiba: Juruá, 2012.

AYNÈS, Laurent. *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*. Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris, 1990.

BESSONE, Darcy. **Do contrato – teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BRASIL, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)

BRASIL, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)

BRASIL, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)

CAPITANT, Henry. *Cours de doctorat em droit, La responsabilité*. Paris, 1926-1927.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: Les obligations*. Thémis droit privé, sous la direction de M. Duverger et C. Labrusse-Riou. 18.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

CASSVAN, Elie. *Clauses de non-responsabilité*, Paris, 1929.

CLARÉ AVOCATS. Actualités Droit des Contrats - La validité d'une clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat : l'application de la notion de manquement à l'obligation essentielle (Com., 29 juin 2010, n° 09-11841 Sté Faurecia c/ Sté Oracle). Disponível em : [http://www.clare-avocats.com/fr/p/nullite\\_clause\\_limitative\\_responsabilite](http://www.clare-avocats.com/fr/p/nullite_clause_limitative_responsabilite)

CLUZEL, Félix. *Essai sur les clauses d'irresponsabilité*, Paris, 1913.

COLLIN AVOCATS. Conditions de validité des clauses limitatives de responsabilité, nouvel arrêt Oracle/Faurecia. Disponível em: <http://www.collin-avocats.fr/news.php?mode=news&id=91&sid=d53158d2e8d1b883c4ef1385ce>

COUTANT-LAPALUS, Christelle. *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*. Aix-Marseille: Presses Universitaires, 2002.

DEMOGUE, René. *Traité des obligation em general*. Paris, 1925.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar (Chamada cláusula de irresponsabilidade)**. 4.ed. Rio de Janeiro:Forense, 1980.

FARIAS, Mariama Rocha de. *Les clauses limitatives de la responsabilité civile extracontractuelle – analyse de droit comparé*. 50 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Université Paris I - Panthéon Sorbonne, Paris, 2010-2011. Disponível em: <http://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2011/12/Mariama-Farias-Les-clauses-limitatives-de-la-responsabilit%C3%A9-civile-extracontractuelle.pdf>.

FERNANDES, Wanderley. **Coleção direito em contexto: cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc; SAVAUX, Éric. *Les obligations, le fait juridique*. 13 ed. Sirey, p. 474-475 (citados por FARIAS, p. 14).

FORGIONNI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos comerciais**. 2. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCE, *Code Civil*. Version consolidée au 1 septembre 2013. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. Saraiva, 1995.

HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano. In: DINIZ, Maria Helena. **Atualidades Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

LE TOURNEAU, Philippe. **Droit de la responsabilité et des contrats**. 6.ed. Paris: Dalloz, 2006.

LEITE, Fernanda Piccinin. **A validade das cláusulas de não indenizar nos contratos comerciais**, p. 12. In: [http://lex.com.br/doutrina24099950\\_A\\_VALIDADE\\_DA\\_CLAUSULA\\_DE\\_NAO\\_INDENIZAR\\_NOS\\_CONTRATOS\\_COMERCIAIS.asp](http://lex.com.br/doutrina24099950_A_VALIDADE_DA_CLAUSULA_DE_NAO_INDENIZAR_NOS_CONTRATOS_COMERCIAIS.asp)  
x

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASCRÉ HEGUY ASSOCIÉS, Societé d'Avocats. Clause limitative de responsabilité : les conditions de validité - l'apport de l'arrêt Faurecia du 29 juin 2010. Disponível em:

[http://www.mascre-heguy.com/htm/fr/conseils/conseil\\_validite\\_clause\\_limitative\\_responsabilite.html](http://www.mascre-heguy.com/htm/fr/conseils/conseil_validite_clause_limitative_responsabilite.html)

MAULER. *De la nature de la clause pénale*. Berna, 1898.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean e CHABAS, François. *Leçons de droit civil: obligations*. 9.ed. Paris: Montchrestien, 1998.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. e TUNC, André. *Tratado teórico e práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. 5.ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

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

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAINCTELLETTE. *De la responsabilité et de la garantie*, Paris, 1884.

SARDOU, Prosper. *Des clauses modificatives de la responsabilité em matière contractuelle*. Aix, 1903.

SECRETAN, Roger. *Étude sur la clause pénale em droit suisse précédée d'une introduction sur les arrhes*. Lausanne, 1917.

SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa da. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual. Caso fortuito e força maior. **Revista de Direito Privado**, 2001.

SILVESTRE GONÇALVES, Antônio. **Cláusula exoneratórias e limitativas de responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 333, São Paulo, 1989.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

WALD, Arnoldo. **A dupla função econômica e social do contrato**. In. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 17, Rio de Janeiro: Padma, jan./mar., 2004.