



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DAYANE SOARES LUCCARELIS

**LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL: VALIDADE, EFICÁCIA E
APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

FLORIANÓPOLIS

2009

DAYANE SOARES LUCCARELIS

**LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL: VALIDADE , EFICÁCIA E
APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao curso de graduação em
direito da Universidade Federal de
Santa Catarina como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.**

Orientadora: Prof. Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa

FLORIANÓPOLIS

2009



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada Limitação da Responsabilidade Contratual: Validade, Eficácia e Aplicação no Direito Brasileiro, elaborada pela acadêmica Dayane Soares Luccarelis e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 01 de dezembro de 2009.

Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa

Adriana Conterato Bulsing

Rosemeri Batista da Silva

Dedico este trabalho a minha família, aos meus amigos e àqueles que me apoiaram e, de algum modo, colaboraram para a execução do mesmo.

AGRADECIMENTOS

À excelente orientadora e professora Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa, pelo apoio e dedicação durante a execução deste trabalho e cujos ensinamentos despertaram meu interesse pelo Direito Civil.

À minha família, especialmente meus pais, pelo amor e apoio incondicional, por todo incentivo e pela confiança depositada em mim.

Ao Fernando, pelo amor, respeito e inacabável paciência ao longo desta jornada.

Aos meus amigos, com quem dividi muitos dos melhores momentos de toda a vida, por todo companheirismo e cuja amizade e carinho estão muito além do campus, especialmente Juliana e Elizabeth.

A Milena, por ter me proporcionado minha primeira experiência profissional e pelos ensinamentos que guiarão toda minha atuação profissional.

Aos amigos do trabalho, por todo apoio e incentivo, em especial Márcia, pelas caronas diárias que me obrigavam a não faltar às aulas, Rosemeri pela paciência, interesse e atenção para com este trabalho e Marcelo, cujo conhecimento tem me servido de inspiração.

A Adriana Conterato Bulsing, pela disposição e interesse no trabalho.

A servidora Helena, da Secretaria do curso de Direito, exemplo de servidora, sempre competente, prestativa e atenciosa.

“Nenhum vento sopra a favor de quem não sabe para onde ir.”
Sêneca.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende abordar a validade, a eficácia e aplicabilidade, no Direito Brasileiro, da cláusula que limita a responsabilidade das partes contratantes, quando da ocorrência do inadimplemento, no tocante à obrigação de indenizar. Tal estudo será feito através de análise da origem deste instituto, seu desenvolvimento, aplicação em outros ordenamentos e os fundamentos jurídicos que atestam sua validade perante o ordenamento brasileiro, sendo este o objetivo principal do estudo. Embora não tenha sido expressamente aceita no Código Civil, este mesmo codex possibilita, ainda que de forma implícita, a limitação da responsabilidade em casos específicos, os quais serão objeto de análise. Será objeto de estudo, também, a aplicação do referido instituto quando nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, nos contratos de transporte, na esfera extracontratual e no que concerne aos danos morais. Como procedimento metodológico foi utilizado o método dedutivo, o qual propõe, partindo-se de uma concepção geral, deduzir premissas até que se chegue ao caso específico, tendo como finalidade descrever o tema através de uma revisão bibliográfica baseada em livros e revistas jurídicas.

Palavras chave: Limite de Responsabilidade – Autonomia da Vontade – Código Civil – Validade - Eficácia – Código de Defesa do Consumidor – Contratos de Transporte – Dano Moral.

ABSTRACT

This present study intends to investigate the validity, effectiveness and applicability, in the Brazilian Law, of the clause that limits the responsibility of the parties, in the occurrence of the damage, regarding to the obligation to indemnify. The research will be done through analysis of the origin, its development, application in other jurisdictions and legal grounds that certifies its validity in the Brazilian regulations, which is the main objective of the study. In spite of not being expressly accepted by the Brazilian Civil Code, this same codex, although implicitly, accepts the limitation of responsibility in specific cases, which will be analyzed. Will be subject of study, also, the application of this institute in contracts covered by the Brazilian Code of Consumer Protection, in contracts of transportation, in non-contractual sphere and the moral damage. As methodology it was used the deductive method, which proposes to, starting from a general concept, deduct premises until it reaches the specific cases, with the finality to describe the theme through a bibliographic review based on books and legal journals

Key words: Limitation of Responsibility – Free Will - Brazilian Civil Code – Validity - Effectiveness – Brazilian Code of Consumer Protection - Contract of Transportation – Moral Damage

ÍNDICE

1	INTRODUÇÃO	10
2	DA INEXECUÇÃO DO CONTRATO E DA RESPONSABILIDADE.	12
2.1	DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A CELEBRAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO CONTRATO.	12
2.1.1	Autonomia da vontade	13
2.1.2	Boa-fé Contratual	16
2.1.3	Função Social do Contrato	19
2.2	DO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO CONTRATUAL	20
2.2.1	Da mora	20
2.2.2	Do inadimplemento absoluto	23
2.3	DOLO E CULPA	24
2.4	ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE	26
2.4.1	Responsabilidade Civil e Penal	26
2.4.2	Responsabilidade Objetiva e subjetiva	27
2.4.3	Responsabilidade Contratual e Extracontratual	28
3	CLÁUSULA LIMITATIVA DE RESPONSABILIDADE	29
3.1	EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE	29
3.1.1	Culpa Exclusiva da Vítima	29
3.1.2	Legítima Defesa, Estado de necessidade e Exercício Regular de Direito	30
3.1.3	Fato de terceiro	31
3.1.4	Caso Fortuito e Força Maior	33
3.2	Origens	35
3.3	Noção	37
3.4	Ordenamentos jurídicos estrangeiros	40
3.4.1	Direito Espanhol	40
3.4.2	Direito Francês	41
3.4.3	Direito Italiano	41
3.5	Requisitos de validade e eficácia	42
4	REGIME JURÍDICO	46
4.1	Limite de responsabilidade no Código Civil Brasileiro	46
4.2	Dos diversos tipos de limitação de responsabilidade	48
4.2.1	Cláusula de fixação do máximo indenizatório, ou limitativa de responsabilidade	49
4.2.2	Cláusula Penal	50
4.2.3	Arras	51
4.2.4	Seguro de Responsabilidade	53
4.3	Dos danos pessoais	55
4.4	Dos danos extracontratuais	56
4.5	Limitação da responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor	58
4.6	Dos contratos de transportes	60

4.6.1	Dos contratos de transportes de pessoas _____	61
4.6.2	Dos contratos de transporte de coisas _____	63
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS _____	66
6	REFERÊNCIAS _____	68

1 INTRODUÇÃO

Considerando a tendência atual de abandono do direito processual brasileiro e a crescente procura pelos métodos alternativos de resolução de conflito, como a mediação e a arbitragem, a pré-fixação das perdas e danos decorrentes de eventual inadimplemento contratual, se mostra atual por abordar uma questão de direito puramente material e que, quando utilizada corretamente, isenta as partes da necessidade de dirigirem-se ao Poder Judiciário para apurar o valor devido a título de reparação.

Para tratar da limitação da responsabilidade de indenizar, instituto tão pouco comentado no direito brasileiro, algumas noções primárias se fazem necessárias, razão pela qual o presente trabalho foi estruturado em três capítulos, na tentativa de, inicialmente, trabalhar os conceitos básicos e, posteriormente, tratar do tema em si.

Neste viés, deixando de lado as divergências conceituais quanto à culpa, dolo, tipos de responsabilidade, dentre outros, o primeiro capítulo deste trabalho pretende trazer para o leitor definições básicas dos institutos essenciais para o estudo do tema, assim como os princípios aplicados ao direito contratual, bem como as conseqüências advindas da inexecução do contrato, seja ela parcial ou total.

Já no segundo capítulo estudar-se-á a cláusula em si, suas diferenças e correlações com as causas excludentes de responsabilidade, sua origem, definição e visão geral e simples do tratamento dado a esta figura nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, pois como será abordado, alguns ordenamentos adotaram a limitação de forma expressa.

Por fim, no terceiro capítulo, a cláusula será vista sobre os olhares do ordenamento jurídico brasileiro. Serão estudadas as formas de limitação permitidas pelo Código Civil, os princípios e possibilidades do ordenamento que justificam a utilização deste instituto, sua aplicação nas diversas esferas, como no âmbito da defesa do consumidor, nos contratos de transporte, etc.

Como objetivo principal deste trabalho, pretende-se analisar a limitação de responsabilidade de indenizar sob a ótica do princípio da autonomia da vontade,

e outros dispositivos do Código Civil que confirmam, no direito brasileiro, a validade e eficácia da cláusula que limita a responsabilidade contratual.

Já os objetivos específicos foram traçados visando o objetivo geral. Desta forma, procurou-se trabalhar as hipóteses concretas de aplicação, como a visão dada pelo Código de Defesa do Consumidor, as leis para os contratos de transporte, os danos morais e esfera extracontratual.

Como metodologia, foi empregado na pesquisa o método dedutivo, monográfico, cuja técnica de pesquisa terá como ênfase as fontes secundárias através da consulta à documentação indireta, pesquisa bibliográfica, com o estudo do posicionamento doutrinário nacional e internacional. Contudo, também se utilizou fontes primárias, por intermédio de pesquisas revistas e sítios eletrônicos, buscando coletar informações divulgadas sobre o tema.

Assim, o tema proposto é relevante, pois atua como um mecanismo que fortalece a iniciativa privada, já que transfere para as partes a opção de estabelecerem previamente se haverá reparação e qual valor será fixado, fortalecendo assim, o princípio da autonomia da vontade das partes.

A proposta é inovadora, pois aborda a responsabilidade contratual sob uma ótica que não a da hipossuficiência, tão em voga atualmente. Há farta literatura que trata da responsabilização das partes contratantes, especialmente quando se trata da responsabilidade objetiva, enquanto que quase nada foi escrito sobre a possibilidade de limitação do dever de indenizar oriundo, desta responsabilidade, que como será visto, é fruto do princípio da autonomia da partes.

2 DA INEXECUÇÃO DO CONTRATO E DA RESPONSABILIDADE.

Ao iniciar o estudo, será necessário o conhecimento de algumas noções preliminares. Serão deixadas de lado as divergências conceituais e quando existentes, será apontada a definição adotada para este trabalho. No caso das ciências humanas, especialmente, torna-se indispensável uma revisão bibliográfica preliminar de conceitos para promover uma interpretação adequada do que está sendo tratado no presente estudo.

2.1 DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A CELEBRAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO CONTRATO.

Por princípio compreende-se um conjunto de regras e preceitos que norteiam toda espécie de ação jurídica. Segundo PLÁCIDO E SILVA, engloba não somente os fundamentos jurídicos legalmente instituídos, mas todo o axioma derivado da cultura jurídica universal¹.

Para CANOTILHO, princípios são “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada, impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fáctica ou jurídica”²

Assim sendo, na seara do direito das obrigações, os princípios servem como bússola para atuação das partes. É certo que sua aplicação pode ser, eventualmente relativizada, mas suas diretrizes devem ser observadas na fase pré-contratual e durante todo o desenrolar da obrigação. No direito contratual, os de

¹ SILVA, De Plácio e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, 11ª ed., 3º vol., p. 447

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, 4. ed, p. 1215

maior relevância são: boa-fé contratual, autonomia da vontade, função social do contrato.

Já noção de contrato remonta ao direito romano, onde a palavra *contractus* significa unir, contrair. Não era o único termo utilizado em Direito Romano para finalidades semelhantes. Convenção, de *conventio*, provém de *cum venire*, vir junto. E *pacto* provém de *pacis si*, estar de acordo³.

Muitas são as definições de contrato, PEREIRA o define como um "acordo de vontade com a finalidade de produzir efeitos"⁴. GOMES define o contrato como: "negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regulam"⁵. Porém, não compete, aqui tecer sobre a concepção de contrato, de forma que será adotada a definição dada por Orlando Gomes.

2.1.1 Autonomia da vontade

A introdução do princípio da autonomia da vontade no direito civil é facilmente vinculada ao liberalismo econômico. Todavia, sua origem remonta a uma sucessão de conceitos que definiram a idéia de contrato ao longo dos anos.

No direito romano o contrato dividia-se em dois elementos: a *conventio* que se restringia ao contrato obrigatório, ao acordo e a *conventio pactio* que reservava para si o elemento subjetivo do consentimento. Tal era a rigidez que o contrato, no mais antigo direito romano, aproximava-se do conceito de pena. "O contrato era elemento constitutivo da obligatio; o nexum, no seu aspecto de fonte da

³ VENOSA, Silvio de Sálvio. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, São Paulo: Atlas, 2004, 4ed., pág 378

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, Rio de Janeiro, Forense, 2005. volume III, 12ª edição, pág 35.

⁵ GOMES, Orlando. Contratos, Rio de Janeiro: Forense, 2008, 26ª ed, pág. 11.

obrigação, ou aquele estado físico de prisão, em que o devedor passava a garantir com sua pessoa, a própria dívida”.⁶

Na Idade Média, embora a atividade mercantil tenha sofrido vertiginosa retração, a Igreja, através dos canonistas, é quem foi responsável por manter viva a noção de contrato. É certo que se afastou a distinção existente no direito romano, possuindo o contrato apenas a faceta de um instituto decorrente da fé jurada, mas foram aqueles estudiosos que conseguiram, ainda que sob a ótica da fé cristã, separar o que seria o consenso – aqui como um embrião da autonomia da vontade – e a fé. Os canonistas atribuíram ao contrato toda a força da obrigatoriedade, inspirados numa idéia teocrática. Todavia, esse poder vinculativo era limitado pelos próprios princípios jusnaturalistas que o fundamentavam. Na autonomia da vontade, porém, o direito natural que lhe serviu de base parte de uma concepção laica, calcada na razão humana, isto é, a concepção dos indivíduos como seres absolutos, não subordinados a nenhuma outra vontade superior⁷.

Por princípio da autonomia da vontade, DINIZ entende ser:

o poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. O princípio envolve, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato, limitado pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos.⁸

Do princípio da autonomia da vontade desdobram-se dois subprincípios, segundo RODRIGUES⁹: (i) princípio da liberdade de contratar ou não contratar; (ii) princípio da liberdade de contratar aquilo que entender. Extrai-se, assim, que: a) os indivíduos são livres para contratar ou não contratar; b) é nulo o contrato ausente de consentimento; c) o conteúdo do contrato poderá ser livremente eleito pelas partes; d) os contratantes podem eleger lei aplicável à relação, na hipótese de conflito interespaial; e) o contrato é inatingível, a menos que por vontade das partes e

⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil - Fontes das Obrigações: Contratos**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. p. 22

⁷ *ibidem*, p.15.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18.ed., v.3. São Paulo: Saraiva, 2003, pág. 68.

⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações de Vontade**, 28ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3.

passa a integrar o ordenamento jurídico, podendo uma das partes recorrer ao Estado para que este intervenha na execução do mesmo e g) o juiz, ao aplicar o contrato, deverá observar a vontade comum das partes.

Desta forma, o papel do juiz diante desta vontade soberana ficaria limitado a assegurar o cumprimento do que foi eleito pelas partes, manifestando-se, unicamente, diante da existência de qualquer vulneração às regras de ordem pública ou vício de consentimento, os quais estão previstos no capítulo IV do Código Civil, representados pelo erro, dolo e fraude.

Grande hiato do ordenamento jurídico, porém, é a definição de ordem pública. Não se trata de elemento de fácil ou única conceituação, possuindo um sentido para cada ocorrência. Nas palavras de MORANDIÈRE¹⁰, “trata-se de um desses conceitos que a doutrina se serve a cada instante no direito privado, mas cuja análise não ousa aprofundar, com receio da incerteza a que seria conduzida”. Nem mesmo os tribunais foram capazes de delimitar este conceito, contudo, consideram de ordem pública, *prima facie*, toda norma relacionada a direitos constitucionais, normas administrativas, processuais, penais, de organização judiciária, fiscais, as de polícia, as que protegem incapazes, as que tratam da organização da família, as que estabelecem condições e formalidades para certos atos e as de organização econômica¹¹.

Conclui-se, então, que o princípio da autonomia da vontade, com suas raízes no liberalismo, em especial no século XIX, coloca em primeiro plano a intenção do indivíduo e dá a ele a autoridade sobre suas decisões, afastando toda e qualquer crença ou dogma, porém, sua aplicação ficará restrita ao que não se considerar como ordem pública e diante da ausência de fixação de conceito para este limite, o princípio será validamente aplicado sempre que não afetar direito indisponível, normas relativas à estrutura do Estado e àquelas que expressamente foram consideradas como normas de efeito cogente, ou seja, inafastáveis.

¹⁰ Julliot de La Morandière *apud* RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações de Vontade**, 28ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 16.

¹¹ Vide SEC n°802, STJ

2.1.2 Boa-fé Contratual

Consagrado como uma das grandes modificações do Código Civil, o princípio da boa-fé pode ser considerado como um dos pilares da relação negocial. O ordenamento anterior tratava da boa-fé em artigos dispersos e na forma subjetiva, ou seja, mantinha relação direta com a pessoa que ignorava um vício relacionado a outro indivíduo, bem ou negócio, o que não ocorre nos artigos 113¹² e 422¹³ do Código atual, que trata da boa-fé na forma objetiva e a eleva ao patamar de obrigação.

Embora estes dispositivos tratem da boa-fé na sua forma objetiva, não há como se desvincular a forma subjetiva, pois uma boa atuação presume uma boa intenção, conforme explica NORONHA:

mais do que duas concepções de boa-fé, existem duas boas-fés, ambas jurídicas, uma subjetiva e outra objetiva. A primeira, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito, a segunda a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como ele deve agir. Num caso, está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, outra boa-fé princípio.¹⁴

A boa-fé objetiva como se vê hoje, não é criação deste Código, foi no direito romano que se cogitou esta forma principalmente nas relações negociais e contratuais, sendo reconhecida a importância dos pactos adjetos aos atos de boa-fé. Como descrevem CORREIA e SCIASCIA:

os pactos acrescentados aos atos de boa-fé tiveram uma função de grande importância no desenvolvimento do sistema contratual, pois contribuíram fortemente para a erosão do antigo princípio do direito civil que não reconhecia nenhuma eficácia ao pacto puro e simples, despido de formalidades. [...] O reconhecimento de tais pactos não foi absoluto, a não ser no respeito às convenções limitativas do conteúdo da obrigação principal, exigindo-se em qualquer outro caso

¹² Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹³ Artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

¹⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, pág. 132

fôsse ela de boa fé e que o pacto acessório se acrescentasse desde o momento em que tal contrato se perfez¹⁵.

Outros ordenamentos também consagram o princípio da boa-fé como um princípio geral de direito das obrigações. O BGB Alemão no parágrafo 242¹⁶ estipula que o devedor está obrigado a cumprir a prestação de acordo com os requisitos da fidelidade e boa-fé, levando em consideração os usos e costumes. O Código Civil Italiano no artigo 1.175¹⁷ prevê que tanto o credor quanto o devedor devem agir segundo a regra de correção, também no artigo 1.337¹⁸ estabelece que as partes devem atuar tanto nas tratativas quanto na formação do contrato dentro dos limites da boa-fé.

No Brasil, a primeira previsão expressa do princípio da boa-fé objetiva foi no artigo 131, I, do Código Comercial, o qual estabelecia que: “A inteligência simples e adequada que for mais conforme a boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”. Tal dispositivo foi posteriormente revogado pelo Código Civil atual, passando a valer o que ali está disposto com relação à boa-fé.

O que esses dispositivos todos têm em comum é o fato de não definirem, em termos práticos, o que seria agir conforme os preceitos da boa-fé.

GOMES entende que:

ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocos. Numa palavra, devem proceder com a boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato, a tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesse, mas é certo que a conduta tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir que dificulte uma parte a ação de outra.¹⁹

¹⁵ CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano, **Manual de Direito Romano**. Estado da Guanabara: Série “Cadernos Didáticos”, 5ª Edição, 1969, p. 208.

¹⁶ § 242 O devedor é obrigado a cumprir a prestação, em conformidade com os princípios da fidelidade e boa-fé, tendo em consideração os usos e costumes do negócio.

¹⁷ Art. 1.175 O devedor e o credor devem comportar-se de acordo com as regras da correção.

¹⁸ Art. 1.337 AS partes, durante a negociação e a formação do contrato, agir segundo a boa fé

¹⁹ ibidem, p 42.

Embora não haja definição tipificada, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o que configuraria um ato praticado com boa-fé, conforme definição dada pela ministra Nancy Andrighi: “A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escoreita e leal”.²⁰

Desta forma, a boa-fé pode ser vista como cláusula geral presente em todos os negócios e contratos celebrados. Quanto ao sistema de cláusulas gerais entendem Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery que:

Há verdadeira interação entre as cláusulas gerais, os princípios gerais do direito, os conceitos legais indeterminados e os conceitos determinados pela função. A solução dos problemas reclama a atuação conjunta desse arsenal.²¹

A cláusula geral de boa-fé traz aos contratos e aos negócios jurídicos deveres anexos para as partes: (i) de comportarem-se com a mais estrita lealdade, (ii) de agirem com probidade e (iii) de informarem o outro contratante sobre todo o seu conteúdo. Nesse plano, a colaboração está presente de forma inequívoca, inclusive, o enunciado número 24 do Conselho Superior da Justiça Federal, prevê que o desrespeito desses deveres anexos gera a violação positiva do contrato, espécie de inadimplemento a imputar responsabilidade contratual objetiva àquele que viola um desses direitos.²²

Por último, pelos artigos 112²³ e 113²⁴ do Código Civil percebe-se uma relativização daquilo que as partes fizeram constar no contrato. Eventualmente, interpretando-se os negócios de acordo com a cláusula geral da boa-fé, buscando muitas vezes o que as partes quiseram ou pretendiam com o negócio –, e não necessariamente o que escreveram, isso porque o artigo 113 traz “a função

²⁰ REsp 803481, Terceira Turma do STJ, Ministra Nancy Andrighi, DJ em 01.08.07

²¹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil Anotado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 2003, p. 141.

²² Enunciado 24 – “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. In <http://bdjur.stj.gov.br>, acessado em 23.11.2009.

²³ Artigo 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

²⁴ Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

interpretativa da boa-fé, que deverá nortear os destinatários do negócio jurídico, visando conferir o real significado que as partes lhe atribuíram, procedendo com lisura, ou, na hipótese de cláusulas ambíguas, conferir preferência ao significado que a boa-fé aponte como mais razoável”.²⁵

2.1.3 Função Social do Contrato

A função social do contrato, no Estado Liberal, tinha como papel possibilitar equilíbrio formal e a autonomia da vontade, pois o interesse individual era tido como um valor supremo, apenas limitado pela ordem pública ou dos bons costumes, não cabendo ao Estado e ao Direito fazer considerações sobre o ideal de justiça social.²⁶

Por outro lado, esta concepção de contrato não se mostrava compatível com os ideais do Estado Social, posto que este propõe que o interesse social deve prevalecer sobre o interesse individual, uma vez que o Estado Social tem o propósito de compatibilizar, em um único sistema, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral. Nesse aspecto, por exemplo, percebe-se que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo 170, expressamente estabelece que a livre iniciativa está submetida à primazia da justiça social.

Em verdade, se a Carta Magna, de forma explícita, condiciona que a livre iniciativa deve ser exercida de acordo com o princípio da função social da propriedade, e, uma vez entendida a propriedade como um reflexo da atividade econômica, não é desarrazoado entender que o contrato também está afetado pela cláusula da função social da propriedade, pois o contrato pode ser visto como um instrumento de circulação da riqueza.

²⁵ LOTUFO, Renan. **Comentários ao Novo Código Civil**. Volume I. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 315.

²⁶ NETO, João Hora. **O Princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002.**, in <http://bdjur.stj.gov.br>, acessado em 20.09.2009.

Dispõe o artigo 421 do Código Civil “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O que o princípio da função social do contrato estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do artigo 187, comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O que se busca, então, é a realização de um contrato que detenha a função social, ou seja, de um contrato que além de desenvolver uma função de circulação das riquezas, também realize um papel social atento à dignidade da pessoa humana e à minimização das desigualdades culturais e materiais, consoante os valores e princípios constitucionais.

2.2 DO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO CONTRATUAL

Define o dicionário Caldas Aulete²⁷ que inadimplemento é o ato pelo qual uma das partes atua com “falta de observância a um contrato, parcial ou integralmente”. Desta forma, inadimplir sempre envolverá a inexecução de uma obrigação ou parcela dela e a parte ao descumprir com o dever principal da obrigação, descumpriu também os deveres conexos como, por exemplo, a observância dos princípios acima estudados.

2.2.1 Da mora

Mora, como define Agostinho Alvim, “manifesta-se por um retardamento, embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a

²⁷ Dicionário Digital Caldas Aulete in <http://www.auletedigital.com.br/>

imperfeição no cumprimento da obrigação”²⁸ (“tempo”, “lugar”, “forma”, conforme artigo 394 do Código Civil²⁹).

VENOSA conceitua a mora como sendo “o retardamento culposo no cumprimento da obrigação, quando se trata de mora do devedor. Na mora solvendi, a culpa é essencial. A mora do credor, accipiendi, é simples fato ou ato e independe de culpa”.³⁰

Distingue-se a mora do mero retardamento, pela culpa que se faz presente apenas na primeira. Embora o simples retardamento possa provocar determinados efeitos jurídicos, é à mora que se refere o artigo 394 do CC.

Quando umas das partes atrasa o cumprimento da obrigação, há mora provisoriamente admitida, que será, em um segundo momento, investigada a fim de que se apure se houve culpa do devedor ou não. Nas palavras de ALVIM, “vencido o prazo, há mora presumida, pela presunção de culpa. Mas, como toda presunção é juris tantum, cede ela à prova em contrário”³¹.

A mora do devedor, também denominada *mora debitoris* estará presente nas situações em que o devedor não cumpre, por culpa sua, a prestação referente à obrigação de acordo com o que foi pactuado. O entendimento doutrinário tradicional aponta que a culpa genérica (que inclui o dolo e a culpa estrita) é indispensável para a sua caracterização³². Todavia, há posicionamento contrário, como entende MARTINS COSTA, que não vislumbra a culpa como fator necessário e indispensável para a caracterização da mora do devedor e defende que muitas vezes aquela não estará presente, havendo também o atraso obrigacional³³.

A primeira tese é a que predomina nos tribunais pátrios³⁴, sendo então, indispensável a caracterização da culpa para que seja imputada a mora ao devedor.

Existirá a mora, portanto, quando ausente o cumprimento ou quando qualquer uma das formas de adimplemento da obrigação não tiver sido executada

²⁸ ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas conseqüências, pág. 16

²⁹ Artigo 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

³⁰ ibidem p. 238.

³¹ ibidem, pág. 18

³² ibidem, pág. 19

³³ COSTA, Judith Martins. **Comentários ao Novo Código Civil**. Volume V. Tomo II. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª Edição, 2003, p. 263 a 283.

³⁴ “Vide TJSP, AI 762.886-00/6

do modo como acordado, ou seja, quando o cumprimento se dá em tempo, forma ou lugar diverso daquele contratado pelas partes, sendo que para o devedor a culpa é tida como um elemento subjetivo, conforme dispõe o artigo 396 do Código Civil³⁵, enquanto que para o credor é dispensada (artigo 394, CC, “in fine”), pois ao ser exigida, se estaria prorrogando a obrigação do devedor e responsabilizando-o pela guarda do objeto da obrigação, até que apurada a culpa do credor.

O efeito principal da mora é tornar o devedor responsável pelos prejuízos que dela se originarem, conforme o artigo 395 do CC, que impõe ao devedor a recomposição das perdas e danos suportados pelo credor, podendo este, optar pela rescisão do contrato quando o cumprimento da obrigação tiver se tornado inútil, de acordo com o parágrafo único do referido artigo (“Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”).

O cumprimento da obrigação poderá tornar-se inútil quando manifestamente onerosa ao credor, a quem caberá o ônus da prova. O artigo 394 diz que o cumprimento poderá dar-se em tempo, lugar e forma diversa da contratada, o que permite entender que caberá ao juiz, decidir sobre a inutilidade da obrigação, já que se trata de matéria de fato, como discorre ALVIM:

Como em matéria de mora domina a casuística, somente ao juiz, tendo em vista o caso, é que competirá decidir se a falta argüida pelo credor é tal que a prestação se lhe tornou inútil, ou somente menos valiosa, pois, bem pode acontecer que o credor arrependido do negócio, queira prevalecer de uma imperfeição relevável, para rejeitar a prestação, o que a lei não permite.

Excetuam-se à regra prevista no artigo 396, também, as hipóteses previstas no artigo 399, que dispõe que na ocorrência de eventos de caso fortuito e força maior³⁶, o devedor responderá pela mora a menos que comprove a ausência de culpa ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada. Esses dispositivos todos excluem a obrigação porque interrompem o nexa causal entre o atraso e as perdas e danos suportados pelo credor.

³⁵ Artigo 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora

³⁶ A definição destes institutos pode ser considerada um dos pontos mais controversos na doutrina. Não compete aqui defini-los, todavia, o conceito adotado neste trabalho será trabalhado adiante, no capítulo III.

A principal consequência da mora do credor é afastar a responsabilidade do devedor, isento de dolo, pela conservação do objeto da prestação. Desse modo, havendo mora do credor, se a coisa se perder por culpa do devedor, não haverá responsabilidade do mesmo.

Além das hipóteses acima previstas, a mora do credor cria a possibilidade da consignação judicial ou extrajudicial do objeto obrigacional, nos termos do artigo 890 do Código de Processo Civil e artigos 334 e 335 do Código Civil, fazendo com que o devedor se desobrigue da guarda do objeto.

2.2.2 Do inadimplemento absoluto

Ao lado da mora, encontra-se o inadimplemento absoluto, situação na qual a obrigação não pode ser mais cumprida, sendo maiores as suas consequências. Segundo o artigo 391 do Código Civil, pelo inadimplemento do devedor respondem todos os seus bens. Este dispositivo consagra, também, o princípio da responsabilidade patrimonial, ratificando que o sistema jurídico brasileiro não admite a prisão civil por dívidas, salvo o previsto no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal.

Descumprido o contrato, o sujeito passivo da obrigação responde pelo valor correspondente ao objeto, acrescido das perdas e danos, juros compensatórios, cláusula penal, atualização monetária, custas e honorários de advogado, conforme os artigos 389 e 390 do Código Civil.

Estes dispositivos estabelecem a responsabilidade civil contratual, pela qual, descumprida a obrigação, caberá ao devedor compensar as perdas e danos sofridos pelo credor. Exceção a essa regra são as hipóteses de violação do contrato por ocorrência de eventos de caso fortuito e a força maior, assunto a ser tratado adiante.

Ocorrendo o inadimplemento absoluto, a principal consequência será a obrigação de reparar as perdas e danos tidos pelo credor, que abrangem, não só o que ele efetivamente perdeu, mas também o que deixou de lucrar. No primeiro caso, tem-se os danos emergentes e no segundo caso, os lucros cessantes, constituídos

por uma frustração de lucro. Prevê o Código Civil, ainda, que as perdas e danos só atingem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes diretos e imediatamente a eles relacionados. Por isso, não é possível a reparação de dano hipotético ou eventual.

Os artigos citados fazem menção apenas aos danos materiais. Os imateriais poderão também ser objeto de reparação, mas seu fundamento é outro, e esta contido na Constituição Federal, nos incisos V e X, do artigo 5º.

2.3 DOLO E CULPA

Verificado o inadimplemento, caberá apurar a existência de culpa ou dolo, para que haja nexos de causalidade entre o descumprimento e o dano causado. Conforme o artigo 186, do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Verifica-se que o dolo está caracterizado na ação ou omissão voluntária e a culpa, nos termos negligência e imprudência, definindo aí o centro da responsabilidade civil.

À distinção entre dolo e culpa surgiu no direito romano e foi assim mantida em boa parte dos ordenamentos. Todavia, hodiernamente, tal distinção não se faz mais necessária para fins de apuração da responsabilidade civil, o que importa verificar é a ocorrência de culpa no sentido lato, ou culpa civil, como diz VENOSA³⁷, a qual abrange não só a culpa em sentido estrito, aquela evada de negligência, imperícia ou imprudência, como também o dolo, já que, conforme dispõe o artigo 944 do Código Civil, a indenização será medida pela extensão do dano causado.

A espécie de dolo que aqui se trabalha é aquela empregada quando da inexecução do contrato e não o dolo visto como vício de vontade, presente na fase pré-contratual. Nas palavras de LOPES, “do que aqui se trata é do dolo ocorrido na inexecução da obrigação, pressupondo uma obrigação já validamente constituída, enquanto no dolo vício de vontade se cogita do expediente malicioso empregado

³⁷ VENOSA, Silvio de Salvio. **Responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2004, 4ed. pág 28.

pela outra parte contratante ou por terceiro de que pode resultar a anulabilidade do contrato”³⁸.

Entende-se por dolo, o ato pelo qual o devedor descumpre voluntária e conscientemente o contrato. Quando o devedor deixa de cumprir a prestação, seja por sua própria vontade, seja porque não lhe interesse sua execução, sem se preocupar com os prejuízos que tal atitude acarretará ao credor, ele atua com dolo.

Quanto à culpa, entende DIAS que:

a culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude”.³⁹

STOCO a define como “fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura encontram-se dois elementos: objetivo, expressado na iliciedade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável”⁴⁰.

Quanto ao grau, esta poderá ser grave, leve ou levíssima. Segundo GONÇALVES:

A culpa grave consiste em não prever o que todos prevêem, omitir os cuidados mais elementares ou descuidar da diligência mais evidente. [...] A culpa será leve quando a falta puder ser evitada com atenção ordinária. [...] A culpa levíssima é a falta só evitável com atenção extraordinária, com extremada cautela⁴¹.

Para VENOSA⁴², a culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira, aproximando-se do dolo; a culpa leve seria a infração a um dever de conduta relativa ao homem comum, situações nas quais o homem médio não violaria o dever de conduta e, por fim, culpa levíssima seria caracterizada pela falta de atenção extraordinária, aquela que somente um perito poderia ter.

Quanto às modalidades de culpa, a doutrina ainda conceitua, pra fins didáticos, que os tipos são: *culpa in eligendo* (que decorre da má escolha), *culpa in*

³⁸ Ibidem, pág. 325

³⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1954, pág. 138

⁴⁰ STOCO, RUI. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudência**, São Paulo: Revista dos Tribunais 1999, pág. 66

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV, p. 299.

⁴² Idem, **Direito Civil: Responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, pág 30

vigilando (a que resulta da falta de vigilância), *culpa in custodiendo* (a que resulta da falta de vigilância sobre a guarda), *culpa in committendo* (decorrente da imprudência); *culpa in omittendo* (decorre da omissão); *culpa in contrahendo* (que se remete a situação danosa anterior à celebração do contrato); *culpa in concreto*, *culpa in abstracto*; culpa contratual (relação obrigacional), culpa extracontratual, a culpa exclusiva e a culpa concorrente .

De todas as definições apresentadas, a de maior importância será apenas a que conceitua a culpa grave, pois esta poderá, em alguns momentos, ser equiparada ao dolo, e como será visto adiante, a atuação com dolo afasta a aplicação do limite de responsabilidade.

2.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

A palavra “responsabilidade” deriva do verbo latino *respondere*, que tem como significado os verbetes: responsabilizar-se, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou, ou do ato que praticou.

Diversas são as formas de responsabilidade, podendo limitar-se às esferas civil, penal, administrativa, ser objetiva ou subjetiva. As principais espécies de responsabilidade serão trabalhadas neste estudo, todavia, as considerações efetuadas restringem-se à esfera cível.

2.4.1 Responsabilidade Civil e Penal

A linha divisória entre a responsabilidade penal e civil está na ordem legal infringida. No primeiro caso, é violada a lei penal, norma de direito público. Já no segundo, viola-se uma norma de direito privado.

CAVALIERI FILHO⁴³ explica que a diferença entre o ilícito penal e o ilícito civil está na maior ou menor gravidade e que “o ilícito civil é um minus ou residuum em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves”.

De fato estas espécies de responsabilidade possuem ligação. Existindo condenação penal, o agente responde criminal e civilmente, conforme artigo 475-N do Código de Processo Civil. Havendo excludente de culpabilidade penal, o agente poderá, ainda assim, responder criminalmente. Desta forma, um ato ilícito pode ao mesmo tempo violar a lei penal e a civil.

2.4.2 Responsabilidade Objetiva e subjetiva

Como já dito, o Código Civil consagrou a culpa, em sentido lato, como o cerne da responsabilidade civil. Assim, a responsabilidade civil subjetiva é a regra geral que vigora no ordenamento jurídico brasileiro.

“A teoria subjetivista repousa na idéia de culpa do agente como fundamento e pressuposto da obrigação de reparar. Dessa forma, se não houver culpa, ou melhor, se não ficar demonstrada a culpa do agente, não se há de falar em responsabilidade, ficando a vítima com os prejuízos decorrentes do ato”.⁴⁴

Todavia, dada a diversidade de relações jurídicas existentes em nosso ordenamento, esse modelo de responsabilidade não se mostrou compatível com a necessidade de reparação. A responsabilidade objetiva serve de respaldo para esta deficiência, pois neste caso, independentemente da comprovação da atuação com culpa, aquele que for lesado, receberá a devida indenização. O fundamento desta espécie de responsabilidade é princípio da equidade, segundo o qual aquele que lucrar com uma situação deverá responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus, ubi commoda, ibi incommoda*).

⁴³ CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. , 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 37

⁴⁴ MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 2006, p. 154

2.4.3 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A responsabilidade contratual pode ser entendida como uma conseqüência do inadimplemento de uma obrigação contratualmente prevista, ou de seu cumprimento inadequado. Neste caso, o contratante precisará comprovar apenas o inadimplemento, não sendo necessário provar a culpa do inadimplente, já o devedor, ante o inadimplemento, deverá demonstrar a inexistência de sua culpa ou presença de qualquer excludente do dever de indenizar, como caso fortuito ou força maior.

Já a responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana está prevista no artigo 186 do Código Civil e resulta do descumprimento de lei, ou seja, da prática de um ato ilícito, visto que as partes não estão ligadas por uma relação obrigacional. Aqui, ao contrário da responsabilidade contratual, caberá à vítima o ônus de provar a culpa do agente.

Conforme sintetiza CAVALIERI FILHO:

“em suma: tanto a responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado estiver no contrato. [...] Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica⁴⁵”.

Como visto, a grande diferença entre essas duas espécies de responsabilidade é a norma infringida. Uma é baseada na própria lei, enquanto a outra tem por fundamento a violação de regra contratualmente estipulada.

⁴⁵ ibidem pág. 38

3 CLÁUSULA LIMITATIVA DE RESPONSABILIDADE

A cláusula limitativa de responsabilidade é aquela pela qual as partes declaram que terão responsabilidade pelo dano causado à outra, mas que a indenização devida alcançará apenas o valor convencionado. Segundo DIAS, “há uma transação de interesses pela qual o credor, mediante redução de preço, se dispõe a inquietar o devedor faltoso”⁴⁶.

3.1 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

São consideradas causas excludentes de responsabilidade, aquelas que impedem a realização do nexo de causalidade, caracterizadas pela culpa exclusiva da vítima, estado de necessidade, legítima defesa e/ou exercício regular de direito, fato de terceiro, caso fortuito e força maior e a espécie aqui em foco, a cláusula de não indenizar.

As excludentes serão tratadas neste capítulo porque, embora façam com que a parte deixe de ser responsável pelo dano, em virtude do rompimento do nexo causal, tais excludentes possuem identidade com as cláusulas limitativas já que de um modo ou de outro afastam a obrigação de indenizar.

3.1.1 Culpa Exclusiva da Vítima

Entende-se por culpa exclusiva da vítima, situação na qual o ato desta tornou-se imprescindível para a ocorrência do dano. O Código Civil não positivou a culpa exclusiva, todavia, trouxe dispositivo relativo à culpa concorrente, o qual estabelece que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a

⁴⁶ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**, Rio de Janeiro: Forense, 1976, pág. 97

sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Entretanto, a doutrina, baseada neste artigo considera que a culpa restrita da vítima é excludente de responsabilidade. Quando se trata de culpa concorrente, tanto o agressor quanto a vítima concorreram para a ocorrência do evento danoso e, segundo BRANDÃO⁴⁷, havendo culpas concorrentes, cada uma delas será avaliado pelo juiz, a fim de verificar em que contribuiu para a ocorrência do evento danoso, a fim de possibilitar a definição do valor do ressarcimento.

Apenas a culpa exclusiva é capaz de elidir o dever de indenizar, pois esta elimina o nexo de causalidade a culpa concorrente apenas reparte a reparação dos danos causados, cabendo, inclusive à vítima, suportar parte do prejuízo. É o que entende VENOSA, segundo o qual a culpa exclusiva “elide o dever de indenizar, porque impede o nexo causal. [...] Com a culpa exclusiva da vítima, desaparece a relação de causa e efeito entre o dano e seu causador”⁴⁸.

Portanto, em havendo fato exclusivo da vítima, não há falar em dever de indenizar, posto que não há o nexo de causalidade entre o suposto causador do dano e o dano, e, portanto, não há que se falar em aplicação da cláusula de limitação de responsabilidade.

3.1.2 Legítima Defesa, Estado de necessidade e Exercício Regular de Direito

Estas hipóteses de exclusão de responsabilidade encontram respaldo legal no artigo 188 do Código Civil, o qual dispõe que: “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido[...]”.

A legítima defesa possui no direito civil o mesmo sentido que possui no direito penal, ou seja, representa uma situação na qual o indivíduo utiliza-se dos

⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. São Paulo: LTr, 2006. p. 253

⁴⁸ Idem, **Direito Civil: Responsabilidade civil**, p. 46

meios disponíveis e necessários para afastar a agressão injusta, atual ou iminente contra si ou contra seus bens, materiais e morais.

A exclusão da responsabilidade baseada na legítima defesa atinge apenas o dano causado ao agressor, existindo dano a terceiro alheio à relação e aos seus bens, o agente deverá reparar o mesmo, podendo, posteriormente, propor ação regressiva contra o agressor.

Quanto à legítima defesa putativa, esta não afasta o dever de indenizar, pois exclui apenas a culpabilidade e não a antijuridicidade.

O estado de necessidade ocorre quando o indivíduo, na iminência de ver ofendido seu direito, ofende direito de terceiro. Todavia, enquanto o artigo 188 o considera como um excludente de responsabilidade, os artigos 929 e 930 do CC estipulam a obrigação da vítima em reparar o dano causado ao dono da coisa ou terceiro atingido pelo estado de necessidade. Tais dispositivos restringem a aplicação desta hipótese. Nas palavras de Venosa, “como se conclui, é bastante restrita a possibilidade de o ofensor, em estado de necessidade, eximir-se da indenização. A situação do estado de necessidade não opera como na legítima defesa”⁴⁹.

Por último, o exercício regular do direito ocorre quando o indivíduo pratica o ato em estrito cumprimento de um dever legal, desde que se mantenha nos limites razoáveis de tal atuação, sob pena de praticar ato ilícito, conforme dispõe o artigo 187 do Código Civil.

3.1.3 Fato de terceiro

Inicialmente é necessário aqui estabelecer que terceiro será qualquer indivíduo não relacionado com o negócio jurídico e que não possua relação de parentesco ou subordinação com qualquer das partes, pois nesta hipótese, a responsabilidade recairia sobre uma delas.

⁴⁹ Idem, **Direito Civil: Responsabilidade civil**, pág 54

Para VENOSA⁵⁰, terceiro é “alguém mais além da vítima e do causador do dano” e que “o fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexo causal”. Para o autor não se enquadram nesta situação “pessoas que tenham ligação com o agente causador, tais como filhos, empregados e prepostos”, pois nestes casos se aplica a culpa indireta.

GONÇALVES⁵¹ esclarece que há eventos em que “o responsável pelo evento” não é o “verdadeiro causador do dano, mas sim, o ato de um terceiro.”

DINIZ elucida o instituto utilizando-se como exemplo, um acidente de trânsito:

que causou dano ao autor, foi causado por um veículo dirigido por terceiro; se pedestre é atropelado pelo motorista de taxi em razão de caminhão desgovernado, que lança o automóvel sobre o transeunte. Assim sendo, se a ação do terceiro causou dano, esse terceiro será o único responsável pela composição do prejuízo⁵².

Segundo DIAS⁵³, a responsabilidade por dano de outrem é a situação na qual: “responde-se pelo prejuízo causado por procedimento de terceiro, isto é, por pessoa que não o próprio indivíduo responsabilizado, exatamente porque aquelas determinantes assimilam a pessoa do ofensor à do chamado a indenizar”.

Ensina este mesmo autor, que a origem da discussão sobre a aplicabilidade da cláusula aos atos praticados por terceiros é ligada ao direito marítimo, quando se discutia a situação do armador com relação à autonomia do capitão.

A responsabilidade por fato praticado por terceiro poderá ser afastada quando for permitida e aplicável a isenção por falta pessoal, ou seja, A somente poderá eximir-se perante B dos danos causados por C, quando A e B tiverem pactuado limite de responsabilidade entre si. No campo extracontratual tal visualização torna-se um pouco mais árdua, justamente porque nesta hipótese não há nenhum pré acordo entre as partes, devendo a limitação resultar de lei.

⁵⁰ Idem, **Responsabilidade Civil**, p. 56

⁵¹ Ibidem, p. 440

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**, v. 7, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 113

⁵³ Ibidem, p. 135

Assim como nos demais casos, a excludente somente poderá ser invocada se a culpa for exclusiva do terceiro, pois o nexo causal restará interrompido. Tendo uma das partes atuado, ainda que minimamente para a ocorrência do dano, esta responderá pela parcela correspondente.

DINIZ estabelece os requisitos necessários para que seja constatada a culpa de terceiro:

1) um nexo de causalidade [...]; 2) que o fato de terceiro não haja sido provocado pelo ofensor, pois a responsabilidade do ofensor será mantida se ele concorrer com a do terceiro [...]; 3) que o fato de terceiro seja ilícito; 4) que o acontecimento seja imprevisível e inevitável, embora não seja necessária a prova de sua absoluta irresistibilidade e imprevisibilidade⁵⁴.

Não obstante a culpa exclusiva de terceiro seja vista como um excludente, a Súmula nº 187 do Supremo Tribunal Federal estabeleceu que: *“A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”*, o que afasta sua aplicação em determinadas situações, pois mesmo com a comprovação de que quem o dano foi provocado sem que o terceiro tivesse conexão com a vítima e com o agente, responderá este pelo dano.

3.1.4 Caso Fortuito e Força Maior

Dispõe o Código Civil em seu artigo 393 que:

Artigo 393 – O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

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

⁵⁴ Ibidem, p. 116

Verifica-se, portanto, que o Código Civil considerou a força maior ou caso fortuito o acontecimento, previsível ou não, que causa danos e cujas conseqüências são inevitáveis. A doutrina não diverge muito quanto ao entendimento de que as expressões “caso fortuito” e “força maior” seriam sinônimas. Todavia, Silvio Rodrigues acrescenta que além da imprevisibilidade e da inevitabilidade, é necessário que haja ausência de culpa para que se caracterize como força maior ou caso fortuito.

A doutrina não é pacífica quanto à definição de caso fortuito e força maior, principalmente no que tange a diferenciação entre ambas, mas concordam ao afirmar que a inevitabilidade é a principal característica entre os dois e que, ocorrendo qualquer dos dois eventos não haverá a obrigação de reparar.

Segundo Pontes de Miranda:

Se o caso, casus, o que cai, ocorre sem que o homem, especialmente o devedor, tenha sido causa, diz-se caso fortuito. De ordinário, é de acontecimento natural que se trata; mas pode dar-se que seja ato de terceiro, pelo qual não responde o devedor, ou ato sem qualquer culpa do próprio devedor. [...] No definir-se a força maior, há duas teorias: a teoria objetiva, que vê força maior que, por sua natureza, é inevitável, independendo, portanto, da pessoa e da previsibilidade e atuação dela; a teoria subjetiva, que tem por força maior todo caso fortuito que não se poderia evitar com a mais apurada diligência.⁵⁵

Gagliano e Pamplona entendem que:

A característica básica da força maior é a sua inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto, por exemplo, que pode ser previsto pelos cientistas); ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distintiva na sua imprevisibilidade, segundo os parâmetros do homem médio. Nessa hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação (um atropelamento, um roubo).⁵⁶

No que diz respeito à ausência culpa, esta só poderá ser alegada se o evento de caso fortuito ou de força maior ocorrer anteriormente ao inadimplemento

⁵⁵ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**, Tomo II, págs. 264-265.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. 3: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.123

da obrigação, pois se o mesmo ocorre quando o devedor já está inadimplente, nada poderá alegar.

Novamente os contratos de transporte entram em evidência, pois quando se trata de força maior, não haverá responsabilidade, conforme o caput artigo 734 do Código Civil, que dispõe que o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

3.2 Origens

As origens históricas da limitação da responsabilidade repousam no direito romano. Diversas são as passagens deste ordenamento jurídico em que é possível encontrar alusões ao instituto, podendo citar-se o Digesto, cujo princípio da liberdade das convenções permitia o afastamento do direito comum em matéria de responsabilidade, sendo permitido recorrer ao que fora estabelecido pelas partes em detrimento dos artigos de lei. Permitia também a convenção de irresponsabilidade sobre faltas delituais, ou seja, a irresponsabilidade no tocante aos danos extracontratuais.

Neste mesmo ordenamento, desde que não adentrasse na esfera da ordem pública, a cláusula de limitação de responsabilidade era considerada lícita podendo a obrigação de indenizar o dano ser originária tanto do contrato, quanto da lei.

Frisa-se que no direito romano clássico era desconhecida a noção de culpa, respondendo o devedor pela não satisfação do crédito ou de coisa certa quando por sua ação, e sempre pela ação, causasse perecimento do objeto, sendo essa destruição o que modernamente entendemos como dolo.

Como explica DIAS⁵⁷:

excluía-se da autorização os casos de dolo e de faltas de gravidade excepcional, a ponto de interessar a ordem pública na interdição da irresponsabilidade, podendo aceitar-se a conclusão de que, em face da cláusula, não havia que indagar se a obrigação respectiva tinha origem em contrato ou na lei, se a falta geradora da responsabilidade era de ação ou de omissão: o que se investigava era somente se as partes haviam estipulado sobre dano puramente privado ou se a convenção ofendera o interesse superior da ordem pública.

Com as invasões bárbaras e o abandono das cidades durante a Idade Média, o comércio sofreu um considerável atrofamento, razão pela qual não se tem registro da aplicação do limite de responsabilidade nesse período. Todavia, seu renascimento ocorreu na transição entre a Idade Média e a Idade Moderna, quando as relações comerciais novamente se fortaleceram e a utilização deste recurso passa a responder às necessidades do processo de industrialização, de segurança na exploração das mais variadas atividades econômicas.

Conforme PRATA⁵⁸:

O desenvolvimento econômico determinou, pois, numa época em que o seguro não constituía ainda solução para ocorrer a todos os riscos empresariais que os empresários procurassem este instrumento de autoproteção que era a exclusão de responsabilidade pelos danos causados no exercício de actividades, cujos meios técnicos eram incipientes e que os homens controlavam com dificuldade.

A cláusula era utilizada, freqüentemente, nos contratos de transporte, mas aos poucos passou a ser utilizada nos contratos de trabalho, hospedaria, depósito, etc. Apenas quando o contrato de transporte passou a ser visto como um contrato de adesão é que a doutrina passou a voltar sua atenção para a cláusula de limitação de responsabilidade, e passar a discutir sua validade e eficácia, como atualmente é feito, como esclarece PRATA⁵⁹:

Efectivamente, foi esta última circunstância que mobilizou a atenção para tais cláusulas, de tal forma que, em grande medida, é

⁵⁷ Idem, **Cláusula de não-indenizar**, pág 14/15

⁵⁸ PRATA, Ana. Cláusula de Exclusão e Limitação de Responsabilidade Contratual, Coimbra: Almedina, 2005., p. 23.

⁵⁹ Ibidem, pág. 27.

impossível dissociar – originariamente e na sua evolução até hoje – a discussão acerca das convenções sobre responsabilidade daquela que se refere à problemática dos contratos de adesão ou condições gerais de contratação.

3.3 Noção

Praticado o ato ilícito ou descumprida a obrigação, como consequência, surge o dever de reparar o dano decorrente de tais atos. Todavia, a parte sujeita a efetuar a recomposição poderá invocar a cláusula de limitação de responsabilidade, a qual segundo CAVALIERI FILHO representa: “um ajuste que visa afastar as consequências normais da inexecução de uma obrigação [...]”⁶⁰.

Assim, tem se tornado cada vez mais freqüente na prática contratual brasileira, a limitação da responsabilidade das partes contratantes no intuito de reduzir os riscos do negócio e fomentar as contratações.

Embora muito se discuta da limitação da “responsabilidade”, o correto, segundo alguns autores, seria denominar o instituto de limitação da obrigação de indenizar, já que, como entende DIAS⁶¹, “a cláusula não suprime a responsabilidade, porque não pode eliminar como não se elimina o eco. O que se afasta é a obrigação derivada da responsabilidade, isto é, a reparação”. É também o entendimento de CAVALIERI FILHO:

“Alguns autores costumam denominar essa cláusula de exonerativa de responsabilidade ou, ainda, de cláusula de irresponsabilidade, mas data vênia, com impropriedade. A cláusula não exime da responsabilidade, não afasta o dever de indenizar, nem elide a obrigação; afasta, apenas, a indenização, a reparação do dano, como haveremos de ver.”⁶²

Entende VENOSA que a cláusula de não indenizar possui aplicação apenas quando a obrigação tem natureza contratual. Para o autor é a “cláusula pela qual uma das partes contratantes declara que não será responsável por danos

⁶⁰ *Idem*, pág. 528.

⁶¹ *Idem*, pág. 38.

⁶² *Idem*, **responsabilidade civil**, p. 57.

emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial⁶³”, nestes casos há a assunção do risco contratual pela vítima.

O cabimento desta cláusula em todo tipo de relação contratual não é ponto pacífico na doutrina. VENOSA⁶⁴ afirma que só a “lei pode excluir a responsabilidade” e que “esta cláusula não suprime a responsabilidade, mas suprime a indenização”.

GAGLIANO e PAMPLONA entendem que a cláusula só é aplicável “quando as partes envolvidas guardarem entre si uma relação de igualdade, de forma que a exclusão do direito à reparação, não traduza renúncia da parte economicamente mais fraca”⁶⁵.

Para FERNANDES, a cláusula precisa respeitar os limites da ordem pública, já que:

O princípio da ordem pública tem no interesse social dos contratantes, na moral coletiva e no fim econômico a razão de ser da própria cláusula. Da falta de um limite pré-estabelecido resultaria a mais ampla e danosa liberdade ao fim ético do próprio direito, com a consequência de não proibição da convenção contratual, que poderia se estender, até mesmo, em se dispensar o devedor de responder por seu dolo, erro, ignorância, coação, simulação e fraude. Ora, isso não seria possível, uma vez que esses vícios e consentimento atentam diretamente contra a ordem pública anulam o ato jurídico, sem que a vontade dos contratante possa alterar, ou modificar, o nenhum efeito que a lei atribue [*sic*] aos vícios do consentimento. Não é permitido convencionar sobre o ilícito, pelo mesmo princípio porque o direito não consente pactuar-se com o crime e a desonestidade⁶⁶.

Afirma GONÇALVES⁶⁷ que cláusula de não indenizar é o mesmo que cláusula de irresponsabilidade e lista os seguintes requisitos para a sua validade: “bilateralidade de consentimento”, “não-colisão com preceito de ordem pública”, “igualdade de posição das partes”, “inexistência de escopo de eximir o dolo ou a culpa grave do estipulante” e a “ausência de intenção de afastar a obrigação inerente à função”.

⁶³ Idem, **responsabilidade civil**, p. 58

⁶⁴ Idem, **Direito Civil: responsabilidade civil**, p. 59

⁶⁵ Ibidem, p. 133

⁶⁶ FERNANDES, Aducto. Cláusula de não responsabilidade, Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1943, p. 183.

⁶⁷ Vide: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. 6: responsabilidade civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 349-452

Desta forma, é necessário separar a obrigação da responsabilidade. Obrigação é o dever originário que tem por fonte a lei, o contrato ou a ordem pública. Já a responsabilidade é um dever decorrente do descumprimento da obrigação.

Como afirma CAVALIERI FILHO⁶⁸ ninguém pode deixar de ser responsável, porque a responsabilidade corresponde em ressonância automática, ao ato ou fato ilícito.

Segundo AGUIAR DIAS, a cláusula de não indenizar, em sentido lato, é resultado de um esforço doutrinário para conseguir equilibrar a reparação do dano e a iniciativa privada. Entende ele que:

“Alargando-se por essa forma o campo de aplicação da responsabilidade civil, logicamente criaria o problema, que não tardou a apresentar-se, de atender a dois interesses opostos e equivalentes: de um lado, o de proporcionar às vítimas do dano, cada vez mais numerosas, a reparação capaz de restaurar real ou idealmente o status quo desfeito pelo evento danoso; de outro, o de evitar que por demasiado empenho em ver satisfeita a primeira preocupação, se converta o mecanismo da responsabilidade civil em processo de aniquilamento da iniciativa privada, ferindo, conseqüentemente, a própria comunidade, a quem esta atividade interessa e beneficia.”⁶⁹

Para PRATA⁷⁰, a cláusula limitativa seria aquela que “tem por objecto a fixação de um quantitativo máximo indenizatório, quer pela indicação de uma soma a forfait, quer pelo estabelecimento de uma percentagem-limite dos danos ressarcíveis”.

Portanto, a cláusula limitativa poderia ser entendida como uma pré-fixação dos danos sofridos por uma das partes, situação na qual a outra oferece o ressarcimento no percentual ou valor estipulado contratualmente, como explica DIAS⁷¹ “na cláusula limitativa, o devedor, reconhecendo a falta, oferece ressarcimento, na cláusula meramente exoneratória, o que pleiteia é não ressarcir. Outra diferença, a cláusula limitativa é invocada pelo devedor, e a penal pelo credor”

⁶⁸ lb idem p. 529.

⁶⁹ lb idem, p. 19.

⁷⁰ lb idem, p. 615

⁷¹ lb idem, p. 25

3.4 Ordenamentos jurídicos estrangeiros

A cláusula de limitação de responsabilidade não é exclusividade do direito pátrio. Alguns ordenamentos já codificaram formas expressas de limitação de responsabilidade, permitindo ou proibindo-a. Deste modo, será traçado um breve panorama de como tal instituto é visto nos ordenamentos espanhol, francês e italiano, para posterior análise no ordenamento brasileiro.

3.4.1 Direito Espanhol

O direito espanhol admite apenas a existência de cláusulas que limitem a responsabilidade, afastando a aplicação das cláusulas exoneratórias de responsabilidade. Todavia, tal aplicação fica limitada às hipóteses de culpa simples, pois os artigos 1102 e 1103 do Código Civil Espanhol⁷² vedam expressamente a isenção quando se tratar de inadimplemento baseado no dolo ou na culpa grave.

Assim como no ordenamento pátrio, a culpa grave é equiparada ao dolo pelo entendimento jurisprudencial espanhol, como explica PRATA⁷³:

A jurisprudência espanhola anterior ao Código Civil admitia expressamente a equiparação da culpa grave ao dolo e essa continua a ser a orientação do Tribunal Supremo, que persiste em não admitir a convenção exoneratória sempre que a actuação do devedor seja qualificada como gravemente culposa.

⁷² *ib idem* p. 174

⁷³ *ib idem* pág. 175

3.4.2 Direito Francês

No direito Francês o que impera é o entendimento jurisprudencial já que não há previsão legislativa para o assunto. Neste sentido, os tribunais franceses atribuem plena eficácia às cláusulas de exoneração de responsabilidade, excluindo-se as hipóteses de descumprimento da obrigação baseado no dolo ou culpa grave.

Novamente como bem retrata PRATA⁷⁴:

Não obstante tal identidade de princípio, não pode, porém, desconhecer-se que, nas decisões judiciais, é identificável uma maior tolerância das cláusulas limitativas, designadamente quando o tribunal verifica que sua inserção no contrato teve uma contrapartida de vantagem contratual da redução do preço ou tarifa.

3.4.3 Direito Italiano

O Código Civil italiano admite a validade da cláusula de limitação de responsabilidade. Todavia, exclui desta permissão as hipóteses de descumprimento baseado em dolo ou culpa grave e quando tal cláusula vise atos do devedor que constituam violação de obrigações emergentes de normas de ordem pública, conforme dispõe o artigo 1.229⁷⁵ do referido diploma.

Não obstante tais exclusões, o Código exige que a cláusula deverá ser aprovada por escrito, como explica PRATA⁷⁶:

Para além dos arts. 1228 e 1229, um outro preceito do Código Civil italiano respeita às convenções exoneratórias, estabelecendo um suplementar requisito – formal este – da sua validade: o artigo 1341, que determina que, estando uma convenção deste tipo inserta em condições gerais de contratação, há-de ela ser, sob pena de nulidade, especificamente aprovada por escrito pelo aderente.

⁷⁴ ib idem pág. 190

⁷⁵ Art. 1.229. É nula qualquer estipulação que exclua ou limite a responsabilidade do devedor preventivamente, por dolo ou por culpa grave. É nula também qualquer estipulação que limite ou exonere a responsabilidade nos casos em que o fato de o devedor ou seus auxiliares constituam uma violação das obrigações decorrentes das normas de ordem pública.

⁷⁶ Ib idem pág. 204

3.5 Requisitos de validade e eficácia

A cláusula, via de regra, pode estar expressa no contrato. Todavia, poderá aparecer como ato isolado ou apartado do instrumento principal.

São requisitos de validade, segundo LAUTENSCHLEGER JR.⁷⁷:

(i) ser a cláusula mutuamente aceita pelas partes; (ii) não representar violação a normas da ordem pública brasileira (e.g. contratos de adesão com consumidores); (iii) e levar em consideração o interesse econômico do credor (e.g., redução de preços); (iv) não excluir os danos pessoais (inclusive danos morais); (v) não incluir danos causados por condutas dolosas; e (vi) não estabelecer um valor irrisório em face do valor real do dano.

A cláusula deverá ser então, aceita por ambas as partes. E não o poderia ser de outra forma, já que um dos elementos intrínsecos do contrato é o consentimento, que compreende tanto a vontade de contratar, quanto a concordância para com as cláusulas do instrumento.

Nesse sentido, nunca há um consentimento isolado, parte a parte, justo porque sempre há um objeto jurídico, um interesse em jogo, sobre o qual as partes necessitam entrar em acordo de vontades, mediante consentimento mútuo.

Como já tratado, não há definição de ordem pública que seja satisfatória a ponto de fixar em quais hipóteses a cláusula limitativa poderia ser aplicada e em quais não poderia. Conforme LUCAS⁷⁸, ordem pública:

“É a delimitação do mínimo de utilidade social abaixo do qual a obrigação nascida de um facto não pode praticamente ser mantida como obrigação juridicamente válida. É a delimitação, fixada segundo as normas actualmente aceites, do mínimo de licitude abaixo do qual a obrigação não pode praticamente ser mantida como obrigação válida.”

Sobre o problema da ordem pública também se manifestou AGUIAR DIAS⁷⁹:

⁷⁷ LAUTENSCHLEGER JR, Nilson. **Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira: permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio empresarial?**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, Malheiros v.125, jan. 2002, p. 7-24.

⁷⁸ Lucas, Pierre Louis *Apud* PERDIGÃO, José de Azeredo. **O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade**, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 6°, nº 3 e 4, 1946, Lisboa, p. 45.

Não é exato que a sociedade se empenhe sempre e apesar de tudo na aplicação de suas leis, de todas as suas leis, mas apenas as leis que interessem à moral corrente, de cujos princípios não abre mão. As outras, não as faz a sociedade para vê-las desprezadas, o que constituiria um contra-senso. Mas, como não representam regulação daquele campo em que o sentimento ético se tona intocável, a sua significação é de mera interpretação da vontade das partes, isto é, estabelecidas para o caso de silenciarem sobre a matéria nelas reguladas.

Não serão válidas, portanto, as cláusulas que atentarem contra as normas de ordem pública, normas cogentes as quais não podem as partes alterar ou afastar a aplicação justamente por caber a estas normas o dever de manter a estrutura da sociedade ou a política jurídica estabelecida pelo legislador, como exemplo as normas de direito constitucional, direito do consumidor e outras já mencionadas. Nota-se que o legislador sempre inovará, pois a ordem pública está atrelada aos bons costumes e estes, embora não reduzidos à norma escrita, constituem o substrato necessário para que se editem novas leis.

Quanto ao interesse econômico do credor, tal requisito deverá ser observado, pois não se pode imputar a uma das partes que suporte um ônus maior do que a vantagem econômica auferiria se a obrigação fosse adimplida. Isso ocorre porque o contrato não deve favorecer apenas um lado, já que seu principal resultado é o fomento da atividade econômica, e tal atitude violaria um dos deveres secundários do contrato que é agir com boa-fé.

Assim também o é com relação ao valor pré-estabelecido para o ressarcimento. Este não poderá ser irrisório, deverá refletir da forma mais próxima e justa possível, o dano sofrido pela parte.

Não é permitido à cláusula excluir danos pessoais já que o objeto ligado a eles consta, em sua grande maioria, do texto constitucional, como por exemplo, o direito à reparação dos danos morais, e como já dito, não se pode limitar a responsabilidade no tocante à ofensa de norma de ordem pública.

A exclusão dos danos pessoais refere-se tanto à pessoa física quanto à jurídica, pois como estipula o artigo 52 do Código Civil, será aplicado aos direitos de personalidade da pessoa jurídica, mesmo regime aplicado às pessoas físicas.

⁷⁹ *Ib idem*, pág 51.

Como explica RIBEIRO⁸⁰:

Dessas disposições resulta que, em princípio, a responsabilidade. Por actos próprios ou de representante ou auxiliares, pode ser excluída ou limitada apenas em caso de culpa leve, a menos que promane de danos causados a certos bens pessoais, ou de danos patrimoniais extracontratuais, hipóteses em que, em caso algum, as cláusulas exoneratórias ou limitativas de responsabilidade são admitidas.

Quanto ao dolo, este também não poderá ser atingido pela cláusula limitativa. Isto ocorre porque quando o agente age com dolo, pretende o resultado obtido, ou seja, quer o inadimplemento e concordar com a isenção da responsabilidade de indenizar, neste caso, seria concordar com uma expressa violação ao princípio da boa-fé e também à idéia de ordem pública.

Para CAVALIERI FILHO⁸¹:

Outra limitação da cláusula de não indenizar, mesmo no campo de sua incidência, é o dolo e a culpa grave. E isso pelas mesmas razões já expostas: tolerar a culpa grave, ou o dolo, é assegurar a impunidade às ações danosas de maior gravidade, o que contradiz a própria idéia de ordem pública.

É também o que entende DIAS⁸²:

Ainda que a convenção expressamente o admita e preveja, o dolo compromete a cláusula, porque é contrário à moral e à ordem pública estabelecer a impunidade da má-fé prevista de antemão. É repugnante, com efeito, ao senso jurídico e à regra moral admitir a impunidade do dolo, até porque o dolo previsto e por ocorre já antecede o dolo com que se convencionou, uma vez que só se má-fé, só com dolo atual, só com a intenção contemporânea de se prejudicar se pode estabelecer a imunidade para o dolo futuro.

Como acima dito, a culpa grave é equiparada à atuação com dolo, do que se extrai que a cláusula também não poderá ser invocada quando o agente atua com culpa grave, grosseira, como bem elucida DIAS⁸³:

Essa vontade reside na opção feita pelo agente entre dois procedimentos oferecidos à sua escolha. Decidindo-se pelo que vem a causar o fato danoso, incide em culpa, por lhe avaliar mal os

⁸⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais** in *Direito dos Contratos*: Estudo, Coimbra: Editora Coimbra, 2007, pág. 111.

⁸¹ *Ib idem*, pág. 532

⁸² *Ib idem*, pág. 116.

⁸³ *Idem*, **Cláusula de não indenizar**, pág 117.

efeitos. Assim, se o agente não teve oportunidade de escolher e o procedimento lhe foi imposto, contra sua vontade, não há culpa; se o tomou, não lhe pensando, ou pensando mal as conseqüências, embora estivesse em seu poder fazê-lo, mas sem as desejar, incorre em culpa; se, querendo a ação e a praticando, quer também o resultado, usando-a, pois, como meio, para chegar a esse fim, age dolosamente

São as cláusulas limitativas, portanto, sempre válidas desde que não ofendam a ordem pública e os bons costumes. As condições em que consideram estipulações lícitas são exigidas para qualquer contrato ou ato jurídico: capacidade das partes, objeto lícito, forma prescrita em lei, requisitos de solenidade, consentimento ou acordo de vontades.

4 REGIME JURÍDICO

Por regime jurídico compreende-se o conjunto de regras que disciplinam determinado instituto. Neste capítulo tratar-se-á da aplicabilidade do instituto no direito brasileiro, analisando seu regime jurídico, ou seja, a utilização da cláusula tendo como suporte jurídico as regras de direito brasileiro.

4.1 Limite de responsabilidade no Código Civil Brasileiro

Não há, no Código Civil, qualquer artigo que reconheça expressamente a validade das cláusulas de limitação do dever de indenizar. O Código Civil, porém, não as proíbe. Pelo contrário, há mais de uma hipótese em que se admite a convenção, tais como a estipulação de cláusula penal, prevista nas cláusulas 408 a 416 do Código Civil (instituto no qual as partes prefixam o valor da indenização por perdas e danos) e as arras, previstas nos artigos 417 a 420 do mesmo ordenamento (quando as partes antecipadamente estipulam a indenização por desistência do negócio).

A cláusula de limitação de responsabilidade tampouco figurou no Código Civil de 1916. Assim, a regra geral permanece sendo a do artigo 927 do Código Civil que estipula que todo dano ilicitamente causado, seja por quebra da lei ou do contrato, deve ser integralmente indenizado, medindo-se a indenização pela extensão do mesmo.

Todavia, o artigo 946 deste mesmo *codex* traz uma alternativa capaz de permitir a utilização da cláusula. Dispõe referido artigo 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”, ou seja, as partes podem fixar no contrato o valor a ser pago pela parte inadimplente, a título de indenização, não havendo, portanto, necessidade de um requerimento judicial para fixá-la. A cláusula, neste sentido, opera como um afastamento de eventual demanda judicial, e em último caso, como mecanismo de “desafogamento” do poder judiciário.

Além do argumento levantado no artigo 946 do Código Civil, como já dito, a cláusula pode ser considerada válida quando vista pelo prisma da autonomia da vontade das partes, desde que estas sejam capazes e o objeto seja lícito.

Ademais, prevê o Código Civil, em seu artigo 122 que: “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”. A cláusula limitativa de responsabilidade não priva o negócio jurídico de todo seu efeito, pois trata apenas da limitação da obrigação de indenizar e não do cumprimento da obrigação em si e também não está sujeita ao arbítrio de apenas uma das partes, já que um de seus requisitos de validade é ser aceita, expressamente, por ambas as partes.

Conclui AZEVEDO, ao ser consultado sobre a aplicabilidade no direito brasileiro da cláusula “cross-waiver of liability”, uma espécie de cláusula de limitação prevista no direito americano, que:

Diante de todo o exposto, concluímos, pois, afirmando que, em nossa opinião, a cláusula cross waiver of liability, quer no seu aspecto principal de cláusula de não indenizar, quer em seus aspectos secundários, de renúncia, promessa por fato de outrem e estipulação em favor de terceiro, nada apresenta de contrário ao direito brasileiro; é cláusula que pode ser assinada tanto pela consulente, em instrumento de cooperação com a NASA [...] quanto pelo Governo da República Federativa do Brasil em eventual acordo com outros países.⁸⁴

É também o entendimento de CAVALIERI FILHO:

A cláusula de não indenizar tem sido admitida no Brasil e em outros países, pela doutrina e jurisprudência, dentro de certos limites, com base no princípio da autonomia da vontade e na liberdade de contratar. As partes podem, por exemplo, através de cláusula contratual expressa, eximir o alienante dos riscos da evicção, consoante o artigo 449 do CÓDIGO CIVIL; podem também, atenuar o valor da indenização, estipulando no contrato que o devedor só responda por culpa grave; podem ainda, prefixar o valor da indenização, como no caso da cláusula penal compensatória, por meio da qual se evitam as dificuldades da liquidação das perdas e danos, limitando objetivamente a responsabilidade; podem, até, transferir para outrem o efetivo pagamento da indenização, através

⁸⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes - Renúncia ao direito de indenização - Promessa de fato de terceiro - Estipulação em favor de terceiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 769, p. 103-109.

do contrato de seguro, bem como transacionar sobre o quantum da indenização ou, mesmo, renunciá-la, já após a ocorrência do dano e até a fase de execução.⁸⁵

De fato, este é o entendimento jurisprudencial, conforme as seguintes ementas:

Comercial. Direito marítimo. Transporte. Clausula limitativa de Responsabilidade. Validade. Precedente da segunda seção. Recurso Desacolhido. - é válida a cláusula limitativa da responsabilidade de indenizar inserida em contrato de transporte marítimo⁸⁶.

Contrato - Transporte - Dano na mercadoria transportada - Inadequação do local para acondicionamento do produto - Responsabilidade objetiva da transportadora - Ação de indenização procedente. Intervenção de terceiros - Denúnciação à lide - Contrato de seguro - Ausência de responsabilidade da seguradora pelo dano - Existência de cláusula limitativa de cobertura - Possibilidade - Denúnciação julgada improcedente - recurso improvido.⁸⁷

Conclui-se então que, embora não admita de forma expressa, o Código Civil prevê hipóteses que fundamentam a estipulação da cláusula limitativa da responsabilidade, respeitando, claro, os requisitos de validade exigidos para qualquer negócio jurídico.

4.2 Dos diversos tipos de limitação de responsabilidade

Assim como diversos são os tipos de responsabilidade, diversas são as formas de limitação do dever de reparar os danos advindos da responsabilidade de indenizar. Serão adotados aqui apenas as formas previstas no Código Civil e aquelas aceitas pela doutrina brasileira, tais como: cláusula penal, cláusula limitativa de responsabilidade, arras e seguro de responsabilidade.

⁸⁵ *Ib idem*, pág. 530

⁸⁶ Resp 36706/ SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma do STJ, DJ em 09.12.1996, acessado em 08.11.2009, disponível em www.stj.jus.br.

⁸⁷ Apelação Cível nº. 1062059000, Relator Desembargador Antonio Marson, 21ª Câmara de Direito privado, DJ em 22.12.2005, acessado em 08.11.2009. disponível em www.tj.sp.gov.br

4.2.1 Cláusula de fixação do máximo indenizatório, ou limitativa de responsabilidade

A mais simples das formas de limitação da responsabilidade, esta cláusula pretende fixar um valor indenizatório máximo, seja pela pré-fixação da soma ou de um percentual a ser aplicado quando da realização dos danos.

Alguns doutrinadores classificam a cláusula de limitação responsabilidade como um instituto paralelo ao da cláusula de irresponsabilidade. Todavia, segundo DIAS: “na cláusula de limitação de responsabilidade, vemos reunidos quase todos os elementos da cláusula penal, ao lado dos que compõem a cláusula de irresponsabilidade, que, em última análise, é a exacerbação da cláusula de limitação”⁸⁸.

Este é também o entendimento de LAUTENSCHLEGER JR⁸⁹:

não compreendemos adequado, aqui, dar ênfase ao tratamento diferenciado entre cláusulas excludentes ou limitadores de responsabilidade, já que se encontram na própria doutrina críticas à referida divisão, vez que a limitação sempre implica, de alguma forma, exclusão de responsabilidade, o que de resto, pode ser até mesmo confirmado pela existência, no direito comparado, de tratamento idêntico às duas cláusulas, como na Itália. Na doutrina brasileira há a mesma referência à cláusula de irresponsabilidade ou exclusão como “exacerbação da cláusula de limitação.

Entende PRATA⁹⁰ que “a cláusula de irresponsabilidade no domínio contratual é prevalentemente concebida como visando, directa ou indirectamente, a exclusão para o devedor da obrigação de ressarcir danos resultantes do não cumprimento”.

Assim, não há que se confundir o afastamento da responsabilidade e do dever de indenizar. Embora sua nomenclatura, o que a cláusula limita é o dever de indenizar, como explica CAVALIEIRI FILHO⁹¹:

⁸⁸ *Ib idem*, pág. 24

⁸⁹ *Ib idem*, pág 11.

⁹⁰ *Ib idem*, pág 124.

⁹¹ *Ib idem*, pág. 529.

não se pode, conseqüentemente, confundir a causa de exclusão de responsabilidade com a cláusula de não indenizar. Aquela, repita-se, é verdadeira exoneração da obrigação de indenizar. É a própria responsabilidade, o próprio dever de responder, que por ela fica afastada. Esta, ao contrário, é condição do seu funcionamento a caracterização da responsabilidade, ficando afastada apenas a indenização ou a reparação do dano.

Nota-se que se estabelecido um limite indenizatório em quantitativo fixo, enquanto os danos estiverem abaixo do valor fixado, não haverá prejuízo para o credor, pois este será integralmente ressarcido das perdas e danos sofridos.

Inadimplido o contrato, entende PRATA⁹² que o credor deverá comprovar a materialidade das perdas e danos sofridos:

Estabelecida uma cláusula limitativa da responsabilidade deste tipo quantitativo – e diversamente do que sucede no caso da estipulação de uma pena convencional – não fica o credor dispensado dos encargos de provar a verificação dos danos, a sua extensão e sua ligação causal ao incumprimento.

Como já mencionado, a cláusula limitativa é sempre alegada pelo devedor e ao convencionarem este tipo de cláusula, as partes, de antemão, fixam a indenização a ser recebida na hipótese de inadimplemento, facilitando a negociação e afastando uma futura demanda judicial para discutir e liquidar a somatória do dano.

4.2.2 Cláusula Penal

Prevista no Código Civil, do artigos 408 a 416, a cláusula penal, também denominada multa contratual, é uma cláusula acessória em que se pretende estipular uma sanção de ressarcimento de cunho econômico, no caso de inadimplemento da obrigação principal, como forma de evitá-lo.

Como define DIAS⁹³:

A cláusula penal é uma estimativa prévia dos danos. Serve ao mesmo propósito em que se inspira a cláusula de irresponsabilidade, porque suprime a incerteza da liquidação, evitando o risco de, na apuração do prejuízo, se computarem conseqüências que estejam

⁹² *Ib idem*, pág 87.

⁹³ *Idem*, **Cláusula de não indenizar**, pág 21.

alem ou aquém das naturalmente derivadas do acontecimento prejudicial, a saber, o inadimplemento.

A cláusula penal pode ser compensatória ou moratória. Será compensatória quando referir-se ao inadimplemento total da obrigação, prevista no artigo 410 do Código Civil, situação na qual é facultado ao credor optar entre o cumprimento da obrigação ou o pagamento da pena convencionada. Já a cláusula penal moratória, prevista no artigo 411 do Código Civil, é convencionada para as hipóteses de simples atraso no cumprimento, hipótese na qual o credor poderá exigir não só o cumprimento em tempo, como também da pena cominada.

Frisa-se que o valor pré-fixado poderá ficar aquém ou além do dano causado, todavia, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 416 do Código Civil, *“ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”*. Neste caso, entende DIAS⁹⁴ que “as partes aquiesceram em que seria esse o prejuízo decorrente do inadimplemento e, senhoras de seus interesses, presumidamente acertaram o que lhes seria mais conveniente”.

Por fim, apenas a cláusula penal compensatória poderá ser entendida como limitação de responsabilidade, justamente pelo fim a que serve, ou seja, o equilíbrio jurídico de acertar, previamente, as conseqüências da responsabilidade, eliminando o arbítrio e a imprecisão em matéria de liquidação de danos.

4.2.3 Arras

As arras encontram-se definidas no Código Civil, artigo 417⁹⁵, como sendo uma espécie de garantia, representada por dinheiro ou coisa, dada por uma parte contratante à outra por ocasião da conclusão do contrato, com objetivo de

⁹⁴ Idem, **Cláusula de não indenizar**, pág. 22.

⁹⁵ Artigo 417. Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

firmar a presunção do acordo final ou, excepcionalmente, com intuito de assegurar o direito de arrependimento aos contratantes.

Segundo MONTEIRO, as arras possuem tríplice função, nestes termos: “é a confirmação do contrato, que se torna obrigatório; é a antecipação da prestação prometida pelo contratante; é a prévia determinação das perdas e danos pelo não cumprimento das obrigações⁹⁶”.

Por sua vez, DINIZ complementa afirmando que sua função primordial é provar que o contrato principal se concluiu, havendo as partes realizado um negócio jurídico, estando, por isso, vinculadas juridicamente. Nesse caso ter-se-ão as arras confirmatórias, previstas no Código Civil⁹⁷.

RODRIGUES classifica as arras em dois tipos distintos:

(...). De um lado, as arras confirmatórias, cuja finalidade é demonstrar a existência da composição final de vontades; de outro, as arras penitenciais, que almejam assegurar às partes o direito de se desdizerem mediante a perda do sinal, por quem o deu, ou a sua devolução em dobro, por quem o recebeu⁹⁸.

As arras são ditas penitenciais quando são utilizadas como pagamento de indenização pelo arrependimento e não conclusão do contrato. Esta modalidade de arras é a exceção e tem função secundária. Não havendo disposição expressa no contrato, de acordo com o Código Civil, o sinal ou arras penitenciais representa uma opção da parte inocente, que poderá preferir executar o contrato (CC, artigo 419, segunda parte) ao invés de retê-las a título de indenização.

Já as arras confirmatórias consistem, na entrega de uma soma em dinheiro ou outra coisa fungível, feita por uma parte à outra, em sinal de firmeza do contrato e como garantia de que será cumprido, visando impedir, assim, o arrependimento de qualquer das partes, tendo, portanto, triplo objetivo: a) confirmar o contrato, tornando-o obrigatório e fazendo-o lei entre as partes, b) antecipar o pagamento do preço de sorte que o seu quantum será imputado no preço convencionado, conforme o artigo 417, in fine, do Código Civil, segundo o qual,

⁹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. vol. 5 ed. 28, p. 40.

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Prático e Teórico dos Contratos**. São Paulo: Saraiva. vol. 1, ed. 4, p. 138)

⁹⁸ *ibidem*, p. 83

quando o contrato concluído for executado, deverá ser computado na prestação devida, se do mesmo gênero da principal, ou restituída se não o for e c) determinar, previamente, as perdas e danos pelo não-cumprimento das obrigações a que tem direito a parte contratante que não deu causa ao inadimplemento.

As arras confirmatórias não são incompatíveis com a indenização do dano. Preceitua o artigo 418 do Código Civil que: "Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for por quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado", e, no artigo 419, que: "A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização".

Desta forma, percebe-se que as arras podem funcionar como uma limitação da responsabilidade, pois fixam previamente qual será o quantum indenizatório a ser pago pela parte que provocar o dano, neste sentido estipula o artigo 420: "Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar".

4.2.4 Seguro de Responsabilidade

Considera-se seguro de responsabilidade o contrato pelo qual uma das partes, contra uma remuneração, assume a obrigação, face à outra, de reembolsá-la ou de pagar diretamente a terceiros, determinados valores que serão utilizados como indenização caso esta venha a ser obrigada a indenizar a outra parte, em decorrência de fatos danosos a si imputados.

Positivado no artigo 757 do Código Civil, o contrato de seguro é definido como: *“Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”*.

DIAS⁹⁹ atribui a seguinte definição para o seguro de responsabilidade:

“[...] consiste no contrato em virtude do qual, mediante prêmio ou prêmios estipulados, o segurador garante ao segurado o pagamento da indenização que porventura lhe seja imposta com base em fato que acarreta sua obrigação de reparar o dano.”

O seguro de responsabilidade pode ser considerado uma forma de limitação, porque, segundo PRATA¹⁰⁰:

Três fatores contribuíram decisivamente para a aproximação realizada entre as convenções exoneratórias e o seguro de responsabilidade civil: a) de um lado, a identidade funcional dos dois tipos de negócios, do ponto de vista do devedor; realizando um contrato de seguro da sua responsabilidade eventual face ao credor [...] o objectivo do devedor é o mesmo: o de se liberar do encargo indenizatório [...]; b) de outro lado a identidade ou grande semelhança de efeitos para o devedor dos dois negócios, o que constitui uma consequência do elemento de aproximação anteriormente indicado [...]; c) finalmente, a história controversa sobre as condições de admissibilidade de ambas as figuras [...] já que representam dois instrumentos de solução do mesmo tipo de necessidade.

Trata-se, portanto, de instituto pelo qual uma das partes se obriga a contratar e suportar o encargo de um seguro de responsabilidade em face dos danos que possam, eventualmente, ser causados à outra parte. Assim, o principal efeito do seguro de responsabilidade é liberar o devedor da obrigação de indenizar.

⁹⁹ Idem, **Da responsabilidade civil**, p. 804.

¹⁰⁰ Ib idem, pág. 168.

4.3 Dos danos pessoais

Como já dito anteriormente, a reparação dos danos morais não poderá ser afastada pela existência de pacto limitativo de responsabilidade.

Os direitos morais, em sua grande maioria previstos no artigo 5º. da Constituição Federal, compreendem, de forma exemplificativa, o direito à vida, à integridade moral e física, a intimidade, sigilo de correspondência, etc. Permitir a não reparação das lesões causadas a estes direitos seria permitir uma violação expressa à ordem pública e aos bons costumes, o que afronta um dos pilares de validade da cláusula aqui em comento.

Segundo RIBEIRO:

Abrangendo embora os bens da pessoa mais relevantes, simultaneamente mais suscetíveis de serem efectuados na execução de um contrato que incorpore, a solução fica aquém da já defendida na doutrina, como princípio geral de nulidade das convenções exoneratórias respeitantes a todos os danos pessoais.¹⁰¹

Já para DIAS, o divisor de águas entre a aplicação e a não aplicação da cláusula é saber se esta abrange bens que possam ser comercializados:

Na exata definição de JOSSERAND, o problema da eficácia da cláusula de irresponsabilidade se resolve com a indagação do seu objeto. Conforme esteja ou não no comércio, determina a validade ou a nulidade da cláusula. Governa a distinção a oposição entre os danos causados às pessoas e os causados às coisas, tomadas estas no sentido de patrimônio, de efeitos comerciais, de bens pecuniários.¹⁰²

A jurisprudência pátria tem entendido, ainda, que mesmo nas esferas em que a limitação é autorizada por lei, esta não alcançará os danos pessoais, justamente porque estes estão tutelados pela Carta Magna e a ofensa a qualquer deles constitui ofensa à Constituição:

Ação de indenização. Acidente aéreo. Vôo doméstico. Morte de passageiros. Danos pessoais. Recibo de quitação. Seguro obrigatório. Danos morais.

¹⁰¹ *Ib idem* pág 112.

¹⁰² *Idem*, **Cláusula de não indenizar**, pág 225

I - O recibo de quitação de sinistro referente a seguro de risco aéreo, de natureza obrigatória, não exclui a pretensão de recebimento de indenização pelo direito comum. Precedente desta Corte.

II - A garantia de reparação do dano moral tem estatura constitucional. Assim, a aplicação de indenização tarifada prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica se refere a danos materiais, não excluindo aquela relativa a danos morais. Ademais, esta Corte também tem admitido a indenização por danos morais e afastado a limitação de tarifa prevista no Código Brasileiro do Ar, tendo em vista o disposto no Código de Defesa do Consumidor.

III - A morte do pai dos autores em acidente aéreo, quando contava apenas 37 anos de idade, causou-lhes sofrimento intenso, somando-se ainda à perda de amparo material e emocional, faltando-lhes, da parte do ente querido, carinho e orientação, sobretudo no caso dos autos. Indenização por danos morais corretamente concedido.

IV - Recurso especial não conhecido¹⁰³.

SEGURO DE VIDA - POLICIAL MILITAR MORTO EM ACIDENTE "IN itinere" - CLÁUSULA LIMITATIVA - INVALIDADE - INDENIZAÇÃO DEVIDA - SENTENÇA REFORMADA. Estabelecendo o Decreto Estadual nº 20.218/82 o que é acidente em serviço para policiais militares (artigo 1º), não tem validade alguma a cláusula da apólice que contraria tal conceito legal, de modo a excluir acidentes ocorridos "in itinere"¹⁰⁴.

Desta forma, por não serem os direitos pessoais bens considerados comercializáveis e por estarem, como dito, previstos na Constituição, estes não poderão ser afastados ou ignorados por qualquer espécie de limitação de responsabilidade.

4.4 Dos danos extracontratuais

O fato de não existir contrato que estabelece a isenção de responsabilidade, não é argumento sólido o bastante para afastar a aplicação da cláusula, já que a mesma poderá estar inserida em instrumento apartado, como bem explica DIAS¹⁰⁵:

¹⁰³ Resp 245465/ MG, Relator Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma do STJ, DJ em 20.06.2005, acessado em 15.11.2009, disponível em www.stj.jus.br.

¹⁰⁴ Apelação Cível nº 992070286301, Relator Desembargador Mendes Gomes, 35ª Câmara de Direito Privado do TJSP, DJ em 06.11.2009, acessado em 15.11.2009, disponível em WWW.tj.sp.gov.br

¹⁰⁵ Idem, **Cláusula de nao indenizar**, pág 245

Mas a opinião de quem por ausência de contrato, não pode haver convenção de irresponsabilidade é, por sua vez exagerada. Sem dúvida que não havendo contrato não pode haver cláusula quem por definição, é estipulação entre várias. Contudo, a irresponsabilidade pode ser objeto de convenção autônoma, destinada a afastar a responsabilidade extracontratual. Seria o caso, por exemplo, de estabelecer a municipalidade sua exoneração, perante a empresa concessionária de transportes, das responsabilidades legais. Estabelecida no contrato de concessão, a estipulação seria aí corpo estranho. Nada tem que ver com o contrato, até porque a responsabilidade a que se refere é, declaradamente de fundo extracontratual.

Todavia a aceitação do instituto não é pacífica entre a doutrina. MEIGNÉ¹⁰⁶ considera a cláusula inconcebível, pois a responsabilidade contratual opera entre pessoas que não têm relação contratual anterior e nem mesmo se conhecem. Já MAZEAUD ET MAZEAUD¹⁰⁷ entendem que, embora o homem não tenha capacidade para prever todos os danos que possa vir a causar e as pessoas que tais atos atingirão, ainda assim existem certos danos que o indivíduo prudente pode prever e também quais as pessoas seria ameaçadas. Como explica DIAS¹⁰⁸:

o industrial sabe, por exemplo, que sua usina pode causar certos danos. Sabe, também, quais as pessoas mais imediatamente indicadas como vítimas eventuais, entre as quais estão, em primeiro lugar, seus vizinhos. Estará muito naturalmente inclinado a concluir com eles uma convenção de irresponsabilidade.

DIAS¹⁰⁹ considera possível, também, a existência de cláusulas tácitas, situação na qual as partes são consideradas como se dando, reciprocamente, exoneração de atos culposos não intencionais. Nesta hipótese, considera o autor que são aceitas três regras: a) não pode haver cláusula expressa de exoneração se não há laço contratual entre as partes; b) as circunstâncias de fato podem estabelecer a existência de uma cláusula tácita, como por exemplo, se as partes se colocam em tal posição que indique reciprocidade de riscos; c) essa cláusula não se pode referir senão à culpa não-intencional. O autor ainda cita como exemplo, caso clássico da jurisprudência francesa no qual dois indivíduos utilizavam-se do mesmo espaço para que seus gados pastassem, sem qualquer vigilância. Entendeu a

¹⁰⁶ Op. Cit, p. 241

¹⁰⁷ Op. Cit. p. 242

¹⁰⁸ Idem, **Cláusula de não indenizar**, p. 242

¹⁰⁹ lb idem, p. 243

jurisprudência que ambos os proprietários exoneravam-se, reciprocamente, de toda responsabilidade no tangente aos acidentes da situação, com iguais possibilidades de danos para qualquer um deles.

Desta forma, não havendo esta condição de igualdade, a cláusula, sem dúvida, deverá ser expressa. No exemplo dado pelo autor, se um dos proprietários comprova que sofreu dano causado por um animal perigoso, mais feroz que os demais, poderá alegar a inexistência de isenção expressa e assim obter a reparação de seu prejuízo.

Não obstante exista a possibilidade de alegar a limitação quando da ocorrência de dano extracontratual, é necessário observar que eleita a reparação deste dano, coexistindo também a responsabilidade contratual, não poderá a parte pleitear as duas formas, como rege o princípio latino *electa una via, non datur recursus ad alteram*. Como ensina DIAS¹¹⁰ “é admissível o concurso das culpas contratual e extracontratual, a cargo da mesma pessoa, pelo mesmo fato; não é admissível, porém, o simultâneo exercício, por parte do lesado das ações contratual e aquiliana”.

4.5 Limitação da responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor

Como já explanado, a diversidade de relações comerciais existentes fez com que se tornasse necessário outro tipo de responsabilização capaz de proteger as partes de situações nas quais uma delas se encontrasse em posição demasiadamente desigual em relação à outra. Nesse contexto, surgem não só direitos de caráter coletivo, como também os direitos dos consumidores, positivados na Lei nº. 8.078/80, conhecido como Código de Defesa do Consumidor.

Dispõe o artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor que:

“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. [...].

¹¹⁰ Op.cit, pág 55

Assim, diferentemente do que se tem defendido até então, há vedação explícita a qualquer espécie de limitação da responsabilidade do fornecedor quando se tratar de relação de consumo e tal limitação não constar no contrato de forma clara e objetiva. Não bastasse a disposição legislativa, os tribunais têm afirmado com veemência, que não apenas nos contratos de adesão sob tutela do Código de Defesa do Consumidor, mas também em outras relações com pactos próprios, ser inaplicável qualquer limite de responsabilidade, como é o caso do Código Brasileiro de Aeronáutica, que estabelece limite de indenização no caso de dano causado aos passageiros e seus pertences, cuja aplicação fica reduzida diante do conteúdo do Código de Defesa do Consumidor e do entendimento jurisprudencial.

Inúmeras são as decisões do Superior Tribunal de Justiça que têm relativizado a aplicação de outros ordenamentos quando possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, sustentando que este último tem fundamento constitucional:

Responsabilidade Civil. Transportador. Limitação de Indenização. Código de Defesa do Consumidor. Convenção de Varsóvia. Editada lei específica, em atenção à Constituição (Artigo 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. Havendo antinomia, o previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível. Recurso conhecido e não provido¹¹¹.

RESPONSABILIDADE CIVIL - EXTRAVIO DE MERCADORIA - TRANSPORTE AÉREO - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS INSCULPIDOS PELO CDC - REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS CAUSADOS.

I - Os limites indenizatórios constantes da Convenção de Varsóvia não se aplicam à relações jurídicas de consumo, uma vez que, nas hipóteses como a dos autos, deverá haver, necessariamente, a reparação integral dos prejuízos sofridos.

II - Recurso Especial conhecido e provido¹¹²

RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte aéreo Internacional. Limite indenizatório. Dano moral.

1. A perda de mercadoria em transporte aéreo internacional, causada

¹¹¹ Resp 169000/ RJ, Relator Ministro Paulo Costa Leite, Terceira Turma do STJ, DJ em 14.08.2000, acessado em 15.11.2009, disponível em www.stj.jus.br.

¹¹² Resp 2578330/ SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma do STJ, DJ em 10.10.2000, acessado em 15.11.2009, disponível em www.stj.jus.br.

pela negligência da empresa, deve ser indenizada pelo seu valor real, não se aplicando a regra da indenização tarifada.

2. É possível a condenação pelo dano moral resultante da perda durante o transporte. Divergência superada. Recurso conhecido em parte, mas improvido¹¹³.

Todavia, o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor dispõe ainda, em sua parte final, que: “Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”. Segundo LAUTENSCHLEGER JR.¹¹⁴, entende-se precipuamente com a expressão em “situações justificáveis” a necessidade de limitação nos setores de risco onde a ocorrência de danos é alta e os custos envolvidos para saná-los poderia eventualmente liquidar a função social da empresa.

Percebe-se, então, que o mesmo ordenamento tanto proíbe quanto permite a existência de cláusulas que limitem a responsabilidade das partes, restringindo-a às hipóteses que envolvam pessoas jurídicas e que de alguma forma possa otimizar a atuação da empresa. É o que entende LAUTENSCHLEGER JR.¹¹⁵ :

Fato é, entretanto, que tais disposições do Código de Defesa do Consumidor reforçam a possibilidade de as cláusulas de limitação de responsabilidade serem válidas e poderem ser utilizadas como elemento de reforço de tal construção da sua validade em geral como princípios orientadores para casos que não estão sob seu âmbito de aplicação. Sob uma ótica conservadora, portanto, em benefício da segurança jurídica e da equidade nas relações jurídicas, o jurista é, ou deve ser, induzido à consideração do Código de Defesa do Consumidor na elaboração consciente de cláusulas que limitem a responsabilidade contratual.

4.6 Dos contratos de transportes

No tocante aos contratos de transporte, serão estudados detalhadamente apenas os contratos de transporte de pessoas e os contratos de transporte de coisas, o qual engloba o transporte marítimo, aéreo e terrestre.

¹¹³ Resp 173526/ SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma do STJ, DJ em 27.08.2001, acessado em 15.11.2009, disponível em www.stj.jus.br.

¹¹⁴ *Ib idem*. Pág. 17.

¹¹⁵ *Op. cit.* pág. 17

4.6.1 Dos contratos de transportes de pessoas

Previsto no artigo 730 do Código Civil, o contrato de transporte é aquele pelo qual alguém se obriga, mediante pagamento de retribuição, a transportar de um lugar para outro, coisas ou pessoas. Já o contrato de transporte exclusivamente de pessoas encontra-se no artigo 734 deste mesmo ordenamento e dispõe que será nula qualquer excludente de responsabilidade do transportador no tocante ao passageiro e seus pertences.

O transportador, sob este ponto de vista, tem o dever de incolumidade, consistente em garantir ao viajante que será conduzido com segurança suficiente para que este chegue ao destino contratado.

Assim entende DIAS, para quem:

O simples fato de se tratar de condução de pessoas, em que estão em jogo nossa saúde, nossa vida, a integridade de nossa pessoa física, que, nas próprias expressões de eminente publicista, estão acima do âmbito das convenções, não nos sendo lícito deferir a outrem o direito de nos matar, de ferir impunemente ou a pré;co reduzido, é argumento mais do que suficiente para considerar como implícita e até inerente ao contrato de transporte a cláusula de incolumidade¹¹⁶.

Já o passageiro, ao firmar o contrato de transporte, por tratar-se de contrato bilateral, oneroso, comutativo, consensual e, especialmente, de adesão, adere às cláusulas pré-estabelecidas ao adquirir o bilhete, quais sejam: ao horário de partida, ao trajeto, ao tempo de duração da viagem, às escalas e às qualidades do veículo dentre outras.

Assim, o Código Civil fixou que a responsabilidade do transportador é objetiva e que, em face deste pressuposto de incolumidade, a obrigação do transportador passa a ser de resultado, ou seja, cabe a ele levar o transportado, são e salvo, ao seu destino. O passageiro, para fazer jus à indenização, terá, apenas, de provar que essa incolumidade não foi observada, que o acidente se deu no curso do transporte e que dele originou-se o dano por si sofrido.

¹¹⁶ Idem, **Cláusula de não indenizar**, p. 227

Paralelamente ao Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, ordenamento aplicável aos contratos de transporte de pessoas, em seus artigos 3º §. 2º. e 22 parágrafo único, designou como fornecedor de serviço o transportador de pessoas, o qual deverá realizar a sua tarefa de forma eficiente e segura, sob pena de responder pelas perdas e danos que vier a causar aos usuários nas formas previstas neste mesmo ordenamento.

Desta forma, houve uma alteração no fundamento da responsabilidade que, anteriormente, baseava-se no descumprimento do dever de incolumidade e agora observa, apenas, a presença de vício ou defeito do serviço prestado, de acordo com o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Será irrelevante que o defeito ou o vício seja ou não imprevisível, sendo necessário apenas demonstrar o nexo causal e o dano, para que o fornecedor seja compelido a indenizar.

No tocante às excludentes da responsabilidade, o Código Civil prevê o caso fortuito como forma de elidir a responsabilidade do transportador. Já o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 14, § 3º, incisos I e II prevê apenas o defeito inexistente e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, a qual, para ser aceita como excludente de responsabilidade, é imprescindível que a conduta do passageiro ou do terceiro seja a causa única e determinante do evento.

Como mencionado, o artigo 734 do Código Civil descarta qualquer hipótese de exclusão de responsabilidade que não a ocorrência de caso fortuito. Desta forma, qualquer dispositivo contratual que venha a limitar ou excluir a responsabilidade do transportador quanto ao seu dever de indenizar eventual descumprimento contratual, será considerada inválida, em consonância com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Esse entendimento de DIAS:

Com essa rápida remissão à natureza da responsabilidade do transportador de pessoas, é tempo de dizer que a cláusula de irresponsabilidade, nesse terreno, não é merecedora de aceitação. Por esta conclusão se pronuncia a quase unanimidade dos autores, tanto os que defendem a cláusula de irresponsabilidade no domínio patrimonial como os que repelem em absoluto, assim da parte dos que sustentam uma como quaisquer das outras concepções a respeito da natureza da responsabilidade do transportador¹¹⁷.

¹¹⁷ *Ib idem* p. 228.

Em sintonia ao que dispõe a doutrina, se manifesta também a jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - VÔO INTERNACIONAL - ATRASO - APLICAÇÃO DO CDC.

- Se o fato ocorreu na vigência do CDC, a responsabilidade por atraso em vôo internacional afasta a limitação tarifada da Convenção de Varsóvia (CDC; Arts. 6º, VI e 14).
- O contrato de transporte constitui obrigação de resultado. Não basta que o transportador leve o transportado ao destino contratado. É necessário que o faça nos termos avençados (dia, horário, local de embarque e desembarque, acomodações, aeronave etc.).
- O Protocolo Adicional n.º 3, sem vigência no direito internacional, não se aplica no direito interno. A indenização deve ser fixada em moeda nacional (Decreto 97.505/89)¹¹⁸.

Percebe-se, então, tendo em vista o disposto no artigo 734, não há mais espaço para discussão sobre o tema. Tal dispositivo fixa, expressamente, a responsabilidade objetiva do transportador pelos danos causados às pessoas por ele transportadas, o que engloba o dever de garantir a segurança do passageiro, de modo que ocorrências que afetem o bem-estar do viajante devem ser classificadas como defeito na prestação do serviço de transporte de pessoas.

4.6.2 Dos contratos de transporte de coisas

O contrato de transporte está previsto nos artigos 743 a 756 do Código Civil. Nesta modalidade de contrato, o referido ordenamento foi expresso ao dizer que “a responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado¹¹⁹”.

Sendo assim, no tocante ao transporte de coisas, encontra-se guarida no Código Civil para a defesa da aplicação de cláusula limitativa do dever de indenizar.

¹¹⁸ Resp 151401/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma do STJ, DJ em 01.07.2004, acessado em 16.11.2009, disponível em www.stj.jus.br.

¹¹⁹ Vide artigo 750, Código Civil

No transporte marítimo, a relação comercial é confirmada através de um documento chamado Conhecimento de Embarque (em inglês Bill of Lading) cuja função principal é servir como um recibo de entrega da carga a ser embarcada, configurando, assim, um contrato de transporte entre a companhia marítima e o usuário. Este documento dispõe, também, qual legislação será aplicável e detalha todas as disposições contratuais, inclusive cláusulas que limitam a responsabilidade do transportador marítimo.

Como as regras relacionadas ao direito marítimo não são uniforme, em 1924 foram editadas as Regras de Haia, no intuito de uniformizar o transporte marítimo. O número de países signatários foi expressivo, embora, suas posteriores alterações tenham sido assinadas por todos. Todavia, o sistema baseado nas Regras de Haia e suas posteriores modificações privilegiavam os interesses dos transportadores, assim, foram elaboradas as Regras de Hamburgo, em 1978, as quais, embora tenham entrado em vigor somente em 1992 e tenham aplicação limitada, fragmentaram ainda mais as disposições legais¹²⁰.

Segundo Vieira:

A importância dessas Convenções para exportadores e importadores é óbvia, já que os Conhecimentos de Embarque, em sua cláusula principal, costumam vincular o contrato à lei do país do transportador o qual poderá ter ratificado uma das Regras analisadas. Entretanto, a submissão de um contrato de transporte celebrado no Brasil a uma lei estrangeira é considerada inadmissível pela lei brasileira, de acordo com o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil que estabelece que, para reger as obrigações, "aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem". Portanto, um Conhecimento de Embarque emitido no Brasil estará sempre sujeito à legislação brasileira, já que a nossa doutrina não admite a autonomia da vontade das partes para escolher a lei aplicável em um contrato¹²¹.

Como a legislação brasileira não veda expressamente a limitação da responsabilidade nos contratos de transporte marítimos, tanto doutrina como jurisprudência manifestam-se favoráveis à sua aplicação.

¹²⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob, LEHMEN Alessandra. **Transporte Multimodal**, in http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/Transporte_Multimodal.pdf, acessado em 15.11.2009, p. 9.

¹²¹ VIEIRIA, Guilherme Bergmann Borges. A responsabilidade do transportador e a legislação aplicável no transporte marítimo in www.direitomaritimo.kit.net/, acessado em 16.11.2009

Para DIAS: “Ao passo que no transporte terrestre a jurisprudência a [cláusula de limitação] encara com rigorosa severidade, no transporte marítimo, os tribunais franceses consideram a cláusula plenamente eficaz¹²²”.

Nesta linha segue também o Superior Tribunal de Justiça:

COMERCIAL. DIREITO MARITIMO. TRANSPORTE. CLAUSULA LIMITATIVA DE RESPONSABILIDADE. VALIDADE. PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO. RECURSO DESACOLHIDO. - E VALIDA A CLAUSULA LIMITATIVA DA RESPONSABILIDADE DE INDENIZAR INSERIDA EM CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO¹²³.

Portanto, nos contratos de transporte marítimo, a cláusula de limitação de responsabilidade será válida desde que trate apenas de transporte de cargas, pois para o transporte de pessoas aplica-se o previsto no subitem acima.

Quanto ao transporte aéreo, o entendimento é o mesmo. O Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 7.565/86, reconhece a validade da cláusula limitativa de responsabilidade, desde que não inferior os limites fixados no Capítulo I, do Título VIII da referida lei, conforme se observa no artigo 247 “é nula qualquer cláusula tendente a exonerar de responsabilidade o transportador ou a estabelecer limite de indenização inferior ao previsto neste Capítulo, mas a nulidade da cláusula não acarreta a do contrato, que continuará regido por este Código”.

Assim, conclui-se que as normas fixam limites indenizatórios para os casos de dano aos passageiros, seus pertences e danos causados no transporte de cargas. Todavia, no tocante aos passageiros e seus pertences, este limite não será vigente, pois será aplicado o Código de Defesa do Consumidor, e, em se tratando de tal hipótese, o que vigorará é a vedação presente neste ordenamento, conforme entendimento jurisprudencial consolidado¹²⁴.

¹²² Ibidem p.187,

¹²³ Resp 36706/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma do STJ, DJ em 09.12.1996, acessado em 16.11.2009, disponível em www.stj.jus.br.

¹²⁴ Vide REsp 258185, REsp 236755, REsp 262152

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A confirmação da cláusula de limitação de responsabilidade como instituto válido, eficaz e aplicável como elucida o título deste trabalho, está longe de ser tema consolidado no direito brasileiro.

Como visto, são poucos os autores que trataram do tema, sendo o assunto visto com mais vigor nos ordenamentos estrangeiros.

No direito brasileiro, embora na ausência de previsão legal expressa, há campo para o desenvolvimento deste instituto. Tal afirmação é corroborada pelo artigo 122 do Código Civil, que trata da licitude das condições não contrárias à lei, aos bons costumes e à ordem pública, sendo estes pontos, os principais pressupostos de validade de cláusula limitativa de responsabilidade.

Ademais, o Código Civil apresenta, também, o princípio da autonomia da vontade, que transfere para as partes o poder estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses. Tal liberdade envolve a criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher outra parte e de fixar o conteúdo do contrato, limitado pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos.

Assim como nos ordenamentos estrangeiros, a cláusula não poderá ser adotada quando se tratar de inadimplemento baseado em dolo ou culpa grave, pois aceitar tal isenção seria concordar com o cometimento de um ato ilícito e violação do conceito de ordem pública, o que como foi visto, impede a aplicação da cláusula limitativa.

No tocante aos danos morais, viu-se que não há como estipular limite de responsabilidade, pois estes estão, em sua grande maioria, previstos na Constituição Federal e tratam-se de normas de ordem pública, as quais não são acobertadas pelo limite de responsabilidade de indenizar.

Já na esfera extracontratual, há entendimento possibilitando a adesão a pacto que limite a responsabilidade de indenizar, todavia, como demonstrado, na ocorrência de dano, que afete tanto a esfera contratual, quanto a esfera extracontratual, não será permitido à parte lesada, requerer reparação nos dois

campos, pois ao eleger uma via, abriu-se mão da outra, como ensina o brocado latino *electa una via, non datur recursus ad alteram*.

Além da inaplicabilidade ao tratar-se de culpa grave ou dolo, entendem os doutrinadores e a jurisprudência ser também restrita a utilização na seara do direito do consumidor, sendo válida apenas quando tratar-se de hipóteses justificáveis e que equiparem consumidor e empresa, pela natureza e vulto do negócio, de forma que uma das partes não fica em evidente desvantagem econômica em relação à outra.

Quanto aos contratos de transporte, não obstante as regras inerentes ao transporte marítimo e aéreo, estas também são postas de lado quando de alguma forma se denota relação de hipossuficiência capaz de atrair a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, situação na qual o limite somente será aplicável mediante justificativa, como acima explicado. Assim, as limitações previstas nos ordenamentos específicos seriam aplicadas apenas para o transporte de cargas ou quando não aplicável o Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, respeitados os requisitos básicos de validade da cláusula, não há porque obstar sua aplicação, já que ambas as partes serão beneficiadas: o credor ao verificar que sua responsabilidade ficará diminuída, na eventualidade de inadimplemento do contrato, cobrará um preço menor, reduzindo, então, a contraprestação do devedor, sem esquecer que quando as partes fixam previamente a indenização a ser paga quando do inadimplemento, afastam de si um pleito judicial, fazendo com que a reparação do dano seja executável de pronto, sem necessidade de liquidação judicial, procedimento que levaria anos até sua consecução e faria com que as partes despendessem determinadas quantias com advogados, custas processuais, etc., as quais seriam desnecessárias se tivessem estipulado previamente a indenização devida.

6 REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas conseqüências**, São Paulo: Saraiva, 1980, 5. ed.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes - Renúncia ao direito de indenização - Promessa de fato de terceiro - Estipulação em favor de terceiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 769, p. 103-109

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, 4. Ed.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Judith Martins. **Comentários ao Novo Código Civil**. Volume V. Tomo II. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª Edição, 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1954.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 18.ed., v.3. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v.7: responsabilidade civil, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tratado Prático e Teórico dos Contratos**. São Paulo: Saraiva. vol. 1, ed. 4.

ENCINAS, Emilio Eiranova. **Código Civil Alemán Comentado**, Madri: Marcial Pons, 1998.

FRADERA, Vera Maria Jacob, LEHMEN Alessandra. **Transporte Multimodal**, in http://www.cbsq.com.br/pdf_publicacoes/Transporte_Multimodal.pdf, acessado em 15.11.2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. 3: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. **Contratos**, Rio de Janeiro: Forense, 2008, 26^a ed.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV.

LAUTENSCHLEGER JR, Nilson. **Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira: permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio empresarial?**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, Malheiros v.125, jan. 2002,

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil - Fontes das Obrigações: Contratos**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

LUCAS, Pierre Louis *Apud* PERDIGÃO, José de Azeredo. **O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade**, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 6^o, nº 3 e 4, 1946, Lisboa.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 2006.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**, Tomo II,

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. vol. 5 ed. 28.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil Anotado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2^a Edição, 2003.

NETO, João Hora. **O Princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002.**, in <http://bdjur.stj.gov.br>, acessado em 20.09.2009

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, Rio de Janeiro, Forense, 2005. volume III, 12^a edição.

PRATA, Ana. **Cláusula de Exclusão e Limitação de Responsabilidade Contratual**, Coimbra: Almedina, 2005.

PROCESSO: SEC nº. 802/US, **Relator** Ministro José Delgado. **Data de Julgamento**: 17.08.2005. **Data de Divulgação**: 19.09.2005, Site: <http://www.stj.jus.br> . Acesso em 19.10.2009.

PROCESSO: REsp nº. 803481, **Relatora**: Ministra Nancy Andrighi. **Data de Julgamento**: 28.06.07. **Data de Divulgação**: 01.08.07, Site: <http://www.stj.jus.br> . Acesso em 19.10.2009.

PROCESSO: AI nº. 762.886-00/6. **Relator:** Celso Pimentel. **Data de Julgamento:** 08.10.02. **Data de Divulgação:** 14.10.02, Site: <http://www.tj.sp.gov.br/>. Acesso em 19.10.2009.

PROCESSO: REsp nº. 36706, **Relator:** Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Data de Julgamento:** 05.11.96. **Data de Divulgação:** 09.12.96, Site: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 08.11.2009

PROCESSO: Apelação Cível nº. 1062059000 , **Relator:** Desembargador Antonio Marson **Data de Julgamento:** 05.11.96. **Data de Divulgação:** 22.12.05, Site: www.tj.sp.gov.br. Acesso em 08.11.09.

PROCESSO: REsp nº. 245465/ MG, **Relator:** Ministro Antonio de Pádua Ribeiro. **Data de Julgamento:** 24.05..09. **Data de Divulgação:** 20.06.05, Site: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 15.11.09.

PROCESSO: Apelação Cível nº 992070286301 , **Relator:** Desembargador Mendes Gomes. **Data de Julgamento:** 19.10.09. **Data de Divulgação:** 06.11.09, Site: www.tj.sp.gov.br. Acesso em 15.11.09.

PROCESSO: REsp nº. 169000/ RJ, **Relator:** Ministro Paulo Costa Leite. **Data de Julgamento:** 04.04.00. **Data de Divulgação:** 14.08.00, Site: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 15.11.09.

PROCESSO: REsp nº. 2578330/ SP. **Relator:** Ministro Waldemar Zveiter. **Data de Julgamento:** 10.10.00. **Data de Divulgação:** 05.02.01, Site: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 15.11.09.

PROCESSO: REsp nº. 173526/ SP. **Relator:** Ministro Ruy Rosado de Aguiar. **Data de Julgamento:** 22.05.01. **Data de Divulgação:** 27.08.01, Site: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 15.11.09.

PROCESSO: REsp nº. 151401/ SP. **Relator:** Ministro Humberto Gomes de Barros. **Data de Julgamento:** 17.06.04. **Data de Divulgação:** 01.07.04, Site: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 16.11.09.

PROCESSO: REsp nº. 36706/SP. **Relator:** Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Data de Julgamento:** 05.11.96. **Data de Divulgação:** 09.12.96, Site: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 16.11.09.

PROCESSO: REsp nº. 258185/SP. **Relator:** Ministro Cesar Asfor Rocha. **Data de Julgamento:** 08.05.01. **Data de Divulgação:** 15.10.01, Site: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 16.11.09.

PROCESSO: REsp nº. 236755/SP. **Relator:** Ministro Cesar Asfor Rocha. **Data de Julgamento:** 08.05.01. **Data de Divulgação:** 15.10.01, Site: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 16.11.09.

PROCESSO: REsp nº. 262152/SP. **Relator:** Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data de Julgamento: 23.11.00. Data de Divulgação: 26.08.02, Site: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 16.11.09.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais** in Direito dos Contratos: Estudo, Coimbra: Editora Coimbra, 2007

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações de Vontade**, 28ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3

SILVA, De Plácio e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, 11ª ed., 3º vol.

STOCO, RUI. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudência**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TRABUCCHI, Alberto. **Commentario breve al Codice Civile**, Padova: Cedam, 2001.

VENOSA, Silvio de Sálvio. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**, São Paulo: Atlas, 2004, 4 ed.

_____. **Responsabilidade Civil**, São Paulo: Atlas, 2004, 4ed.

VIEIRA, Guilherme Bergmann Borges. **A responsabilidade do transportador e a legislação aplicável no transporte marítimo** in www.direitomaritimo.kit.net/. Acesso em 16.11.2009.