

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

ERIKA DONIN DUTRA

**CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS
EMPRESARIAIS: EXTENSÃO E LIMITES**

Porto Alegre

2018

ERIKA DONIN DUTRA

**CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS
EMPRESARIAIS: EXTENSÃO E LIMITES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Adjunto Dr. Luis Renato Ferreira da Silva

**Porto Alegre
2018**

ERIKA DONIN DUTRA

**CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS
EMPRESARIAIS: EXTENSÃO E LIMITES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Porto Alegre, 04 de maio de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva
Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Rafael Petteffi da Silva
Universidade

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco
Universidade

Prof. Dr. Bruno Miragem
Universidade

De acordo do Mestrando: _____

AGRADECIMENTOS

“Connection. The ability to feel connected.

That’s why we struggle. That’s why we’re here.”

(Brené Brown, “The Power of Vulnerability”, TEDTalk)

Leio constantemente em agradecimentos de livros e trabalhos acadêmicos o quão solitário é o processo de desenvolvimento de um estudo. Hoje vejo que não compreendia o significado dessa solidão até vivê-la. Se é verdade que a conexão e o sentimento de pertencimento é que dão propósito e significado às nossas vidas (entendimento ao qual me filio integralmente), essa jornada – muitas vezes deserta, é verdade – não teria sentido se eu não tivesse a quem agradecer.

Agradeço, assim, à minha família, em especial, meus pais e meus avós, cuja essencialidade para a consecução de todos os meus sonhos (inclusive este) dispensa delongas.

Aos meus mestres e minhas inspirações, por seu incondicional apoio à minha vida acadêmica: Prof.^a Judith Martins-Costa, por ter sempre despendido sua amorosa atenção para me apoiar na superação dos desafios com que me defrontei ao longo da faculdade e, agora, do mestrado; seus ensinamentos, desde a época em que fui sua estagiária, continuam sendo a base das minhas reflexões e meus estudos; e meu orientador, Prof. Luis Renato Ferreira da Silva, professor e advogado que muito admiro, cujas discussões, provocações e chamadas de atenção foram sempre irrepreensíveis, contribuindo decisivamente para que eu tivesse uma visão cada vez mais clara, prática e, ao mesmo tempo, profunda das questões abordadas neste trabalho.

Pelas profícuas discussões e sempre disponibilidade, ao Jorge Cesa Ferreira da Silva, quem me abriu de forma generosa sua biblioteca pessoal para pesquisas, e à Renata C. Steiner, que realizou a leitura integral e minuciosa deste trabalho, impedindo que eu incorresse em erros grosseiros quanto às posições nele adotadas (os erros que ainda constarem

devem-se todos à minha teimosia). A ambos, pelo aprendizado diário e pela cooperação de forma crucial para que eu concluísse esta dissertação.

Às minhas amigas e aos meus amigos, que souberam respeitar meus momentos de distanciamento para execução deste trabalho, mas também identificaram as horas certas para me convencerem a descansar. Em especial – com perdão antecipado por não ter mencionado todos –, Paula Sassi, Augusta Diebold, Julia Coutinho, Maria Laura Arnt, Carolina Hahn, Sarah Didoné, Daniel Morassutti, Natália Mariani, Matheus Lima Senna e Lucas Martins. Não consigo expressar em palavras a importância que elas e eles têm na minha vida.

Aos meus amigos e amigas e contemporâneos(as) de mestrado, que enfrentaram semelhantes dificuldades, frustrações e conquistas, Emília Malacarne, Giacomo Grezzana, Rodrigo Cantali, Stephanie Goularte, Natália Inez Ióra e Frederico Mallmann. Compartilhar com eles alguns dos momentos mais difíceis desse período foi verdadeiro alento.

Aos meus colegas do escritório Souto, Correa, Cesa, Lummertz e Amaral Advogados, por terem apoiado minhas escolhas acadêmicas, compreendido e dado todo o suporte necessário para que eu me ausentasse para comparecer às aulas e, também, nos momentos finais de execução deste trabalho, em especial, Gilberto Deon Correa, Luis Felipe Spinelli, Fernanda Girardi, Rodrigo Tellechea, Diogo Fries, Raquel Stein, Vinícius Fadanelli e Rafaela Kern. Dentre eles, ainda, faço especial agradecimento à Isabelle Bueno, pela parceria de sempre e pela disponibilidade para leitura integral deste trabalho e aos queridos Gabriel Garibotti, Vitória Campos e Felipe Querol, pelo auxílio com pesquisas e busca de material.

Aos Professores Fabiano Menke e Bruno Miragem, pelas preciosas sugestões e colaboração para aprofundamento deste trabalho quando da banca de qualificação.

A todos eles, inclusive os que por deslize deixei de mencionar mas que foram também muito importantes nesse caminho, meu mais profundo e sincero agradecimento.

RESUMO

A cláusula de limitação de responsabilidade é a estipulação pela qual as partes de um contrato decidem estabelecer um limite ao efeito indenizatório da responsabilidade, seja por meio da escolha de um valor máximo, seja por meio da alteração das regras supletivas do regime legal. No Brasil, essa cláusula não possui previsão legal específica, porém, em razão de sua frequência na prática, faz-se necessário o estabelecimento de critérios para a determinação da extensão e dos limites que devem ser observados para que sejam válidas e produzam os efeitos buscados pelos contraentes. Este trabalho exclui da análise os contratos de adesão e os contratos firmados no âmbito das relações de consumo. Também, não se analisa a cláusula de afastamento integral da responsabilidade (a chamada cláusula de exoneração da responsabilidade). A fim de determinar tais critérios, partiu-se dos limites impostos à autonomia privada em geral – ordem pública e normas cogentes – e dos critérios citados pela doutrina e pela jurisprudência, específicos à cláusula limitativa, quais sejam, o dolo, a culpa grave e o inadimplemento da obrigação principal. Assim, com o objetivo de tornar cada mais clara a incidência de cada uma dessas balizas e, em especial, afastando-se a invalidade/ineficácia automática da cláusula em casos de inadimplemento da obrigação principal, buscou-se delinear como a cláusula interage com a regulação contratual de interesses e com a apuração do montante indenizatório, por meio da análise da composição da indenização.

Palavras-chave: Cláusula de limitação de responsabilidade. Contratos empresariais. Contratos paritários. Contratos. Responsabilidade contratual. Indenização.

ABSTRACT

The limitation of liability clause is the stipulation by which the parties to a contract decide to establish a limit to the indemnifying effect of liability, either by choosing a maximum amount or by changing the rules of the legal regime. In Brazil, this clause does not have specific legal provisions, but because of its frequency in practice, it is necessary to establish the criteria for determining the extent and limits that should be observed for it to be valid and produce the effects sought by the parties. This study excludes from the analysis the adhesion contracts and the contracts signed in the scope of consumer relationships. Neither the exclusion of liability clause is analyzed. In order to determine such criteria, this dissertation starts from the limits imposed on party autonomy in general – public order and cogent norms - and proceeds to the criteria mentioned by doctrine and case law, specific to the limitation clause, namely, willful misconduct and the default of the fundamental term. Thus, to clarify the incidence of each of these limits and, in particular, to remove the automatic invalidity/ineffectiveness of the clause in cases of default of the fundamental term of a contract, this work delineates how the clause interacts with the contractual regulation of interests and with the determination of the indemnity amount, through the analysis of the composition of the indemnification.

Keywords: Limitation of liability clause. Business contracts. Contracts between equal parties. Contracts. Contractual liability. Indemnity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	parágrafo
§§	parágrafos
ampl.	ampliada
Art.	artigo
Arts.	artigos
atual.	atualizada
CC	Código Civil brasileiro de 2002 (Lei 10.406/2002)
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990)
coord.	coordenador(es)
CPC	Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (Lei 13.105/201515)
Des.	Desembargador
ed.	edição
j.	julgado em
n.º	número
n.r.	nota de rodapé
org.	organizador(es)
p.	página
p. ex.	por exemplo
pp.	páginas
Rel.	Relator
rev.	revista
ss.	seguintes
STJ	Superior Tribunal de Justiça brasileiro
T.	Turma
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
Vol.	volume

SUMÁRIO

	Página
1 INTRODUÇÃO	11
2 ESTRUTURA E ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE	24
2.1 Definição, conteúdo e função da Cláusula de Limitação de Responsabilidade: a problemática	24
2.1.1 Sistematização geral da extensão e abrangência das Cláusula de Limitação de Responsabilidade	32
<i>a. Elementos do negócio jurídico</i>	35
<i>b. Ordem pública</i>	35
<i>c. Obrigação fundamental ou essencial</i>	38
<i>d. Dolo ou culpa grave</i>	40
<i>e. Bem jurídico atingido</i>	41
2.1.2 Interpretação das Cláusulas Limitativas	45
<i>a. Método sistemático: a totalidade da declaração negocial</i>	46
<i>b. Interpretação conforme a natureza da cláusula</i>	49
2.1.3 Consequências do desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento	52
2.2 A Cláusula de Limitação de Responsabilidade no quadro da bipartição da responsabilidade: responsabilidade contratual e extracontratual	56
2.2.1 A interação da Cláusula de Limitação de Responsabilidade com situações de cumulação de regimes	65
2.2.2 Possibilidade de limitação da responsabilidade extracontratual	74
3 DO REGIME DA RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS COM CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO	80
3.1 A Cláusula de Limitação de Responsabilidade: sua determinação frente a outras cláusulas acessórias e as espécies mais utilizadas na prática	80

3.1.1 Vizinhança: semelhanças e diferenças entre as principais cláusulas acessórias que refletem no montante indenizatório	80
<i>a. Cláusula de exclusão da responsabilidade</i>	80
<i>b. Cláusula penal</i>	82
<i>c. Cláusula de exclusão de obrigações típicas</i>	85
<i>d. Cláusula de danos acordados</i>	87
3.1.2 Classes de Cláusula de Limitação de Responsabilidade	89
<i>a. Limitação do montante indenizatório</i>	90
<i>b. Alteração do regime legal da responsabilidade</i>	91
<i>c. Limitação da responsabilidade por atos de auxiliares e prepostos</i>	95
3.1.3 Efeitos da Cláusula de limitação de responsabilidade perante terceiros	99
3.2 Abrangência da Cláusula de Limitação de Responsabilidade inseridas em Contratos	
Empresariais	108
3.2.1 Violação da obrigação principal: contexto do debate doutrinário	108
3.2.2 O sinalagma contratual	113
3.2.3 A obrigação fundamental	121
3.2.4 Possibilidade de limitação de indenização decorrente do inadimplemento da obrigação fundamental de acordo com a rubrica indenizatória	126
<i>a. Indenização pelo interesse positivo</i>	127
<i>(i) Obrigação de dar</i>	131
<i>(ii) Obrigação de fazer</i>	138
<i>(iii) Obrigação de não fazer</i>	142
<i>(iv) Resolução contratual por inadimplemento</i>	146
<i>b. Indenização pelo interesse negativo (responsabilidade pré-contratual e invalidade)¹⁵¹</i>	
3.2.5 Dolo na violação do contrato	154
3.2.6 Culpa grave	159
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	166
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174

1 INTRODUÇÃO

São geralmente qualificadas como cláusulas de limitação da responsabilidade aquelas estipulações que alteram o efeito indenizatório da responsabilidade, sem, contudo, afastar a responsabilidade em si pelo inadimplemento ou qualquer de suas demais implicações, como o efeito resolutorio ou a ação do credor para execução específica da obrigação.

Além delas, as cláusulas que alteram a estrutura do regime de responsabilidade conforme legalmente prescrito também podem ser consideradas cláusulas de limitação de responsabilidade. Destas, são exemplos as cláusulas que alteram a distribuição do ônus da prova, que conduzem determinados eventos à qualificação de caso fortuito ou força maior, ou que retiram do credor seu direito à ação de abatimento do preço no regime de vícios ocultos, como previsto nos Art. 441 e seguintes do Código Civil.

Embora sem regulação específica no nosso diploma civil, são amplamente admitidas no tráfego comercial, respeitadas determinadas balizas. Estas que compreendem tanto as aplicáveis de forma geral a todo e qualquer negócio jurídico, servindo como limite para a autonomia privada, como também as próprias das cláusulas limitativas ou excludentes da responsabilidade.

Historicamente, a sua primeira aparição relevante¹ se deu no âmbito das relações de transporte marítimo, no início do XIX, em que os comerciantes marítimos, sobretudo de origem inglesa, viram nas cláusulas exoneratórias de responsabilidade uma forma de proteção contra um *regime excessivamente oneroso* aos transportadores de mercadorias, passando a adotarem as chamadas *negligence-clauses*². Com o desenvolvimento do comércio e a expansão do transporte marítimo, a utilização de tais estipulações passou a ser verificada

¹ O adjetivo foi atribuído por MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, pp. 73/74.

² A respeito do que eram e do conceito das negligence-clauses: “A cláusula de negligência foi a criação dos armadores ingleses, a quem não bastavam as várias causas de exoneração previstas na common law, concretizadas, com acréscimos, na fórmula por eles inserta no conhecimento e documentos idênticos: ‘The acts of God, King’s enemies, fire and all every other damages and accidentes of the sea, rivers, and navigation of whatever nature and kind soever, during the the said voyage, always excepted’. Apesar dessas isenções, os armadores, em seguida a uma fase em que alargaram exageradamente o conceito de perigos do mar, viram-se constantemente responsabilizados, por força de natural reação, em proporção superior à margem que consideravam suportável, resultando de longa experiência a cláusula chamada de negligência, que àquelas causas acrescentava a irresponsabilidade por atos culposos, especialmente a negligência dos seus prepostos,

também em outros países de grande atividade comercial marítima, incitando o início do debate a respeito de sua validade.

Na França, em 1869, foi julgado caso constantemente referido pela doutrina especializada, no qual o advogado geral M. De Raynal, em favor da cláusula de negligência que exonerava de responsabilidade o proprietário do navio pelos danos causados às mercadorias transportadas por ato do capitão, afirmou que não há dependência do capitão do navio ao seu proprietário. E aquele, em verdade, ao assumir o comando do barco, passa a dirigir a viagem e governar a tripulação, respondendo pela segurança das pessoas e dos bens que a ele foram disponibilizadas para realizar a viagem, não obedecendo ordens do armador ou proprietário. Ele pugnou que a Corte analisasse a questão tendo em vista a interpretação dos princípios de direito comercial e de economia política e os interesses do comércio. Face a tal explanação, a Corte francesa adotou o entendimento de que as cláusulas de negligência deveriam ser consideradas válidas, afastando qualquer alegação de violação à ordem pública³.

Desse momento e então, a admissão da cláusula cláusula passou a ser reconhecida, conforme observa AGUIAR DIAS⁴, já em 1947:

Admitida atualmente sem discussão, a negligence-clause granjeou o favor unânime dos contratos de transporte marítimo, dilatando-se, de simples exoneração de

além de numerosos casos de avarias.” AGUIAR DIAS, José de. Cláusula de não-indenizar (chamada Cláusula de Irresponsabilidade). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, pp. 148/149.

³ AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não-indenizar (chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, pp. 149/150. Veja-se também o caso *Vipond v. Furness, Withy & Co.*, julgado pela Suprema Corte Canadense (Dominion Law Reports No. 35, p. 260, *Vipond v. Furness, Withy & Co.* Case. Supreme Court of Canada, December 30, 1916, disponível em: <http://beta.canlii.org/en/ca/scc/doc/1916/1916canlii588/1916canlii588.pdf>), no qual: “*The bidding effect of such a clause cannot be doubted. Vide Hals., vol. 26, p. 116, par. 197, and Fuzier-Herman, Répertoire, vbo. “Armateur”, No. 178: 178. – L’armateur peut donc, comme le commissionnaire de transport, et même a plus forte raison, stipuler l’affranchissement complet de la responsabilité des fautes du capitaine ou de l’équipage, ‘responsabilité purement civile et au second degré, en présence de laquelle subsiste la responsabilité engagée du garant direct, le capitaine.’ Cette doctrine développée pour la première fois en 1869, par M. l’avocat général de Raynal a été, depuis, consacrée par de nombreuses décisions de la Cour de Cassation, et l’on peut dire que la jurisprudence est aujourd’hui définitivement fixée en ce sens. – V. Les conclusions de M. de Royal sous. Cass. 20 janv. 1869, Messageries impériales (S. 69. 1.101, p. 69, 247, D. 69. 1.94).*” Em tradução livre: “O efeito vinculante de tal cláusula [a cláusula de negligência] não pode ser duvidado. Vide Hals. Vol. 26, p. 116, par. 197, and Fuzier-Herman, Repertório, verbete “Armador”, n.º 178: 178. – O armador pode então, como o comissário de transporte, e mesmo com mais forte razão, estipular a liberação completa da responsabilidade por culpa do capitão e da tripulação, ‘responsabilidade puramente civil e em segundo grau, na presença do qual subsiste a responsabilidade assumida pelo garante direto, o capitão’. Essa doutrina desenvolvida pela primeira vez em 1869, pelo M. advogado geral de Raynal foi, desde então, consagrada por numerosas decisões da Corte de Cassação, e nós podemos dizer que a jurisprudência é hoje definitivamente fixada neste sentido.”

⁴ AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não-indenizar (chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, pp. 150/151.

responsabilidades pelos erros náuticos do comandante, a isenção completa, capaz de abranger a barataria do capitão e os erros e atos culposos praticados na qualidade de agente comercial do proprietário. Seu efeito é, como se vê, a isenção do proprietário ou armador, fundada nas considerações de que: ‘Quanto maior é a iniciativa do preposto, menor deve ser a responsabilidade do comitente, porque o fato do preposto não pode ser considerado exclusivamente como fato pessoal do comitente’. Não é estranho à solução o argumento econômico, aliás influentíssimo na aceitação das cláusulas de responsabilidade em geral. Na verdade, para que a cláusula de negligência produza efeito, isto é, exonere de responsabilidade, é preciso, em primeiro lugar, que não haja, de parte do proprietário, qualquer ato que traduza ratificação do ato danoso praticado pelo capitão. Essa ratificação tem sido produzida: a) do silêncio do armador, quando conhece o fato e lhe é possível ressalvar, pelo protesto oportuno, a sua responsabilidade; b) do proveito auferido pelo armador do ato danoso.

Esse debate também teve forte viés de ordem econômica, de forma que, por exemplo, nos Estados Unidos – país de tradição mais contratante de transporte do que de prestadores de serviço de transporte – as primeiras decisões foram absolutamente contrárias à validade de tal cláusula, sob o fundamento de que contrariavam a ordem pública. Sabedores desse entendimento e objetivando desviar do entendimento jurisprudencial americano, os transportadores passaram a exigir a disciplina dos contratos por eles firmados pela lei do país de sua bandeira. Foi então que, em 1893, foi publicado o *Harter Act* americano, ainda em vigor, “a primeira lei destinada a travar a difusão de cláusulas de irresponsabilidade no comércio marítimo”⁵, que estabeleceu um regime de controle mais rigoroso a tais cláusulas, prevendo critérios objetivos para sua validade:

§ 1.º. Ao administrador, agente, capitão ou armador de qualquer navio que transporte mercadorias (merchandise or property) dos ou para os portos dos Estados Unidos, não é lícito inserir nos conhecimentos ou outros papeis de embarque qualquer cláusula, estipulação ou convenção pela qual se exonerem da responsabilidade das perdas ou avarias resultantes de culpa (negligence, fault or failure) no carregamento, estiva, guarda, cuidado ou entrega convenientes da mercadoria legítima a eles confiada. Todas e quaisquer palavras e cláusulas com esse intuito insertas nos conhecimentos ou nos recibos de embarque serão nulas e sem efeito.

§ 2.º. A nenhum armador, capitão, agente ou administrador de navio de transporte de mercadorias dos e para os portos dos Estados Unidos é lícito inserir em conhecimento ou papel de embarque estipulação ou convenção pela qual sejam, de qualquer forma, diminuídas, atenuadas ou elididas as obrigações, para o armador ou armadores, de empregar a necessária diligência para armar, equipar, aprovisionar e preparar convenientemente o navio, de maneira a colocá-lo em situação de fazer-se ao mar e realizar a viagem projetada ou, para o capitão,

⁵ BENATTI, Francesco. *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*. Milano, 1971, pp. 12/13. *Apud*: MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimpr. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 74, nr 148.

oficiais, agentes e empregados, de manejar, arrumar, guardar e entregar cuidadosamente a carga.

§ 3.º. Se o armador de navio que faça transporte de mercadorias do ou para os portos do Estados Unidos empregar a necessária diligência para que o navio fique, de todos os pontos de vista, em estado de fazer-se ao mar e esteja convenientemente armado, equipado e provisionado, nem o navio, nem seu armador ou armadores, agente ou afretador, responderão pelas avarias ou perdas resultantes de erros de navegação ou de condução do navio; nem esses, nem o capitão serão responsáveis pelas perdas ocasionadas pelos perigos do mar ou de outras águas navegáveis, pela força maior (acts of God), ato do inimigo, defeitos naturais, qualidade ou imperfeição da mercadoria, insuficiência da embalagem, apreensão legal ou perdas resultantes de qualquer ato ou omissão da parte do expedidor ou do dono da mercadoria, de seu agente ou representante ou, ainda, resultantes de salvamento de vidas ou mercadorias no mar ou do desvio de rota daí resultante.⁶

No Brasil, o Decreto 19.473/1930, que regulava o conhecimento de transporte, continha proibição de estipulação entre transportador e expedidor de qualquer cláusula restritiva ou modificativa da prova do recebimento da mercadoria por meio do conhecimento de frete original ou de cláusula que exonerasse o transportador da obrigação de entregar a mercadoria no lugar do destino. Contudo, essa disposição de forma nenhuma se confunde com a inadmissibilidade de cláusula excludente ou limitadora de responsabilidade, embora tenha havido discussão⁷ a esse respeito à época de sua edição.

⁶ No original: “§ 1. Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America, in Congress assembled, that it shall not be lawful for the manager, agent, master or owner of any vessel transporting merchandise or property from or between ports of the United States and foreign ports to insert in any bill of lading or shipping document any clause, covenant, or agreement, whereby it, he, or they shall be relieved from liability for loss or damage arising from negligence, fault or failure in proper loading, stowage, custody, care, or proper delivery of any and all lawful merchandise or property committed to its or their charge. Any and all words or clauses of such import inserted in bills of lading or shipping receipts shall be null and void and of no effect. § 2. That it shall not be lawful for any vessel transporting merchandise or property from or between ports of the United States of America, and foreign ports, her owner, master, agent, or manager to insert in any bill of lading or shipping document any covenant or agreement whereby the obligations of the owner or owners of the said vessel to exercise due diligence, properly equip, man, provision, and outfit said vessel, and to make said vessel seaworthy and capable of performing her intended voyage, or whereby the obligations of the master, officers, agents, or servants to carefully handle and stow her cargo, and to care for and properly deliver same, shall in any wise be lessened, weakened, or avoided. § 3. That if the owner of any vessel transporting merchandise or property to or from any port in the United States of America shall exercise due diligence to make the said vessel in all respects seaworthy and properly manned, equipped, and supplied, neither the vessel, her owner or owners, agent, or charterers, shall become or be held responsible for damage or loss resulting from faults or errors in navigation, or in the management of the said vessel, nor shall the vessel, her owner or owners, charterers, agents, or master be held liable for losses arising from dangers of the sea or other navigable waters, acts of God, or public enemies, or the inherent defect, quality, or vice of the things carried, or from insufficiency of package, or seizure under legal process, or for loss resulting from any act or omission of the shipper or owner of the goods, his agent or representative, or from saving or attempting to save life or property at sea, or from any deviation in rendering such service.”

⁷ Essa discussão foi retratada em AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não-indenizar (chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, pp. 161 e ss.

Naquele momento, o que se discutia que tais disposições consistiriam em inadmissível exclusão de responsabilidade. Contudo, em verdade, tratam-se de cláusula que excluem a própria obrigação, tornando-a não exigível pelo titular do direito. Ao excluir a própria obrigação, não se elimina apenas o remédio indenizatório, mas a impossibilidade de exigir, por qualquer forma – remédio resolutivo ou execução específica – a obrigação. Nesse caso, a entrega da mercadoria constitui obrigação principal do transportador, que não pode ser excluída pela vontade das partes, sob pena de desnaturação do próprio tipo.

A admissibilidade e validade das cláusulas de limitação e exclusão de responsabilidade no ordenamento brasileiro foi definitivamente declarada pelo Superior Tribunal de Justiça, no bojo do Recurso Especial de n.º 39.082/SP de 20 de março de 1995, sob a relatoria do Ministro Fontes de Alencar, ao tratar da referida cláusula inserida em contrato de transporte marítimo⁸. O Ministro Cláudio Santos, em seu voto, afirmou ter sido a cláusula de limitação de responsabilidade firmada entre partes iguais, objeto de ampla negociação entre elas. Segundo ele, a cláusula de limitação de responsabilidade comporia a própria economia do contrato. Essa composição estaria evidenciada pelo fato de ter sido ajustado um valor de frete menor do que seria se houvesse declarado o valor dos bens, desde que a companhia de transportes marítimos não fosse responsabilizada por valor superior a determinada quantia. No caso, portanto, entendeu-se que houve uma contrapartida no preço (não necessariamente será verificada sempre no preço) que justificou a sua inserção, afastando-se qualquer contrariedade à moral ou ao ordenamento que fundamentasse sua invalidade⁹. Após essa decisão, diversas decisões se seguiram, que também reconhecem a cláusula como exercício válido da autonomia privada, mesmo inserida em contratos diversos do de transporte marítimo, tendo também reconhecimento doutrinário (decisões judiciais e a doutrina acerca do tema serão trabalhadas ao longo do trabalho).

⁸ STJ. RESP 39.082/SP. Segunda Sessão. Rel. Min. Nilson Naves. Rel. p/ Acórdão. Min. Fontes de Alencar. J. 09/11/1994. DJ 20/03/1995. Até aquele momento, havia divergência quanto à validade da cláusula no Superior Tribunal de Justiça. Em contratos de transporte, a discordância residia sobretudo tendo em vista a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal, que afirma que “[e]m contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”. Decisão mais recente que versa sobre a validade das cláusulas limitativas do dever de indenizar inseridas em contrato de transporte marítimo, aplicáveis a situações de avarias à mercadoria transportada, tendo em vista a redução do preço do transporte, que fora acordado considerando a omissão do acordo a respeito do valor das mercadorias – citando o precedente antes tratado como um *leading case*: STJ. RESP 1.076.465/SP. Quarta Turma. Rel. Min. Marco Buzzi. J. 08/10/2013. DJe 25/11/2013.

⁹ No mesmo sentido: STJ. RESP 36.706/SP. 4ª T. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. 05/11/1996. DJ 09/12/1996.

O propósito central deste trabalho, assim, não é avaliar as cláusulas limitativas sob o ponto de vista de sua admissibilidade no direito brasileiro – já assumida como premissa –, mas destrinchar quais são os limites a elas impostos pela doutrina e pela jurisprudência, de maneira a se estabelecer dogmaticamente os critérios pelos quais as partes possam estipular tais espécies de cláusulas acessórias de forma válida e eficaz, sem serem surpreendidas no momento de sua execução.

Contudo, para que essa análise não se torne demasiadamente longa e repetitiva em relação às obras que já trataram do tema, circunscrever-se-á aos contratos empresariais amplamente negociados entre as partes e, dentre as cláusulas chamadas de “não-indenizar”, apenas as de *limitação* de responsabilidade. Isto é, estão excluídos (a.) os contratos empresariais de adesão, em que uma parte imponha¹⁰ à outra a redação de seus termos; (b.) os contratos firmados no âmbito das relações de consumo; e (c.) as cláusulas de *exoneração* de responsabilidade.

A exclusão dos contratos de adesão e dos firmados com o consumidor final não é sem razão: com a passagem da responsabilidade contratual por culpa para a responsabilidade em função do risco da atividade¹¹, e a concomitante maior utilização de contratos de adesão no

¹⁰ Refere-se à “imposição” porque é possível se encontrarem relações jurídicas em que houve “adesão” voluntária de um dos contratantes à minuta do outro, decorrente simplesmente de uma vontade das partes de não se delongarem na negociação de termos e condições, tornando a conclusão do contrato mais expedita. Na prática, embora não seja recomendável, isso ocorre com bastante frequência, especialmente por meio dos chamados “formulários”. Tal situação não significa que a parte “aderente” em tal específica hipótese estivesse desprovida de condições de negociar os termos do contrato firmado. Significa, ao contrário, que ela não *quis* negociá-los e, portanto, *quis* todos os seus termos. Ver: MACAULAY, Stewart. “Relações não contratuais nos negócios: um estudo preliminar”. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. SALAMA, Bruno M. *Pra que serve o Direito Contratual? Direito, Sociedade e Economia*. Revista DIREITO GV, v. 3, n. 1, jun. 2007. Tecendo observação semelhante: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. T. II. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 318/319, segundo a qual “*não é a ausência de negociação prévia, por si só, que torna ‘abusiva’ a cláusula, mas o caráter de imposição decorrente ou da vulnerabilidade ou da dependência econômica da contraparte. Muitas vezes a contratação por adesão, nas relações empresariais, é uma fórmula para ganhar tempo, entre contratantes que já se conhecem, negociam habitualmente, e estão concordes quanto ao conteúdo do contrato. A importância decisiva está na distinção entre a contratação por adesão e a adesão a condições gerais dos contratos, essas sim, em regras impositivas e tendo, inclusive, o caráter de ‘cláusulas surpresa’ para o aderente.*”

¹¹ Tratando da transição entre a teoria da culpa para a teoria do risco, Agostinho ALVIM afirma que, por muito tempo, a teoria da culpa teria sido (ou entendia-se que era) suficiente para resolver questões de responsabilidade de dano. Porém, com o desenvolvimento industrial e dos meios de transporte, ela demonstrou-se insuficiente, deixando as vítimas de acidentes juridicamente desamparadas quanto à justa reparação de seus danos. Isso porque, pela teoria da culpa, seria necessário demonstrar, não apenas o nexo de causalidade entre a ação do autor e o dano, como também a existência de um dever violado (este que, segundo o autor, não se confunde com a *infração da lei*). Nesse particular, ele afirma que “*essa dificuldade, de que a teoria da culpa se reveste, sempre existiu; mas a complexidade da vida moderna veio agravá-la*” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4.^a ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 306). Em vista desses fatores, a jurisprudência e os autores passaram a considerar que a própria ocorrência do

ambiente empresarial, a doutrina que tratou do tema¹² debruçou-se sobre os usos e abusos da cláusula de limitação e exclusão da responsabilidade inserida em tais contratos. O fluxo de trabalho não foi senão um corolário lógico da situação econômica, uma vez que a possibilidade de responsabilização pelos riscos aumentou consideravelmente as hipóteses em que os agentes econômicos responderiam por danos, independentemente da prova da culpa, dificultando sua defesa, ao mesmo tempo em que criava ao co-contratante um leque mais amplo de situações em que seria indenizado¹³.

fato faria presumir a culpa. A partir dessa ideia, desenvolvendo-a mais além, os autores passaram a considerar que a culpa deixaria de ser um elemento indispensável como fundamento da responsabilidade. Assim, surgiu a teoria objetiva, admitindo-se a responsabilidade de cada um pelo risco de seus atos. Ocorre que essa teoria, acaso fosse aplicada a todas as situações, causaria uma iniquidade, fazendo com que determinados agentes, que tenham atuado conforme os ditames esperados do “homem médio”, responsabilizem-se pela simples ocorrência do dano. Além disso, diversas foram as críticas a tal passagem, no âmbito de seu fundamento e sob o ponto de vista prático. Ao final, porém, ela se consolidou como a fonte do dever de indenizar daquele que exerce determinada atividade que gere risco, mantendo-se, ao lado da responsabilidade por culpa, como a regra geral de responsabilidade por atividades que implicar risco do Código Civil – conforme parágrafo único do art. 927. Em: ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 4.^a ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 306/309.

¹² PINTO MONTEIRO (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*. (1985) 2^a reimpr. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 64/75.) em diversas oportunidades em sua introdução traz o contexto da expansão da responsabilidade das empresas em razão do risco do negócio e a massificada utilização dos contratos de adesão que continham cláusulas de limitação de responsabilidade como a importância justificadora de sua tese a respeito delas, veja-se: “[n]ote-se, para concluir, que também no domínio específico da responsabilidade contratual assente na culpa, várias soluções reflectem já, como observa ANTUNES VARELA, este pendor objectivista, acentuando-se mesmo, de vários lados, a necessidade de uma severa (e mais rigorosa) apreciação dos factos exoneratórios de responsabilidade, que acaba por conduzir frequentemente a resultados muito próximos, de facto, da ideia de risco, máxime quando o devedor é uma empresa. Situação agravada ainda, neste caso, como veremos, pelo recurso generalizado a contratos de adesão, com particulares incidências na disciplina das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil (pp. 64/65). (...) A dinamização do tráfico negocial, aliada à propagação dos riscos e danos da civilização industrial, contribuiu decisivamente para a multiplicação de cláusulas tendentes a limitar, ou mesmo a excluir, a responsabilidade, sobretudo quando as modernas técnicas de produção e distribuição em massa de produtos e serviços passaram a servir-se dessa correspondente técnica negocial da empresa, os contratos de adesão.

As cláusulas de irresponsabilidade integram, com efeito, o conteúdo mais típico e relevante desses contratos, celebrados mediante a ‘adesão’ do particular às ‘condições gerais’ pré-determinadas pela empresa, constituindo essas cláusulas, pode dizer-se, o conteúdo standard dos contratos standard.

Ganharam assim, na actualidade, as cláusulas limitativas e de exclusão, uma dimensão e relevo nunca atingidos (pp. 69/70). (...) O crescimento da indústria e a utilização generalizada dos contratos de adesão acentuaram o perigo de abuso do poder económico na imposição de cláusulas injustas aos particulares; adquiriu-se consciência de que a liberdade contratual de muitos pode ser destruída pela liberdade contratual de poucos, anulando-se a justa distribuição de riscos (‘the balance of risks’) estabelecida por lei, ganha foros de cidadania o postulado da tutela do consumidor e, em geral, de protecção do contraente económica e socialmente débil; em suma, a necessidade de zelar pela realização de uma justiça materialmente fundada, no domínio contratual, e a dimensão social do direito, são factores que conduziram, na actualidade, a um juízo severo sobre cláusulas limitativa e de exclusão de responsabilidade (pp. 74/75).” Também, na nota de rodapé de n.º 129, p. 65: “Dedicaremos especial atenção ao problema da responsabilidade da empresa, rectius, ao problema da cláusula de exclusão quando o devedor é uma empresa – e particularmente ao afastamento da responsabilidade por actos de auxiliares, bem como à problemática específica dos contratos de adesão, principal veículo de difusão das cláusulas de irresponsabilidade – (...)”

¹³ Isso se mostrou sobretudo nas cláusulas inseridas nos contratos de transporte, como referido anteriormente. A discussão ganhou relevância quando essa inserção deixou de ser negociada entre partes iguais e passou a ser uma imposição da parte mais forte – o expedidor. Embora dentro de determinados limites, ela foi admitida, considerando que houve uma “contraprestação” a ela: a redução do preço das tarifas de transporte. Nesse

Não por outro motivo, sabedoras dessa nova conjuntura jurídica, as empresas passaram a adotar modelos de contratos, também chamados de formulários, estabelecendo desde logo as cláusulas para limitar o montante indenizatório ou para excluir sua responsabilidade em determinadas circunstâncias. Esse movimento chamou a atenção da doutrina, que voltou seus olhos à sua aplicação e, nesse específico contexto, iniciou seus estudos dos limites a serem respeitados pelos contratantes. PINTO MONTEIRO¹⁴, inclusive, salienta que a partir dessa circunstância, *a tendência* de sua época foi de *restringir consideravelmente, neste campo, a liberdade contratual, submetendo as cláusulas de irresponsabilidade a um apertado controle*.

Nesse sentido, optou-se por excluir da pesquisa os contratos de adesão, uma vez que os critérios usualmente apontados pela doutrina nas principais obras até então publicadas estão inseridas nesse contexto. Assim, sem que se considerem os contratos de adesão, será possível verificar se, nos contratos paritários, a sua incidência observa os mesmos ditames ou se passam a ser aplicadas de forma plena e integral, tendo em vista a vontade das partes¹⁵.

sentido, José de AGUIAR DIAS, segundo o qual: “Como era natural, transportadores e expedidores lutaram àssperamente em torno da cláusula. Venceram os segundos, por argumentos de fato que, como temos assinalado, não são peculiares à cláusula, mas possibilidades negativas de qualquer contrato, capazes de levar à invalidade as convenções de qualquer natureza. Com efeito, que dizem os adversários da cláusula? Que, antigamente, o expedidor tratava com o transportador de igual para igual. Mas a concentração de capitais transformou-o em sociedade todo poderosa, que impõe suas condições ao público, sem possibilidade, para êste, de discuti-las, com um monopólio destruidor de qualquer concorrência efetiva. Há lugar, portanto, para acreditar que a cláusula não é livremente aceita.” No parágrafo seguinte: “JOSSERAND não deixa pedra sobre pedra nessa construção. Nada nela pode modificar as conclusões estabelecidas para os contratos em geral. De uma parte, não são válidas senão para as grandes companhias, permanecendo fora de argumentação o transportador livre, muitas vezes o oprimido pelo expedidor poderoso. De outro lado, a cláusula deve figurar em tarifa homologada pela administração, cuja intervenção proporciona à parte economicamente mais fraca tôdas as garantias, especialmente a contraprestação ao sacrifício consentido, no tocante à extensão da responsabilidade, a saber, a redução de tarifas pela qual se restabeleça entre os contratantes o equilíbrio exigido pela seriedade dos contratos. Nada se opõe, em suma, à plena eficácia da cláusula, em favor da qual militam a tradição, a equidade e a lógica, tanto que diversas legislações a têm expressamente consagrado”. AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar (chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, p. 159.

¹⁴ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*. (1985) 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p. 76: “Pode adiantar-se, no entanto, que a tendência actual, como deixámos já antever, é no sentido de restringir consideravelmente, neste campo, a liberdade contratual, submetendo as cláusulas de irresponsabilidade a um apertado controlo: proíbem-se, não só em caso de dolo mas também de culpa grave; subordinam-se à mesma disciplina, quer se trate de actos próprios do devedor ou de actos dos seus auxiliares; atribuindo-se-lhes relevo especial ao fixar-se a disciplina legislativa de controlo dos contratos de adesão; por último, não se admitem, pura e simplesmente, em certas áreas, por razões de ordem pública.”

¹⁵ Não são considerados como de adesão os contratos que poderiam ter sido negociados mas não foram, por opção da parte “aderente”, conforme tratado na n.r. 10.

Além disso, não serão objeto principal do estudo as cláusulas de irresponsabilidade, também chamadas de cláusulas de exclusão da responsabilidade¹⁶. As cláusulas de exclusão de responsabilidade são as cláusulas que afastam por completo o dever de indenizar da parte inadimplente. Diferem-se das cláusulas de limitação de responsabilidade pelo seu alcance eficaz. Por serem mais extensas em seus efeitos, são também mais sensíveis em relação às limitações impostas às partes para contratá-las. Nesse sentido, tratar delas acaba se tornando tema mais recorrente, porque suas balizas são bastante mais evidentes do que em relação à cláusula de limitação de responsabilidade. É a falta de estudo aprofundado e com foco apenas na cláusula limitativa que motiva a delimitação do tema deste estudo.

Por outro lado, porém, as cláusulas de irresponsabilidade trazem à tona temas que serão úteis para fins de ilustração de situações limítrofes. Ambas serão cotejadas ao longo deste trabalho, em item específico.

Por último, quanto à delimitação do tema, as questões atinentes à análise econômica do direito, a partir do exame do comportamento dos agentes econômicos, em uma estrutura de barganha mútua, também não serão abordadas diretamente, muito embora referências esparsas no texto tenham se mostrado inevitáveis ao longo de sua execução.

Para fins desta introdução e buscando elucidar o âmbito do problema em análise, traz-se dois exemplos ilustrativos do tema. O primeiro contendo uma cláusula de exclusão de responsabilidade – e, frisa-se, cláusula que não afasta efetivamente a *responsabilidade do agente pelo inadimplemento, mas apenas o seu dever de indenizar* – e, o segundo, uma cláusula de limitação de responsabilidade. Em ambos os casos, as cláusulas estão inseridas em um contrato de compra e venda em que o bem objeto da contratação demonstra, ao longo do tempo, não possuir as mesmas condições e características que o vendedor declarou (e, possivelmente, acreditava ter) à época da contratação. Imaginemos, então, as seguintes hipóteses distintas.

Na primeira hipótese, o contrato de compra e venda com cláusula de irresponsabilidade tem como objeto 100% das quotas de uma sociedade limitada, em que o adquirente de tais quotas era antigo administrador da empresa cujas quotas foram alienadas,

¹⁶ As cláusulas de exclusão da responsabilidade serão diferenciadas das cláusulas limitativas, no Capítulo 3.1.1, item a.

que passa a ser, então, também sócio-controlador. Ele, por conhecer de perto o negócio e saber que a sociedade passa por problemas financeiros, aproveita-se de um momento de fragilidade econômica para propor aos seus então sócios a compra de quotas da sociedade em valor abaixo do que avaliariam a empresa em épocas de prosperidade. O acordo é amplamente negociado e os vendedores exigem que, em razão do baixo preço, o comprador assumira todo o passivo, conhecido e ainda não conhecido, da empresa, isentando os vendedores de qualquer responsabilidade. As partes assim, firmam um contrato chamado na prática de *porteira fechada*. Seis meses após a transmissão da propriedade das quotas, o comprador é notificado da existência de uma enorme contingência ambiental, decorrente de ilícito ambiental praticado pelos antigos administradores, sobre o qual ele não havia sido informado durante o processo de *due diligence*. Ele sabe que, se assumida a contingência, ele terá de despender mais do que o dobro do preço que pagou para adquirir a empresa. Pode, então, exigir dos vendedores uma indenização acaso tal contingência se concretize, ou ele estará impedido em razão da cláusula de irresponsabilidade?

Nessa situação, a atribuição de efeitos à cláusula de irresponsabilidade parece causar um desequilíbrio na relação. Se parecia bastante coerente que um *player* do mercado em que atuava a empresa adquirida, após o processo de *due diligence*, aceitasse a responsabilidade integral pelo passivo contingenciado e não contingenciado no momento da conclusão do contrato, por receber, em razão disso, uma contrapartida espelhada no preço do acordo, delinear-se elementos de injustiça quanto à vultosa contingência verificada decorrente de atos ilícitos dos vendedores.

Esse desequilíbrio parece diminuir se a estipulação não fosse de exclusão total da responsabilidade, mas sim de que eventual indenização devida pelo vendedor ao comprador estaria limitada ao preço total do contrato. Essa é a segunda situação: ora, nesse caso, o comprador seria indenizado até, pelo menos, a metade do total do dano eventualmente sofrido.

Ocorre que, ainda assim, há algumas questões de fundo: se, por um lado, entender-se que houve *erro substancial* do comprador, o contrato será anulável. Nessa hipótese, haveria convalidação se o vendedor se propuser a executar o contrato conforme teria sido se não houvesse erro. A questão passará a ser, então, determinar o espaço para alegação do vendedor

de limitação da responsabilidade, uma vez verificada a circunstância de erro substancial ou qualquer outro vício de vontade, capaz de anular o contrato¹⁷, como a omissão dolosa.

A omissão dolosa estaria caracterizada pela violação do dever de informar¹⁸. Para tanto, é preciso que haja um dever do vendedor, e não haja, nesse específico aspecto, um ônus do comprador de se informar¹⁹. Havendo violação do dever de informação na fase das tratativas, ainda, seria de se considerar a responsabilidade pré-negocial dos vendedores²⁰.

Há ainda uma terceira via de solução, que é o inadimplemento da obrigação principal do contrato, em razão da transferência de quotas que não continham as características declaradas no contrato de compra e venda²¹.

Em todas essas questões, o questionamento que se está propondo abordar é a incidência ou não da cláusula limitativa de responsabilidade e qual a extensão.

Como se percebe, a relevância do debate no ambiente negocial empresarial é notável, uma vez que, do ponto de vista econômico, a cláusula limitativa *constitui uma transação sobre os riscos*²². Seja em contratos comerciais, nos quais o avanço industrial e científico, o emprego de tecnologia desconhecida, a construção de grandes obras de engenharia e o manejo

¹⁷ Trataremos do ponto do vício de vontade e anulação do negócio no Capítulo 3.2.4, item b (ii).

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. “Os regimes do dolo civil no Direito Brasileiro: Dolo Antecedente, Vício Informativo por Omissão e Comissão, Dolo Acidental e Dever de Indenizar”. In: *Revista dos Tribunais*, RT 923, set./2012, pp. 115/143. Com posição diversa, Luis Renato FERREIRA DA SILVA afirma que a violação do dever de informação decorrente da concretização do princípio da Boa-fé objetiva é fonte do dever de indenizar, porém prescinde do elemento intencional. Por isso, para caracterização do dolo acidental por omissão há não apenas que se provar a omissão, mas também a intencionalidade maliciosa, sendo, neste caso, fundamento jurídico para anulação ou modificação do negócio jurídico (consequências diversas das verificadas em caso de violação do dever de informar decorrente da Boa-fé) (FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. “Do dolo”. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (orgs.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 514/529.)

¹⁹ Judith MARTINS-COSTA aponta para o dever de se informar de ambas as partes de um contrato paritário: “[n]otadamente nos contratos paritários, nos quais há relativa igualdade entre as partes, o dever de informar convive com o ônus jurídico de informar-se, pois a diligência para com os próprios interesses decorre não só da autonomia privada, mas do próprio critério da razoabilidade. Portanto, convivem dever e ônus, não podendo o primeiro ser imputado apenas a um dos sujeitos da relação pré-negocial.” Em: MARTINS-COSTA, Judith. “Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para um sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro”. In: *A Evolução do Direito no Século XXI: Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnoldo Wald*. Almedina, 2007, p. 344.

²⁰ O tratamento da cláusula limitativa de responsabilidade em caso de responsabilidade pré-contratual será visto nos Capítulos 2.2.2 e 3.2.4, item b.

²¹ A controvérsia acerca da limitação de responsabilidade decorrente do inadimplemento da obrigação principal será tratado no item 3.2.1.

de produtos de alto risco é crescente; seja em vista das operações de aquisição de poder de controle ou incorporação de empresas; os agentes do mercado encontram-se em um ambiente de elevada imprevisibilidade quanto à ocorrência e à quantificação de eventual responsabilidade por danos decorrentes das atividades e operações que realizam²³.

Tais circunstâncias impõem aos agentes a reflexão quanto à necessidade de afastamento ou limitação de determinadas normas relativas ao regime de responsabilidade legal de cada uma das partes pelos danos resultantes de faltas que poderiam ocorrer em um ambiente de *aventura*²⁴ econômica e industrial.

A possibilidade de limitação de sua responsabilidade (tanto por meio da limitação do valor da indenização, como das causas que geram o dever de indenizar ou outras formas) constitui uma alternativa para que os indivíduos se atrevam em um espaço de desenvolvimento econômico, mitigando seu receio de pesadas indenizações²⁵, isto é, por meio de tais estipulações, é possível aos agentes prevenirem-se de responsabilidades, alocando os riscos contratuais.

Ocorre que tais cláusulas exigem que se encontre, como afirmou PINTO MONTEIRO²⁶, um *ponto de equilíbrio entre a liberdade individual e as necessidades sociais de proteção do lesado, entre a autonomia privada e a ordem pública*. Daí a importância justificadora da escolha do tema, visto que as cláusulas que ultrapassem tais limites, poderão ser tão perniciosas aos contratantes quanto a todo o tráfico jurídico.

Portanto, dada a divergência e a possibilidade de ser atribuída à cláusula limitativa interpretação diversa à originalmente contratada, a análise das condições para a validade e eficácia da cláusula de limitação da responsabilidade é imprescindível para a manutenção das

²² MARTINS COSTA, Judith. Contrato de Construção. “Contrato-Aliança”. Interpretação Contratual. Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar (parecer). In: *Revistas de Direito Civil Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 1. Out-dez/2014, pp. 337-338.

²³ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 72.

²⁴ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 72.

²⁵ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 76.

²⁶ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 69.

relações estabelecidas, de sorte a garantir o cumprimento das expectativas de parte a parte e de terceiros.

É nesse âmbito que se iniciam as questões a que esta pesquisa se presta a analisar, e, se possível, delinear respostas. Em linhas gerais, o presente exame das condições para autorregulação e as fronteiras específicas à estipulação dessas cláusulas socialmente típicas terá apoio na produção dogmática nacional e internacional, sobretudo nas obras brasileiras de José de AGUIAR DIAS²⁷ e de Wanderley FERNANDES²⁸, e nas obras portuguesas de Ana PRATA²⁹, Antônio PINTO MONTEIRO³⁰ e Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA³¹, por serem algumas das principais monografias em que se discorreu sobre o tema.

A jurisprudência também será analisada, embora não seja possível a partir dela extrair-se critérios seguros e de aplicação homogênea. As decisões encontradas, de qualquer forma, serão objeto de análise específica, na forma de exemplificação do objeto tratado.

A fim de sistematizar o trabalho, dividiu-se em duas grandes partes: a primeira, acerca da estrutura e funcionalidade das cláusulas de limitação de responsabilidade (*Capítulo 2*), que tratará da cláusula em linhas gerais, delineando seu conceito, sua função e inserindo-a no debate acerca das controvérsias que de sua aplicação exsurtem, sobretudo quanto aos conflitos travados entre o princípio da autonomia privada e a ordem pública, normas cogentes e bens jurídicos indisponíveis (*Capítulo 2.1*); além disso, também nesse Capítulo 2 discorrer-se-á a respeito de como a cláusula interage com os regimes da responsabilidade contratual e extracontratual, abordando os seus efeitos em situações de cumulação dos dois regimes e a possibilidade ou não de limitação da responsabilidade aquiliana (*Capítulo 2.2*).

A segunda parte versará sobre o regime da responsabilidade nos contratos empresariais com cláusula de limitação (*Capítulo 3*). Para tanto, iniciar-se-á delineando as particularidades de cada uma das classes de Cláusulas de Limitação de Responsabilidade (*Capítulo 3.1*) e, após, serão abordadas as condições para eficácia das cláusulas de limitação

²⁷ AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947.

²⁸ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁹ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005.

³⁰ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011.

de responsabilidade, decorrentes de sua própria natureza e conteúdo, descrevendo as situações em que tais cláusulas podem ser consideradas inaplicáveis, seja porque inválidas, seja porque ineficazes, de forma que a responsabilidade do ofensor seria integral, não podendo dela se socorrer (*Capítulo 3.2*), como em caso de dolo ou culpa grave.

³¹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas Assessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*. Coimbra: Almedina, 2005.

2 ESTRUTURA E ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

2.1 Definição, conteúdo e função das Cláusulas da Limitação de Responsabilidade: a problemática

Consagração do princípio da autonomia privada³² e, mais especificamente, da liberdade contratual, as cláusulas de limitação da responsabilidade, assim como as cláusulas de exclusão da responsabilidade (também chamadas de *Irresponsabilidade*) e as cláusulas penais, constituem o que PINTO OLIVEIRA³³ denomina de *elementos acidentais* do negócio, isto é, estipulações acessórias que não se prestam para validade e caracterização do tipo abstrato ou concreto do negócio no qual são inseridas, nem para o afastamento das disposições legais de aplicação supletiva, mas que, por força da vontade autônoma das partes, são capazes de modificar determinados efeitos do negócio jurídico a que se destinam³⁴.

³² Partimos da ideia de que o ato de autonomia privada é o impulso de iniciativa individual de autodeterminação de interesses que ocorre na vida de relação dos indivíduos na sociedade, e que é apenas reconhecido (e não criado) pelo Direito, tendo em vista a sua função socialmente relevante. Segundo Betti, “[i]n virtù di tale riconoscimento i negozi della vita privata assurgono ala dignità di negozi giuridici e diventano strumenti che il diritto stesso mette a disposizione dei privati per dare assetto ai propri interessi nella vita di relazione, quindi per dare assetto ai propri interessi nella vita di relazione, quindi per dar vita e sviluppo a rapporti fra loro: e pertanto rimangono pur sempre atti di autonomia privada.” BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, pp. 43-48. Em tradução livre: “em virtude de tal reconhecimento, os negócios da vida privada gozam de dignidade de negócios jurídicos e se tornam instrumentos que o próprio direito coloca à disposição dos particulares para moldarem seus interesses na vida de relação, seja por dar espaço aos próprios interesses na vida de relação, seja para dar vida e desenvolvidos às relações entre eles: e, portanto, ainda permanecem atos de autonomia privada.”

³³ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de indemnizar e Cláusulas Penais*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 9-11. O autor utiliza-se da classificação tripartida dos elementos dos negócios jurídicos, que, segundo afirma, “*exprime de uma forma adequada a conexão entre a autonomia privada e o sistema jurídico na conformação do conteúdo das relações jurídico-privadas*” (Id., pp.9-10, nota 1). Consoante tal classificação, há, nos negócios jurídicos, elementos de três ordens: os essenciais, os naturais e os *acidentais*. Os primeiros consistem tanto nos elementos à validade dos negócios jurídicos em geral, quais sejam, a capacidade dos agentes, a possibilidade jurídica do objeto e a declaração válida de vontade das partes, como também os elementos que caracterizam o tipo contratual escolhido pelas partes (seja ele legal ou social), como, em se tratando de um contrato de compra e venda, a entrega da coisa, a transmissão da propriedade e o pagamento do preço. Os elementos naturais são aqueles que decorrem de normas supletivas, ou seja, podem ser afastadas por expressa manifestação de vontade das partes. PINTO OLIVEIRA os diferencia dos elementos acidentais: “[e]nquanto os elementos naturais correspondem a efeitos que se produzem por fora das normas supletivas, ‘sendo inútil qualquer cláusula no mesmo sentido’, os elementos acidentais correspondem a efeitos que se produzem por força da vontade das partes, e só por força dessa vontade: ‘[s]e [os elementos acidentais] podem existir, é só porque a vontade das partes os incluiu [...] no conteúdo do acto’.”

³⁴ A classificação de Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA de elementos essenciais, naturais e acidentais não se identifica com a diferenciação entre elementos, requisitos e fatores de eficácia da teoria do negócio jurídico de Antônio Junqueira de AZEVEDO, sendo relevante que aqui não se confundam os termos. Embora seja possível classificar as cláusulas como tendo eficácia condicionada a evento futuro e incerto (o inadimplemento), não é,

A acessoriedade é uma característica das cláusulas que não constituem a obrigação principal do negócio jurídico considerado, mas são secundárias a ela. Ou seja, são cláusulas acessórias aquelas relacionadas a uma obrigação principal – é a obrigação principal, dessa forma, que justifica, em primeiro grau, a sua existência das obrigações acessórias. No caso das cláusulas de limitação de responsabilidade, elas apenas produzirão efeitos se descumprida uma obrigação que a ela tem primazia. O mesmo ocorre, por exemplo, com as cláusulas penais³⁵.

As cláusulas acessórias podem ser tão diversas quanto são os negócios jurídicos e os interesses envolvidos nas estipulações. Algumas delas, embora legalmente atípicas, em razão da necessidade e das transformações econômicas e sociais, ganham espaço recorrente nas

ela própria, um “*fator de eficácia*”, no sentido apresentado pelo professor brasileiro, mas dependente de um *fator de eficácia* externo ao próprio contrato. Breve diferenciação entre *elementos, requisitos e fatores de eficácia*, na teoria do negócio jurídico de Junqueira de AZEVEDO: “[s]e, porém, tivermos em mente que o negócio jurídico deve ser examinado em três planos sucessivos de projeção (*existência, validade e eficácia*), que *elementos, em seu sentido próprio, são, como diz o mesmo Carnelutti, principia omnia rerum, ex quibus reliqua omnia componuntur et in quibus resolvuntur, portanto, que elemento é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe (pense-se nos elementos simples, ou puros, da química), que, por outro lado, requisitos (de requirere, requerer, exigir) são condições, exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins, e, finalmente, que fatores é tudo que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte, temos que o negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de elementos, para existir; no plano da validade, de requisitos, para ser válido; e, no plano da eficácia, de fatores de eficácia, para ser eficaz.*” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 29/30 e 55 e ss.). Isto é, se considerarmos sob o ponto de vista da teoria do negócio jurídico de Junqueira de AZEVEDO, as cláusulas limitativas não são condições (ou fatores de eficácia), mas estão elas próprias condicionadas, para que possam produzir os seus efeitos, a um evento que é extrínseco ao contrato e, se verificado, modificará os seus efeitos. Sob o ponto de vista da diferenciação de Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA, por outro lado, constituem elementos *acidentais*, que modificam os efeitos do próprio acordo.

Também poderíamos cotejar a classificação de Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA com a classificação dos elementos de existência do negócio jurídico de Antônio Junqueira de AZEVEDO: para este autor, os elementos são classificados de acordo com o grau de abstração do negócio considerado, do abstrato para o mais concreto, em “*a) elementos gerais, isto é, comuns a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio.*” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32). Neste caso, aos elementos acidentais de PINTO OLIVEIRA podem se identificar os elementos particulares de AZEVEDO, que critica o uso do termo adotado pelo professor português: “*os elementos particulares coincidem com os chamados accidentalia negotii da classificação tradicional; todavia, o abandono da expressão elementos acidentais justifica-se não só porque esta não tem a conotação que interessa na classificação dada para os elementos do negócio jurídico e segundo a qual se desce do geral ao particular, como também o adjetivo acidentais, dela constante, pode levar, nas línguas latinas, os menos avisados a pensar que se trata de elementos de secundária importância.*” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 38/39).

³⁵ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 235.

contratações, sendo encontradas com certa frequência no comércio jurídico. Estas tornam-se *socialmente típicas*³⁶, como é o caso das cláusulas de limitação da responsabilidade.

No Código Civil brasileiro, são exemplos de cláusulas acessórias legalmente típicas: (i) as cláusulas de condição, termo e encargo, previstas nos Arts. 121 a 137, a cláusula penal, prevista nos Arts. 408 a 416, as arras e o sinal, dispostos no Arts. 417 a 420 e as cláusulas especiais da compra e venda, previstas na Seção II do Capítulo I do Título IV – Das Várias Espécies de Contrato, que atualmente compreende a cláusula de retrovenda (Arts. 505 a 508), de venda a contento e sujeita a prova (Arts. 509 a 512), de preempção ou preferência (Arts. 513 a 520), de reserva de domínio (Arts. 521 a 528) e de venda sobre documentos (Arts. 529 a 532).

As cláusulas de limitação ou exclusão de responsabilidade não encontram regulação no Código Civil, por isso são consideradas como cláusulas legalmente atípicas e socialmente típicas, embora seja possível encontrar disposições que de certa forma a doutrina refere como incidentes sobre elas. É o que ocorre com o Art. 424, que estabelece serem nulas, nos contratos de adesão, as cláusulas que importem renúncia antecipada do aderente a direitos resultantes da natureza do negócio; com o Art. 448, ao facultar às partes, *por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade por evicção*; e com o Art. 890³⁷, ao prever que as cláusulas limitativas apenas podem ser estipuladas expressamente no título de crédito. Também na Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/1976), é possível verificar, no Art. 106, § 2º³⁸, a limitação à liberdade das partes de estipularem cláusula penal

³⁶ Adotam-se os três critérios de Pedro Pais de VASCONCELOS para determinação da tipicidade social: “*Não existem, nem podem ser construídos, critérios firmes e exactos para o juízo sobre se uma certa prática contratual constitui já um tipo social, até porque a tipicidade social é graduável. Para que de um tipo social se possa falar é preciso, em primeiro lugar, que se verifique uma pluralidade de casos: a tipicidade não é compatível com a individualidade. Em segundo lugar, é necessário que essa pluralidade se traduza numa prática, quer dizer, que entre os casos que constituem a pluralidade haja uma relação ou ligação tal que eles se reconheçam como aparentados ou do mesmo tipo e que essa prática seja socialmente reconhecível, quer dizer, que seja, no meio social em que é praticada, reconhecida como uma prática e não apenas como uma ou mais coincidências fortuitas. Em terceiro lugar, é preciso que exista, no meio social, em que é praticada, uma consciência assumida, em termos tendencialmente gerais e pacíficos, da vigência e da existência dessa prática como algo vinculativo, como modelo de referência e padrão de comparação, e como norma de comportamento, isto é, é preciso que exista o reconhecimento do carácter vinculativo dessa prática e desse modelo. São, no fundo, estes os requisitos do reconhecimento do direito consuetudinário.*” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 62/63.)

³⁷ Art. 890. Consideram-se não escritas no título a cláusula de juros, a proibitiva de endosso, a excludente de responsabilidade pelo pagamento ou por despesas, a que dispense a observância de termos e formalidades prescritas, e a que, além dos limites fixados em lei, exclua ou restrinja direitos e obrigações.

³⁸ Art. 106. O acionista é obrigado a realizar, nas condições previstas no estatuto ou no boletim de subscrição, a prestação correspondente às ações subscritas ou adquiridas. § 2º O acionista que não fizer o pagamento nas condições previstas no estatuto ou boletim, ou na chamada, ficará de pleno direito constituído em mora,

imposta ao acionista em razão da não realização do capital nas condições previstas no estatuto³⁹.

Assim, trata-se de estipulação que encontra algum respaldo em artigos esparsos em lei, além de larga ocorrência inicial nos contratos de transporte marítimos, vindo a atingir todas as camadas do ambiente negocial.

Como já referido na Introdução deste trabalho, não se vislumbra fundamento jurídico para ser totalmente⁴⁰ tolhida a liberdade das partes em um contrato, no exercício de sua autonomia privada, de acordarem determinada limitação de responsabilidade (*rectius*, limitarem a indenização ou alterarem determinados requisitos do regime legal⁴¹), sob pena de o Direito não servir à sua função precípua: atender às necessidades da vida das pessoas naturais e jurídicas.

Esse entendimento é pacífico na doutrina⁴². Cita-se a lição de MOTA PINTO⁴³:

“tal como as partes podiam ter-se abstido de contratar, parece que, contratando, deve reconhecer-se-lhes a liberdade de serem elas próprias a definirem, por acordo, as consequências de um eventual inadimplemento ao nível da obrigação de indemnização. Negar, em absoluto, tal possibilidade, traduzir-se-ia, muitas vezes, em impedir a realização de operações económicas delicadas, em prejuízo assim do tráfico jurídico e das possibilidades de autodeterminação dos contraentes, descurando-se a importante função, que o direito deve desempenhar, de resposta às necessidades práticas da vida.”

As cláusulas de limitação de responsabilidade são, assim, manifestações de vontade das partes contratantes que, sabendo e querendo, optam por modificar o regime da

sujeitando-se ao pagamento dos juros, da correção monetária e da multa que o estatuto determinar, esta não superior a 10% (dez por cento) do valor da prestação.

³⁹ Poderá ser considerada uma situação de limitação de responsabilidade se a função da cláusula penal for compensatória. Sobre a discussão, veja-se: SPINELLI, Luis Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na Sociedade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 120 e ss.

⁴⁰ A menção a “totalmente” aqui é precisa, tendo em vista a necessária atenção a ser dada aos limites a tais estipulações, justamente o tema central deste trabalho.

⁴¹ Sobre as diferentes formas que a cláusula limitativa pode se verificar, ver Capítulo 3.1.2.

⁴² Como bem salienta AGUIAR DIAS (*Cláusula de não indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, 1947, p. 58.), a cláusula de limitação ou exclusão de responsabilidade, de *per se*, não é ilícita, imoral ou contrária aos bons costumes, exceto na medida em que viole os preceitos aplicáveis a qualquer contrato, como o interesse de ordem pública, que deverá prevalecer sobre a autonomia dos particulares naquilo em que se contrastem. Sendo assim, constituem limites à estipulação de cláusulas limitativas todos os aplicáveis à autonomia privada, em especial, as normas gerais do Código Civil e as normas de ordem pública.

⁴³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 600.

responsabilidade contratual, afastando, na mais recorrente das vezes, o dever de reparação integral dos danos, limitando-o a determinado montante. Nesse sentido, importa salientar que não se trata de uma limitação da *responsabilidade* em si, que permanece inalterada, isto é, a parte ofensora será e continuará sendo responsável pelo inadimplemento, respondendo e arcando com todos os respectivos remédios dos quais eventualmente o credor possa lançar mão. O efeito produzido pela cláusula, contudo, será o de modificar a eficácia e extensão de pelo menos um desses remédios. Em geral, as cláusulas que se verificam com maior frequência são as que alteram o remédio indenizatório⁴⁴, estabelecendo uma espécie de valor teto, a cujo pagamento poderá o devedor ser condenado.

Nesse sentido, perante a existência de cláusula de limitação do valor da indenização no negócio jurídico subjacente à relação, os demais efeitos decorrentes de atos ou fatos que gerem a responsabilidade de qualquer das partes, como, *e.g.*, o efeito resolutório, a remoção do ilícito, a execução específica de uma determinada obrigação, ou a ação para redução proporcional do preço, restam intactos.

Também se verificam cláusulas limitativas cuja eficácia esteja atrelada à modificação de regras dispositivas do Código Civil quanto ao regime aplicável. Trata-se de cláusula que estabelece tratamento específico e diverso em circunstâncias de inadimplemento. Por exemplo, quando retiram o direito da parte de exigir a redução proporcional do preço em caso de vício oculto. Em tal hipótese, a solução seria apenas a resolução do contrato, independentemente do interesse do credor na manutenção do contrato.

Do ponto de vista estrutural, há controvérsia na doutrina se se trataria propriamente de uma renúncia⁴⁵ ou se seria estritamente um condicionamento, sem renúncia. Para os que defendem que se trata de uma renúncia, a cláusula exoneratória constituiria uma espécie de renúncia genérica de uma ou ambas as partes, acordando que eventual ou determinado credor de uma indenização concorda com a exclusão do seu direito de ser indenizado ou ter seu dano

⁴⁴ MARTINS COSTA, Judith. “Contrato de Construção. ‘Contrato-Aliança’. Interpretação Contratual. Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar” (parecer). *In: Revistas de Direito Civil Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 1. Out-dez/2014, pp. 315-351, pp. 337-338.

⁴⁵ José de AGUIAR DIAS, na obra que trata da Cláusula de Não-Indenizar, descreve-a como a convenção na qual “o devedor eventual da obrigação de indenizar obtém do credor eventual da mesma obrigação a renúncia à ação de perdas e danos” (AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, pp. 31-32).

reparado por eventual ou determinado devedor, em decorrência de inadimplemento contratual deste.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁴⁶, vinculando-se a tal natureza da cláusula, assevera que a renúncia levanta ao jurista uma questão denominada de *relevância de motivos*, de sorte que a renúncia deve ter uma *causa*, em dois sentidos: (i) uma causa de atribuição ou também chamada de *causa obligationis*, e (ii) uma causa do negócio, ou *causa negotii*, isto é, um interesse no negócio que o justifica como um todo. Uma vez presente a *causa negotii*, não seria possível a alegação de invalidade de tal cláusula.

A posição do professor paulista é bastante cara para a análise feita na segunda parte deste estudo, sobretudo porque a análise da relevância de motivos leva o intérprete a buscar, tanto quanto possível e nos limites do ordenamento, a máxima efetividade da vontade das partes e a máxima eficácia da cláusula de limitação de responsabilidade inserida nos contratos paritários – considerando as barreiras da ordem jurídica. Contudo, filia-se à posição de que, tratando-se de renúncia ou de condicionamento ou disposição, a importância da relevância de motivos permanece hígida, como será tratado na Parte II.

Ainda com relação a essa primeira linha, no caso das cláusulas limitativas – diferentemente das cláusulas exoneratórias – haveria a manutenção parcial do direito à indenização. Para essa parcela da doutrina, a limitação e a exoneração não parece alterar o raciocínio, na medida em que também há renúncia à integralidade da indenização, em favor do recebimento de apenas parcela dela.

Diversa é a posição dos autores que entendem que não há renúncia. Faz-se especial remissão aqui à doutrina de Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA⁴⁷. Segundo o autor, não há renúncia nem na cláusula exoneratória, nem na cláusula limitativa. Apoiando-se em PINTO

⁴⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração de culpa grave em caso de responsabilidade profissional” (parecer). In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204.

⁴⁷ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 22/33. O autor aborda o tema no contexto da interpretação da cláusula limitativa frente ao Art. 809.º do Código Civil português, que estabelece “[ser] nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 800.º.” Para ele, se a cláusula exonerativa ou limitativa constituísse *renúncia*, ela seria nula, pela incidência do referido dispositivo.

MONTEIRO⁴⁸, entende que se trata, em verdade, de um *condicionamento*, ou seja, a indenização ainda seria devida, estando, no entanto, condicionada a pressupostos diversos do que o regime puramente legal. No caso da cláusula exonerativa, por exemplo, verificado o dolo ou a culpa grave (como será visto a seguir, no item 2.1.1), ainda seria devida a reparação integral dos danos.

Há divergência, contudo, quanto ao conteúdo desse condicionamento da cláusula de limitação: se ela permite o nascimento do dever de indenizar e, após, importa na sua exclusão pela ausência dos pressupostos (*causa extintiva*); ou se, de outra parte, ela impede o próprio nascimento do dever de indenizar (*causa impeditiva*). Se se tratasse de uma exclusão prévia (*causa impeditiva*), então sim, poderia ser interpretada como renúncia. Nesse ponto, parcela majoritária dos autores⁴⁹ ao mesmo tempo em que adotam a ideia de que a cláusula de irresponsabilidade é uma causa impeditiva da responsabilidade, assumem que não tem o efeito de renúncia, exceto se elas impedissem toda e qualquer responsabilidade. Ou seja, para eles, como não se admite a exclusão de responsabilidade em caso de dolo e culpa grave, embora seja impeditiva, não é uma renúncia antecipada integral, devendo ser considerada admissível no ordenamento português.

Para o que toca ao presente estudo, essa diferenciação entre causa impeditiva e causa extintiva, decisiva para o direito português, não parece alterar a admissibilidade das cláusulas do direito brasileiro, no âmbito dos contratos paritários. Por outro lado, o dispositivo semelhante ao Art. 809º do Código Civil português é o Art. 424 do Código Civil brasileiro, cominando de nulidade as cláusulas inseridas em contratos de adesão que importem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio⁵⁰. Com relação aos contratos em geral, no entanto, o legislador brasileiro não adotou posição semelhante ao legislador português. Assim, essa distinção apenas faz sentido sob o ponto de vista do ordenamento brasileiro quando se referir a contrato de adesão.

⁴⁸ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*. 2.ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, pp. 228/230.

⁴⁹ Nuno Manuel Pinto Oliveira (*Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 24, n.r. 41) e António Pinto Monteiro (*Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*. 2.ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, pp. 228/230).

⁵⁰ No STJ, há casos envolvendo contratos de adesão (sobretudo no âmbito do direito do consumidor) em que a cláusula limitativa foi desconsiderada, tendo em vista a falta de informação do aderente acerca do seu significado e aplicação: STJ. REsp nº 1.533.146. Decisão monocrática. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 16/02/2017. DJe 24/02/2017; STJ. AG 238307. Decisão Monocrática. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21/06/1999. DJe 29/06/1999.

De todo modo, relevante a discussão sobre a natureza da cláusula limitativa, se de renúncia à indenização ou se condicionante da indenização, sobretudo pelo seu reflexo no âmbito da interpretação da vontade das partes (Capítulo 2.1.2, item c). Como será visto adiante, se fosse interpretada como renúncia, aplicável seria o Art. 114 do CC⁵¹.

Adota-se, no presente trabalho, a posição de que a cláusula de limitação de responsabilidade, quando inserida no contrato, altera o próprio regime aplicável. Não se estaria, por esse motivo, renunciando a um direito (cuja fonte está na violação futura e incerta do dever primário – o débito), mas delimitando os termos da responsabilidade em caso de eventual inadimplemento. Há, portanto, acordo sobre os termos genéricos da responsabilidade e não renúncia antecipada de direito.

Isso porque, em primeiro lugar, como toda estipulação contratual, a cláusula limitativa está sujeita aos limites impostos pelo ordenamento a qualquer ato de liberdade contratual, devendo reunir as condições impostas pelos princípios comuns exigidos para validade e eficácia dos atos jurídicos em geral⁵², com especial atenção aos limites impostos pelo princípio da autonomia privada, que, nas palavras de AGUIAR DIAS⁵³, corrijam as surpresas e injustiças do contrato:

[e]m última análise, pois, as limitações opostas pela jurisprudência, pela lei e pela doutrina ao princípio [da autonomia privada], visam precisamente a assegurar a liberdade de contratar, esforçando-se ao máximo para neutralizar o desequilíbrio de situações em virtude do qual a norma, originariamente invocada como expressiva da liberdade, conduziria, exatamente à sua negação, porque, na frase célebre de LOUIS BLANC, 'a liberdade não é somente o direito, mas ainda o poder de ser livre'.

Isso significa, nesse contexto, que, no âmbito do regime de responsabilidade, apenas poderão ser afastadas ou modificadas as regras dispositivas, garantindo-se aplicação plena às regras cogentes e de ordem pública.

⁵¹ Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

⁵² DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, pp. 51-52.

⁵³ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, p. 51-53.

Ademais, e, segundo, como será visto na Parte II deste trabalho, a cláusula limitativa também encontra balizas próprias, que garantem ao credor a manutenção do sinalagma contratual. Dessa forma, não se está renunciando a direito, mas estabelecendo contratualmente os termos da responsabilidade, podendo estabelecer um conjunto de vantagens e desvantagens para além da cláusula limitativa, sujeitando-se, ainda, ao controle da ordem jurídica, com vistas à manutenção do equilíbrio contratual e coibição do enriquecimento ilícito.

Terceiro e derradeiro motivo é o fato de que, como bem salientado pelos autores portugueses, remanescem situações em que a indenização será devida, não havendo que se falar em renúncia quando não houver renúncia integral do direito.

Portanto, uma vez admitida a cláusula limitativa de responsabilidade no direito brasileiro e explicada a sua estrutura geral, cabe passar-se de imediato à análise da sistematização geral dos limites gerais impostos à sua estipulação (Capítulo 2.1.1), à interpretação a ser dada a elas, como parte integrante de um todo contratual (Capítulo 2.1.2) e às consequências do desrespeito aos limites (Capítulo 2.1.3).

2.1.1 Sistematização geral da extensão e abrangência da Cláusula de Limitação de Responsabilidade

MARTINS COSTA⁵⁴ sistematiza a análise da extensão das cláusulas de exclusão de responsabilidade em duas etapas: inicialmente, deve ser analisada a sua licitude; passada essa etapa, busca-se a verificação de sua validade. Inicialmente, ela apenas será admitida, na linha das decisões do Superior Tribunal de Justiça⁵⁵, que declararam a licitude no ordenamento da contratação de cláusulas de limitação, se houver uma *causa sinalagmática*⁵⁶ para essa exclusão ou limitação, ou seja, uma estruturação de “vantagens e desvantagens” que caracterize o interesse da parte renunciante em aceitar tal estipulação.

⁵⁴ MARTINS COSTA, Judith. “Contrato de Construção. ‘Contrato-Aliança’. Interpretação Contratual. Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar” (parecer). In: *Revistas de Direito Civil Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 1. Out-dez/2014, pp. 315-351, p. 337.

⁵⁵ Como a decisão analisada na Introdução deste trabalho: STJ. RESP 39.082/SP. Segunda Sessão. Rel. Min. Nilson Naves. Rel. p/ Acórdão. Min. Fontes de Alencar. J. 09/11/1994. DJ 20/03/1995.

⁵⁶ O sinalagma contratual será analisado no Capítulo 3.2.2, abaixo.

Nesse sentido, ela afirma que o direito a livremente pactuar deixará de ser exercido licitamente quando manifestamente exceder *os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*, nos termos do Art. 187⁵⁷ do CC, caracterizando exercício disfuncional de posição jurídica⁵⁸.

A fim de avaliar-se quando o exercício jurídico ultrapassa os parâmetros da regularidade, configurando exercício abusivo ou inadmissível, é necessário o preenchimento de significado dos conceitos jurídicos indeterminados constantes do Art. 187: a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico ou social⁵⁹.

Tarefa excessivamente árdua para ser feita em abstrato, Judith MARTINS-COSTA afirma que o núcleo do dispositivo de maior *potencial de aplicação*, para esse preenchimento, é a boa-fé. Esta que estabelece padrões para o comportamento probo, leal, correto e não violador de legítimas expectativas, permitindo o estabelecimento de critérios para a ordenação e a sanção ao *exercício jurídico incompatível com a coexistência de liberdades na vida comunitária*.⁶⁰

MENZES CORDEIRO⁶¹ afirma que o abuso de direito se apresenta, concretamente, em basicamente cinco situações típicas (não sendo impossível a verificação de situações

⁵⁷ Art. 187. Também 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.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. T. II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 320. A verificação da ilicitude do ato independente da ocorrência de culpa e de dano. Havendo dano, no entanto, essa a ilicitude pode gerar o dever de reparar, caso em que seria reconhecida a responsabilidade civil do agente com fulcro no Art. 187 cumulado com o Art. 927 do CC. Por outro lado, se não houver dano e independentemente de culpa, o reconhecimento da ilicitude pode interessar para fazer cessar o exercício do direito, alcançando assim uma tutela inibitória (conforme aponta ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. Vol. 3: Relações e Situações Jurídicas. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 228). A respeito do abuso de direito, ver também: MIRAGEM, Bruno. *Abuso de Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas do direito privado*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵⁹ Para Judith MARTINS-COSTA, bons costumes constitui “*noção fortemente sociológica, de conteúdo variável, remetendo ao sentido ético imperante na comunidade social*”, ao passo que fim econômico e social do direito é extraído a partir dos “*elementos substancial e finalísticos como constitutivos do direito subjetivo*”. Em: MARTINS-COSTA, Judith. “Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-fé”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 57-95.

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. “Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-fé”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 57-95.

⁶¹ MENEZES CORDEIRO, António. “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”. Em: *Estudos em homenagem ao Prof. António Castanheira Neves*. Disponível em:

atípicas, mas a ordenação em tipos básico é útil para averiguação e tutela do direito): *venire contra factum proprium* (quando uma mesma parte pratica duas condutas diferidas no tempo que, embora ambas sejam lícitas, são contraditórias entre si), *suppressio* (uma posição jurídica que não foi exercida por determinado tempo que passa a não mais poder ser exercida por contrariar a boa-fé), *tu quoque* (uma pessoa que violou uma norma jurídica não pode beneficiar-se dessa violação), *inalegabilidade formal* (quando uma pessoa invoca nulidade formal em razão de vício de forma que causou ou sabia que existia no momento da conclusão do negócio) e *desequilíbrio* (tipo residual que abrange situações de desequilíbrio, como a desproporção grave entre o benefício do titular e o sacrifício por ele imposto a outrem).

Na classificação de MENEZES CORDEIRO, a negociação ou a imposição de cláusula limitativa de forma abusiva parece estar mais próxima do tipo de *desequilíbrio*. Não se faz necessário aqui adentrar em questões mais profundas acerca do exercício inadmissível do direito e na concretização do Art. 187, bastando a remissão para a possibilidade de verificação no caso concreto, o que pode acarretar a responsabilidade – se houver dano – da parte que exceder manifestamente a boa-fé no momento da negociação ou aplicação da cláusula de limitação de responsabilidade. A verificação do abuso, no entanto, demandará um juízo de ponderação⁶² dos elementos em jogo, concretamente, tendo em vista a intenção das partes consubstanciada na declaração.

Prosseguindo para a próxima etapa da análise da extensão das cláusulas de limitação conforme proposta por MARTINS COSTA, superada a fase da licitude, a segunda ordem de questionamento refere-se à validade da cláusula.

Nessa fase, a professora menciona as seguintes balizas: (a) deverão se fazer presentes todos os elementos do negócio jurídico na estipulação da cláusula; (b.1) não poderão ser violadas normas de ordem pública; (b.2) não poderão ser violadas normas legais imperativas do Código Civil; (c) deverão ser respeitadas as normas gerais dos contratos, mesmo nos contratos atípicos e paritários, que inclui, além das previstas no Código Civil, a ineficácia de cláusula que retire da *obrigação fundamental ou essencial* dos contratantes a sua força

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45582&ida=%2045614#topo. Acesso em 03/01/2018.

⁶² MENEZES CORDEIRO, António. “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”. Em: *Estudos em homenagem ao Prof. António Castanheira Neves*. Disponível em:

obrigatória; (d) não poderá produzir efeitos quando a indenização decorrer de responsabilidade por dolo ou culpa grave – em ambos item (c) e (d), com base no princípio da proibição de lesão a outrem (*noeminem laedere*); e, por fim, (e) não poderá atingir violação a bem jurídico fundamental e indisponível, como a vida e a integridade física das pessoas naturais⁶³.

Resta, então, analisar os individualmente cada um desses critérios.

a. Elementos do negócio jurídico

Quanto à natureza da cláusula, a análise volta-se aos elementos, requisitos e fatores de eficácia da cláusula de limitação de indenizar, que deverão observar o preceituado na lei para existência, validade e eficácia da cláusula, como de qualquer negócio jurídico. Isto é, a cláusula deverá ser firmada por agente capaz, que manifeste livremente o seu consentimento, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e observando a forma prescrita em lei. Com relação à eficácia, como já tratado no capítulo anterior e conforme ressalta Judith MARTINS-COSTA, a cláusula limitativa apenas poderá produzir seus efeitos quando verificado o inadimplemento, seu fator de eficácia extrínseco⁶⁴, configurando a responsabilidade do devedor.

b. Ordem pública

Os limites estabelecidos pela ordem pública são, no entanto, bastante complexos, em razão da dificuldade de estabelecer seu conceito⁶⁵. Não se quer adentrar aqui nessa profunda e controversa discussão, mesmo porque a limitação de ordem pública é aplicável não apenas às

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45582&ida=%2045614#topo. Acesso em 03/01/2018.

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. T. II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 320.

⁶⁴ Conforme doutrina de Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Em: *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 29 e ss.

⁶⁵ Afirma Jacob DOLINGER ser a *indefinição do sentido* de “ordem pública” a sua principal característica, dada sua *natureza filosófica, moral, relativa e alterável*. Em: DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado: parte geral*. 5.ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 349.

cláusulas limitativas, mas a todas as cláusulas e estipulações contratuais⁶⁶; porém, faz-se necessário tecer algumas observações.

Em nenhum ordenamento jurídico é possível encontrar claramente o conceito de ordem pública, cabendo ao aplicador do Direito observar os ditames de ordem política, moral, econômica e jurídica presentes naquela sociedade, inserida em seu contexto temporal. Nesse sentido afirma Jacob DOLINGER⁶⁷:

A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média, será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais. Em nenhum aspecto do direito o fenômeno social é tão determinante como na aferição do que fere e do que não fere a ordem pública.

Em razão dessa indefinição, para o que diz respeito às cláusulas limitativas, parece ser relevante especificamente o respeito às normas cogentes, que, conforme se verifica em parcela da literatura acerca do tema, é a caracterização comumente atribuída ao que seria o nível da ordem pública interna (em contraposição aos níveis do plano internacional)⁶⁸.

Com relação às normas cogentes, segundo MARTINS-COSTA, são, por sua própria definição, normas que não podem ser afastadas, porque “a cogência é, justamente, a qualidade de impor-se à vontade privada”. São normas cogentes tanto (i.) normas específicas aplicáveis ao tipo contratual em análise, como (ii.) as normas gerais.

⁶⁶ A respeito do tema: DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado: parte geral*. 5.^a ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. RIBEIRO, Elmo Pilla. *O Princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. Porto Alegre: 1966 (no prelo). LIENHARD, W. *Le rôle et la valeur de L'Ordre Public en Droit Privé interne et en Droit Privé international*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1935. BARROS, Vera Cecília Monteiro de. *Exceção de Ordem Pública na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

⁶⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado: parte geral*. 5.^a ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 350.

⁶⁸ “No seu primeiro nível a ordem pública funciona no plano interno para garantir o império de determinadas regras jurídicas, impedindo que sua aplicação seja derogada pela vontade das partes. São dentre outras as leis de proteção aos menores, aos incapazes, à família, à economia nacional e a outros institutos civis e comerciais, que constituem de certa forma a publicização do direito privado.” (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado: parte geral*. 5.^a ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 358/361). Sem deixar de ressaltar a parcela da doutrina que defende a inexistente de variadas formas de ordem pública, sendo ela uma e única: RIBEIRO, Elmo Pilla. *O Princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. Porto Alegre: 1966 (no prelo).

A respeito da primeira ordem de normas cogentes, constitui como exemplo de norma imperativa⁶⁹ incidente sobre o tipo contratual, o art. 618⁷⁰ do Código Civil, aplicável aos contratos de empreitada, que prevê a garantia do empreiteiro pela solidez e segurança da obra⁷¹. Nesse particular, a cláusula de limitação de responsabilidade inserida em contrato de empreitada (ou seus tipos correlatos aos quais seja aplicável analogicamente o regime da empreitada) não poderá ser invocada pelo empreiteiro quando o dano a ser reparado resultar de eventos decorrentes de falhas de solidez e segurança da obra, em razão dos materiais utilizados ou do solo onde ela foi estruturada. Esse afastamento da incidência da cláusula decorre da própria cogência da norma, inafastável ainda que indiretamente.

Por normas gerais, segundo a mesma autora, entendem-se “*as normas legais ou contratuais que dão entidade e identidade a determinado instituto jurídico ou a determinado setor da disciplina jurídica*”. São elas tanto os “*princípios informadores*”, como as “*obrigações fundamentais*”. Isso significa que estão abrangidas pelas normas gerais que impõem limites à estipulação de cláusula de limitação de responsabilidade tanto as regras e princípios de amplitude geral, previstas nas Disposições Gerais dos Contratos do Código Civil, nos termos de seu Art. 425, como também as obrigações recíprocas das partes que caracterizam o tipo contratado, a saber, a obrigação imprescindível para a realização da função econômica objetiva buscada pelas partes ao concluírem o contrato – a obrigação fundamental.

Por fim, não raro são encontrados autores que defendem que a impossibilidade de limitação da responsabilidade em caso de violação da obrigação principal decorre da chamada

⁶⁹ A imperatividade do preceito legal fica bastante evidente a partir do cotejamento entre a sua redação atual e a que constava do dispositivo equivalente no Código Civil de 1916: Artigo 1.245. Art. 1.245. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não achando firme, preveniu em tempo o dono da obra. Como se depreende, o legislador do novo Código Civil fez questão de inserir o termo “irredutível”, assegurando que jamais poderiam as partes estipularem prazo de garantia inferior.

⁷⁰ Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

⁷¹ José Emílio Nunes PINTO afirma que “[a] norma do art. 618 é de ordem pública e tem caráter cogente, cuja linguagem é peremptória, tornando o prazo insuscetível de ser alterado pelas partes. Portanto, a partir da entrada em vigor do Código Civil, em janeiro de 2003, os contratos de empreitada global deverão prever obrigatoriamente a garantia quinquenal, sendo que qualquer outro prazo menor que se venha a estabelecer não prevalecerá em face da legislação aplicável.” Em: PINTO, José Emílio Nunes. “O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil”. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 04 de julho de 2017.

ordem pública contratual, caracterizada pela faceta relativa da *tutela mínima do credor* e pela faceta social de *proteção do tráfico econômico e social*. No caso das cláusulas limitativas, a tutela do crédito é bem verificada na impossibilidade de se limitar o montante indenizatório em caso de dolo ou culpa grave do devedor inadimplente. Nesse sentido, remete-se aos Capítulos 3.2.5 e 3.2.6.

c. *Obrigação fundamental ou essencial*⁷²

Ao tratar da *obrigação fundamental* das partes, o autor português PINTO MONTEIRO⁷³ circunscreve-a a determinada obrigação que constitua, em conjunto com outras ou não, um dos *elementos essenciais do negócio típico ou nominado*. Eles consistiriam nos *elementos de identificação* do contrato típico ou atípico celebrado, a sua *causa*, no sentido de função econômico-social.

Para o autor, a obrigação principal é *intangível*, na medida em que a permissão de dispor sobre tal obrigação poderia descaracterizar o contrato, de acordo com a extensão da limitação acordada⁷⁴. Havendo limitação ou exclusão de responsabilidade pela violação da obrigação principal, seria possível que se verificasse também a própria desnaturação do negócio jurídico firmado⁷⁵, acarretando a sua nulidade ou, se sua redação for genérica, sua ineficácia em face do inadimplemento da obrigação principal.

⁷² O item será tratado com mais profundidade e especificidade (inserido em contratos empresariais paritários e negociados) no item 3.2.3.

⁷³ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 125. Afirmando, ainda (p.129): “[o]brigações essenciais serão aquelas cujo afastamento comprometerá decisivamente o fim contratual, frustrando-se, à partida, o escopo pretendido. Haverá, em suma, uma contradição entre o fim que se visa alcançar, com o contrato, e os meios predispostos para o efeito, cuja evidente insuficiência ou impropriedade deverá ressaltar do próprio facto de serem eliminados aqueles que eram indispensáveis para tal.”

⁷⁴ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 125. De acordo com os irmãos MAZEAUD (MAZEAUD, Henri et MAZEAUD, León. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, T. III. 3ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939, pp.685/686), a estipulação não poderia ser de tal forma a excluir do contrato a obrigação de uma das partes por uma das prestações essenciais, sob pena de alterar sua natureza jurídica ou mesmo anular totalmente a convenção. Nesse sentido, afirmam: « *Un acheteur, par exemple, stipule qu’il ne devra pas de prix; la convention reste valable, ais change de nature; la vente devient une donation. Une vendeur fait insérer dans le contrat une clause aux termes de laquelle il ne doit pas transférer la propriété de la chose vendue ; le contrat, véritable monstre juridique, est frappé de nullité ; il ne peut produire aucun effect* ».

⁷⁵ Evidentemente que o efeito da exclusão de responsabilidade, nesse caso, é bastante mais dramático, podendo levar, inclusive, à nulidade de todo o pacto, porque este perderia seu significado *enquanto instrumento de regulação de interesses econômicos*, conforme: MARTINS-COSTA, Judith. (“Contrato de Construção. ‘Contrato-Aliança’”. *Interpretação Contratual. Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar*”

PINTO MONTEIRO⁷⁶ adota, para ilustrar, o contrato de locação contendo cláusula que preveja exclusão da indenização em caso de inadimplemento do dever de proporcionar ao locatário o gozo da coisa locada, ou o contrato de compra e venda em que a responsabilidade do vendedor está rigorosamente limitada em caso de inadimplemento da obrigação de transferência do bem. No primeiro caso, os efeitos da cláusula são idênticos a excluir por completo a obrigação de imitar o locatário na posse do bem, tornando-se esta uma faculdade do locador, de maneira a descaracterizar, dessa maneira, o tipo do contrato de locação. No segundo, embora não haja exclusão da obrigação, limitar a responsabilidade a valor inferior ao do próprio bem objeto da compra e venda é permitir ao devedor pagar uma indenização e não cumprir a obrigação. É por isso que o mesmo autor afirma que isso “*afectaria o princípio da prioridade da restauração específica*”⁷⁷.

Se adotada a doutrina até aqui analisada, inadmissível seria que a cláusula limitativa produzisse seus efeitos perante situação de inadimplemento da obrigação principal, sob o fundamento de estar-se furtando às finalidades para as quais foi criada no tráfico negocial: a segurança e a previsibilidade. Isto é, constituiria um instrumento justificador do inadimplemento contratual, desequilibrando a relação contratual e rompendo o sinalagma que deveria existir em contratos comutativos paritários.

Wanderley FERNANDES⁷⁸, por outro lado, argumenta que esse tipo de análise deve ser feita tendo em vista o contrato em concreto. Ele ilustra por meio de duas diferentes situações: a primeira, o descumprimento do contrato de compra e venda, quando não há a entrega da coisa mesmo após o pagamento do preço. Nesse caso, segundo ele, evidente o desequilíbrio contratual, não podendo ser arguida a cláusula de limitação de responsabilidade como exceção. No seu segundo exemplo, ele aborda a cláusula inserida em contrato de empreitada, no qual o resultado não foi atingido, apesar dos vultosos investimentos do

(parecer). In: *Revistas de Direito Civil Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 1. Out-dez/2014, pp. 315-351), que afirma: “*é ensejada a decretação da ineficácia da cláusula exoneratória (resguardando-se quanto às demais o contrato, com fundamento no princípio da conservação dos negócios jurídicos), ou até mesmo a nulidade do inteiro pacto, se cláusula exoneratória vedar, desde a formação do contrato, o equilíbrio mínimo que deve haver entre prestação e contraprestação nos pactos bilaterais, sinalagmáticos e comutativos.*”

⁷⁶ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 125.

⁷⁷ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 99.

⁷⁸ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

empreiteiro para emprego de tecnologia não testada, inclusive maiores que o preço já recebido do dono da obra. Nesse caso, ele afirma que “*o desequilíbrio patrimonial já não serve de justificativa à vedação do limite da indenização ou até mesmo da exoneração do dever de indenizar do empreiteiro*”⁷⁹.

Em verdade, é antes necessário diferenciar a cláusula que exclui determinadas obrigações típicas do contrato, da cláusula que limita a indenização. No caso de cláusulas que excluem obrigações, é evidente que não poderão atingir as obrigações fundamentais ao fim econômico-social daquele determinado negócio, como no exemplo de PINTO MONTEIRO, em que a cláusula exonerativa teve o mesmo efeito de uma cláusula que retira do locador a obrigação de disponibilizar a posse do bem ao locatário. Essa espécie de cláusula atinge antes a própria *dívida*, e não o regime de *responsabilidade* em caso de inadimplemento. Difere, portanto, de cláusula que limita a responsabilidade caso a posse não seja disponibilizada no tempo previsto no contrato.

No item 3.2.4, o tema da limitação de responsabilidade em caso de inadimplemento da obrigação principal será tratado com mais profundidade, perquirindo-se a extensão de sua aplicação nessas hipóteses, considerando os tipos de obrigações e os remédios extintivos e indenizatórios.

d. Dolo ou culpa grave

Inicialmente, cumpre salientar que esse tópico não trata das situações de dolo como vício de vontade na formação do consentimento, mas de ação dolosa que acarrete o inadimplemento contratual. Ambas as situações, bem assim a culpa grave, serão oportunamente apreciadas no decorrer do trabalho, nos Capítulos 3.2.5 e 3.2.6. Ressalta-se, porém, para fins de exposição da problemática, que a doutrina advoga pela não extensão da limitação de responsabilidade às situações de dano causado por ações dolosas ou gravemente culposa da parte indenizante, podendo ser, inclusive, reconhecida a nulidade⁸⁰ na cláusula.

⁷⁹ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. “Contrato de Construção. ‘Contrato-Aliança’. Interpretação Contratual. Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar” (parecer). In: *Revistas de Direito Civil Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 1. Out-dez/2014, pp. 315-351.

Segundo a entendimento doutrinário praticamente pacífico⁸¹, o devedor não deve ter o direito de atuar dolosamente, independentemente do consentimento da parte contrária, devendo o Direito garantir, de um lado, um instrumento de coerção e sanção ao credor, e, de outro, um instrumento de prevenção de condutas intencionalmente ilícitas a todo o tráfico jurídico. Estão em jogo, como se percebe, uma tríade de interesses, de ordem moral – no sentido de que não pode o devedor estar autorizado a agir em busca de causar dano a outrem; de ordem contratual – para manutenção de instrumentos de coerção em favor do credor; e de ordem econômica e social – a fim de proteger o tráfico jurídico⁸².

Quanto a essa limitação, deve a culpa grave ser equiparada ao dolo para fins de ineficácia da cláusula⁸³⁻⁸⁴, isto é, também seria inadmissível a estipulação de cláusula que limitasse a responsabilidade em casos de descumprimento por culpa grave. Isso não significa, de nenhuma forma, que a hipótese de incidência seja a mesma, mas sim que uma vez configurada a culpa grave, nos termos de seu conceito jurídico, ela será equiparada ao dolo para fins de ineficácia da cláusula de limitação.

e. Bem jurídico atingido

Por fim, com relação ao bem jurídico atingido, não de ser indenizados todos os danos que afetarem diretamente os direitos de personalidade⁸⁵, como a vida e a integridade física das pessoas naturais⁸⁶. O Código Civil, a par da proteção constitucional dos direitos da pessoa,

⁸¹ Exceção se faz aqui à importante ressalva apresentada por Wanderley FERNANDES (FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 212/218), que será tratada com mais detalhe no item 3.2.5.

⁸² PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 288.

⁸³ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 76.

⁸⁴ MARTINS COSTA, Judith. “Contrato de Construção. ‘Contrato-Aliança’. Interpretação Contratual. Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar” (parecer). In: *Revistas de Direito Civil Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 1. Out-dez/2014, pp. 315-351. Alerta a autora, porém, que essa equiparação não se estende aos requisitos de sua configuração. Para caracterização do dolo, deve haver uma ação intencionada a causar o mal; na culpa grave, a seu turno, embora o agente possa antever o resultado, atua na certeza errônea de que o mesmo não ocorrerá.

⁸⁵ A respeito do tema dos direitos da personalidade: MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, Personalidade, Dignidade* (ensaio de uma qualificação). Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. Maio, 2003. 273 fls.

⁸⁶ Os direitos de personalidade caracterizam-se por serem *gerais* (de todos, irrestritamente), *extrapatrimoniais* (embora sua violação possa ser reparada *in pecunia*) e *absolutos*, e incluem: (i.) vida.; (ii.) saúde física; (iii.)

estabelece que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não se admitindo limitação voluntária⁸⁷. Contudo, embora também estejam incluídos no rol de direito da personalidade, há exceções quanto à integridade física, que poderá ser relativizada por exigência médica ou porque não verificada violação aos bons costumes. Nessa linha, o Código Civil contém proibição expressa de atos de disposição do próprio corpo apenas quando *importar diminuição permanente da integridade física, ou contraria os bons costumes*⁸⁸⁻⁸⁹.

O fundamento axiológico dessa proteção aos direitos fundamentais está em que, ainda que a liberdade (incluindo o direito das pessoas de autodeterminarem-se) seja um bem a ser tutelado em primeira ordem, limitável apenas em situações excepcionais, ela encontra barreira no *axioma antropológico que dá fundamento à própria ideia de direitos fundamentais*⁹⁰, ou seja, não é admissível sob o ponto de vista do ordenamento jurídico que das pessoas seja usurpado seu direito a receber um tratamento humano. É por esse motivo que, conforme afirma José Carlos Vieira de ANDRADE, é a dignidade humana o “*conteúdo essencial absoluto do direito, [que] nunca pode ser afetada – esta é a garantia mínima que se pode retirar da Constituição [Portuguesa]*”⁹¹.

integridade física, (iv.) honra; (v.) liberdade física e psicológica; (vi.) nome; (vii.) imagem; (viii.) intimidade e vida privada. “*É este um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa.*” (MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*. 3.^a ed. atual. 2^a reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 207). Afirma também Carlos Alberto da MOTA PINTO: “*V – Os direitos de personalidade são inalienáveis e irrenunciáveis, dada a sua essencialidade relativamente à pessoa, da qual constituem o núcleo mais profundo. Constituem ‘o mínimo necessário e imprescindível do conteúdo da personalidade’ (DE CUPIS). Neste sentido podem dar-se-lhe hoje as consabidas denominações da escola do direito natural racionalista: ‘direitos inatos’ e ‘direitos originários’.*” (p. 211). O autor ainda salienta que a irrenunciabilidade não importa em impossibilidade de *consentimento* do lesado quanto a determinadas e específicas situações em que não houver violação da ordem pública e tenha uma relevante circunstância que a justifica, por exemplo: intervenções médicas, transplante para saúde de terceiro, participação em jogos desportivos arriscados. (pp. 211/212).

⁸⁷ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁸⁸ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida na lei especial.

⁸⁹ A respeito do tema de inviolabilidade do direito à integridade física, ver: DIAS, João António Álvaro. *Dano Corporal: Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

⁹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.^a ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 258.

⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.^a ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 258.

Essa proteção do direito à integridade física e psíquica no Código Civil também vem refletida em artigos como o Art. 734⁹², que expressamente comina de nulidade qualquer cláusula, inserida em contrato de transporte, excludente de responsabilidade pelos danos causados às pessoas transportadas.

Também devem ser incluídos nessa alínea de proibição os bens jurídicos indisponíveis, como o direito ao meio ambiente. A análise da disponibilidade de um direito está vinculada à relação deste direito com seu titular. Um direito é disponível quando seu titular pode dele dispor livremente, isto é, quando puder ser objeto de qualquer espécie de transação⁹³.

A Constituição Federal Brasileira, em seu Art. 225, classifica o meio ambiente como um bem de uso comum do povo, e “*a consequência imediata de tal classificação é a de que o meio ambiente se constitui como um típico direito difuso*”⁹⁴. Nesse diapasão, diversas são as características dos direitos difusos que levam à sua indisponibilidade. Eles são:

*(i) transindividuais, com indeterminação absoluta dos titulares, oriunda de mera circunstância de fato; (ii) indivisíveis; (iii) insuscetíveis de apropriação individual e de transmissão (inter vivos ou mortis causa); (iv) não podem ser renunciados ou transacionados; (v) defesa em juízo sempre na forma de substituição processual, razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordo, nem renunciar, nem confessar, nem assumir ônus probatório não fixado na lei; e (vi) absoluta informalidade jurídica na alteração de seus titulares, a partir de modificações de circunstâncias de fato.*⁹⁵

Dessa forma, a partir das características dos interesses difusos e tendo em vista a proteção expressa da Constituição, conclui-se que o direito à higidez do meio ambiente é

⁹² Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às partes transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade.

⁹³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38; MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 99; MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 52; SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 4.^a Ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 23; MATTOS NETO, Antônio José de. *Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem*. Revista de Processo. V. 106, abr/2002, p. 221.

⁹⁴ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. *O meio ambiente como direito difuso e sua proteção como exercício da cidadania*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 13, n. 25, 2010, p. 4069; PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 33.

⁹⁵ MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 37. No mesmo sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 36-37.

indisponível por excelência⁹⁶, e tal indisponibilidade decorre de vários fatores ligados à própria natureza do bem ambiental.

Em se tratando de contratos empresariais – objeto desta análise –, essas limitações (vida, integridade física e psíquica e meio ambiente) parecem menos aplicáveis, dada a pouca frequência na qual são verificados contratos empresariais firmados seja com pessoas físicas, nos quais as partes disponham de sua integridade física, seja com uma determinada coletividade, em que afastem parcialmente a indenização por danos causados ao meio ambiente. Por outro lado, o que é bastante frequente, aí sim, é a estipulação entre as partes contratantes, atuantes no mercado empresarial, a respeito de eventual direito de regresso envolvendo a responsabilidade por violação a bens jurídicos indisponíveis, sobretudo ambiental⁹⁷.

⁹⁶ LIMA, Bernardo. *A Arbitrabilidade do Dano Ambiental*. São Paulo. Ed. Atlas, 2010, p. 132.

⁹⁷ Embora sob o ponto de vista da responsabilidade objetiva ambiental, todos os agentes envolvidos na cadeia de fornecimento sejam solidariamente responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente, na relação interna entre tais agentes há direito de regresso das partes em face do real causador do dano. Esse direito de regresso constitui uma espécie de responsabilidade de segundo grau e observa o regime da responsabilidade civil subjetiva – ou seja, dependente da prova de culpa ou dolo do causador do dano. Essa responsabilidade poderá ser contratual ou delitual, de acordo com análise do caso, na esteira das decisões proferidas pelos tribunais estaduais: AÇÃO DE COBRANÇA. Vazamento de combustível. Contaminação do solo. Ressarcimento de valores gastos com readequação de estabelecimento comercial às exigências ambientais. 5. Solidariedade. O art. 14 § 1º da LF nº 6.938/81, o art. 225 § 3º da Constituição Federal, o art. 18 § 1º da LF nº 9.847/99 e o art. 8º da Resolução CONAMA nº 273/00 estabelecem a obrigação solidária dos infratores e poluidores (devedores) de reparar o dano ambiental em favor da sociedade (a credora, o terceiro em relação aos devedores); não cuida nem disciplina a relação legal ou contratual que possa haver entre os devedores solidários, durante ou depois de reparado o dano, a ser resolvida segundo a lei ou o contrato em cada caso. A responsabilidade solidária perante o terceiro prejudicado não se estende à relação entre os devedores, que segue a regra própria de cada caso; não se trata mais de responsabilidade ambiental, mas de responsabilidade contratual ou legal de direito privado ou público, segundo o seu mérito. Afastamento da responsabilidade da ré, por esse fundamento. (TJSP. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação Cível nº 0132650-85.2012.8.26.0100. Rel. Des. Torres de Carvalho. J. em 03/03/2016.)

POSTO DE COMBUSTÍVEL. São Paulo. Licença de instalação e operação. Correção do passivo ambiental. Termo de ajuste de conduta. Responsabilidade solidária da distribuidora. 1. Dano ambiental. O dano ambiental é evidente e restou demonstrado não apenas pelo termo de ajustamento de conduta firmado com a CETESB, com também pelo laudo apresentado pela empresa Quimbiol, no qual se constatou a presença de benzenos e xilenos em concentração superior aos limites permitidos nas amostras de água coletadas na região subterrânea do posto. 2. Responsabilidade ambiental. O art. 14 § 1º da LF nº 6.938/81 prevê a responsabilidade objetiva dos causadores diretos e indiretos do dano perante terceiros, de modo que a administração, o Ministério Público ou qualquer legitimado pode exigir de um ou de outro a recomposição ambiental; mas não regula a obrigação de um obrigado perante o outro, que deve ser vista nos termos do contrato e da participação concreta de cada um. O causador do dano ou responsável primário é o estabelecimento comercial cuja atividade causou a contaminação; poderá recuperar o que gastou, no todo ou em parte, na medida da responsabilidade dos obrigados sucessivos. A autora não provou que a contaminação tenha sido causada pelos equipamentos da ré e as circunstâncias do processo não permitem essa presunção; não pode, assim, transferir-lhe uma responsabilidade que não demonstrou ser dela. O pedido é improcedente. 3. Multa. Os primeiros embargos de declaração devem ser vistos com alguma largueza e não são protelatórios; mas não havia razão para a renovação, ante os termos da sentença e da rejeição dos embargos anteriores. Improcedência. Recurso da autora provido em parte para afastar a sanção processual aos primeiros embargos. (TJSP. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação Cível nº 0020226-28.2004.8.260053. Rel. Des. Torres de Carvalho. J. em 05/09/2013.)

O objeto do direito de regresso, no entanto, não é o bem jurídico atingido nos terceiros, como a vida e o meio ambiente, mas a indenização paga em virtude de sua violação. Dessa forma, o bem jurídico, sendo necessariamente em dinheiro, ou seja, disponível, não será um elemento impossibilitante da incidência de eventual cláusula de limitação de responsabilidade. Assim, optou-se por não dar tratamento específica e mais aprofundado ao tópico do bem jurídico atingido neste trabalho.

2.1.2 Interpretação das Cláusulas Limitativas

Para que se possa efetivamente compreender a abrangência e limites da cláusula de limitação de responsabilidade concretamente considerada, é necessário atribuí-la significado. Por esse motivo, tendo como plano de fundo os limites antes brevemente descritos e considerando apenas o recorte metodológico do trabalho, passa-se à análise de específicos critérios para sua interpretação.

Como precisamente salientado por Judith MARTINS-COSTA⁹⁸, ao tratar da licitude da cláusula de irresponsabilidade, ela apenas pode ser verificada à luz do caso concreto, tendo em conta especial o método sistemático, que considera a cláusula inserida na totalidade da declaração negocial. A partir de tal cânone é que se poderá averiguar a eventual existência de abuso de direito – consubstanciado na violação da confiança depositada por uma contraparte na declaração, dos bons costumes e da função econômica e social.

Ademais, o intérprete deverá ter em conta a multiplicidade de formas⁹⁹ pelas quais as cláusulas de limitação de responsabilidade podem se revestir para que se possa interpretá-las com o necessário rigor, tema que será tratado no Capítulo 3.1.2.

⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. T. II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 319/320. “*Em consequência, entendemos que, conforme as circunstâncias, a cláusula poderá ferir a licitude, ou não. É preciso que essas circunstâncias sejam concretamente ponderadas à luz dos critérios hermenêuticos contratuais (averiguação do investimento de confiança subsequente à intenção consubstanciada na declaração; usos do local da contratação, averiguados segundo a boa-fé, os bons costumes e a função econômica e social do negócio; interpretação mais favorável ao aderente, no caso de haver ambiguidade ou contraditoriedade na cláusula); e, ainda dos métodos de interpretação contratual, de modo especial o método sistemático, que considera o cânone da totalidade da declaração negocial.*”

⁹⁹ TAVARES, Fernanda Girardi. “Os instrumentos de equilíbrio contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: estudo da cláusula penal e da cláusula de não indenizar”. In: MARQUES, Cláudia

a. *Método sistemático: a totalidade da declaração negocial*

A relação obrigacional não é simples contraposição de prestações (se tomados os contratos comutativos), mas uma *relação jurídica total*, compreendendo uma finalidade econômico-social (como no contrato de compra e venda, a transferência do bem e o pagamento do preço), e uma série de deveres de prestação e de conduta necessários à consecução desta finalidade, configurando-se, assim, *uma relação jurídica especial entre as partes*¹⁰⁰.

Nesse sentido, não se poderia deixar de referir irretocável citação em que Karl LARENZ caracteriza a relação obrigacional como um todo complexo e concreto, que ultrapassa a soma de seus elementos, possuindo uma matriz unitária de sentido, que é o fim a que visa¹⁰¹:

La relación de obligación, como relación jurídica concreta entre personas determinadas, existente en el tiempo, es, ciertamente, un conjunto de derechos, obligaciones y 'situaciones jurídicas', pero no es la suma de aquéllos. Es, más bien, un todo, un conjunto ('Gefüge'). Subsiste como tal, aunque algunos de los deberes que contienen se hayan extinguido por el cumplimiento, o algunos de los derechos de formación hayan desaparecido por haberse ejercitado o hayan prescrito por no haber sido ejercitados en el tiempo previsto. Puede, sin perder su identidad como tal 'relación de obligación', ser modificada en su contenido por pacto entre las partes o a virtud de reglamentación legal (p. ej., nacimiento de un deber de indemnización). Incluso la persona de los interesados puede variar o alterarse, a consecuencia de sucesión, 'negocio inter vivos' o también por disposición legal (...). Lo que subsiste en tal alteración es cabalmente la esencia o trama, la conexión conforme a sentido de los distintos elementos del todo que subsiste aun cuando cambien algunos de estos elementos. Aquello en lo que descansa esta conexión una directriz unitaria, es el fin al que tiende. Toda relación de obligación persigue, a ser posible, la más completa y adecuada satisfacción del acreedor o de los acreedores a consecuencia de un terminado interés en la prestación.

Lima (coord.). A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pp. 360-399.

¹⁰⁰ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p.37.

¹⁰¹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 38/39.

Afirma Judith MARTINS-COSTA que “do ponto de vista da atividade hermenêutica, um contrato é um todo, uma totalidade de sentido”¹⁰², por esse motivo, a interpretação deve considerar a *unidade do conjunto* e a individualidade das partes menores inseridas no contexto desse todo. Assim, a autora refere as regras de interpretativas de POTHIER, dentre as quais está a regra (Sexta Regra) de que “as cláusulas interpretam-se umas pelas outras, sejam as antecedentes, sejam as posteriores”¹⁰³. E menciona, ainda, o Art. 113 do Código Civil, que estabelece deverem os contratos ser interpretados de acordo com a boa-fé e com os usos do local de sua celebração. Isso significa que a interpretação deverá considerar não apenas a vontade das partes consubstanciada na declaração, tomada como um todo dotado de sentido, como também o contexto e as circunstâncias e práticas do setor econômico do contrato concretamente considerados¹⁰⁴.

A fim de exemplificar a interpretação do contrato como uma totalidade de sentido, inserida em um contexto negocial, a autora refere o *caso da dissolução da joint venture*¹⁰⁵, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Min. Nancy Andri ghi, segundo a qual “a interpretação do contrato não pode ser feita pela análise isolada de um ou outra cláusula. A exegese deve ser sistemática, abrangendo todo o seu conteúdo, e encadeada com os motivos que justificaram a sua celebração, de sorte que, se o contrato não estiver alcançado seus objetivos, as condições nele definidas, sobretudo aquelas que restrinjam direitos, deverão de ser interpretadas à luz dessa realidade”.

Nesse sentido, quando da atribuição de sentido ao negócio jurídico, deve-se não apenas considerar o sentido literal da linguagem (ponto de partida da interpretação¹⁰⁶) de cada cláusula, como também o contexto em que firmado e o todo contratual, tendo em vista a

¹⁰² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 454 (grifo no original).

¹⁰³ POTHIER, Robert-Joseph. *Traité des Obligations*. Paris : Lib. de l’oeuvre de St. Paul, 1883, § 96, p. 44. *Apud* : MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 455, n.r. 54.

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 452.

¹⁰⁵ STJ. 3ª T. REsp 1250596/SP. Rel. Min.ª Nancy Andri ghi. j. 03/11/2011, DJ 16/11/2011.

¹⁰⁶ Art. 112 do Código Civil (nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem). A esse respeito: “*Sublinhe-se e reitere-se este ponto: na aplicação do art. 112, doutrina e jurisprudência são concordes ao sublinhar que o sentido literal da linguagem é o ponto de partida para a interpretação dos negócios jurídicos. Mas são igualmente concordes ao afirmar que o sentido literal não prevalece sobre o sentido sistemático e contextual, sendo positivamente equivocado atribuir a qualquer preceito legal ou cláusula contratual um valor isolado, despreendido do conjunto contratual*” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 458/459.).

finalidade econômica buscada pelas partes ao concluírem-no, isto é, a regulação de seus interesses¹⁰⁷. Isso porque a *perspectiva da totalidade dinâmica* importa na interligação entre todos os elementos presentes no vínculo, em vistas a uma finalidade¹⁰⁸.

Em razão disso, na interpretação da cláusula limitativa, a sua análise isolada, desconsiderando o regulamento econômico como um todo, além de ser contrária ao método interpretativo extraído à luz do ordenamento, é incapaz de conduzir o intérprete à vontade das partes consubstanciada na declaração. Assim, a avaliação quanto a eventual nulidade ou ineficácia deverá, necessariamente, verificar sua interação com as demais cláusulas e seu papel no todo contratual.

Como já antes referido, é possível afirmar que a cláusula de limitação de responsabilidade inserida em contratos empresariais tem como finalidade a alocação de riscos e responsabilidades, assegurando às partes, de forma prévia, o máximo indenizatório a que poderão estar sujeitas em caso de inadimplemento contratual. Nesse contexto, ela compõe o ajuste de riscos como um todo, podendo estar aí incluídos o preço, alteração das obrigações acessórias típicas de parte a parte, termos e condições (no sentido dos Arts. 121 e ss. do Código Civil) e outras estipulações a serem pactuadas entre as partes.

A avaliação do equilíbrio da cláusula tendo em vista, por exemplo, a violação da obrigação principal, deverá, necessariamente, considerar essa finalidade, examinando-a como engrenagem do todo, como consistindo uma parte da regulação de vantagens, desvantagens, riscos e responsabilidades acordada pelas partes. A interpretação pelo método sistemático, nesse sentido, é de especial relevância para análise da validade e eficácia da cláusula limitativa.

Além disso, como será analisado adiante, no Capítulo 3.2.2, ela apenas poderá ser considerada inválida ou ineficaz se importar em rompimento do sinalagma contratual – o

¹⁰⁷ “*Todo negócio jurídico é, por definição, finalista: as partes se vinculam negocialmente, criando uma regulação dos próprios interesses, porque tem um fim a atingir.*” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 461.

¹⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 214.

equilíbrio mínimo na relação, que não significa a plena igualdade entre as vantagens e desvantagens entre cada uma das partes¹⁰⁹.

b. Interpretação conforme a natureza da cláusula

Como dito anteriormente, se entendida a sua natureza como de *renúncia*, a primeira regra a ser tomada em consideração é a prevista no art. 114, do Código Civil, que determina sejam interpretados restritamente os contratos benéficos e as renúncias. Assim, segundo a doutrina aderente a tal posição, havendo limitação de responsabilidade, a análise da vontade daquele contra quem é invocada (que haveria renunciado ao seu direito à reparação) deverá ser cabal¹¹⁰. Isso significa a impossibilidade de integração ou interpretação da cláusula para além de seu sentido estrito e literal da linguagem.

Sem dúvida que analisar a cláusula limitativa como uma renúncia traz à tona o a regra de abusividade prevista no Art. 424 do Código Civil. Embora os contratos de adesão não componham o objeto deste estudo, o dispositivo é relevante, uma vez que essa talvez seja a hipótese que com mais recorrência verifica-se na prática.

O Art. 424 comina de nulidade as cláusula contratuais que importem “*renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio*”. Tal dispositivo remete aos elementos categoriais derogáveis¹¹¹ daquele determinado tipo negocial, que poderiam

¹⁰⁹ “Nos contratos comutativos, há sempre, para ambas as partes, vantagens e ônus polarmente situados. Portanto, pode o contrato ser ‘fonte de prejuízo’, sem afronta à boa-fé, quando se tratar de um prejuízo englobado no risco próprio do negócio.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 466).

¹¹⁰ AGUIAR DIAS, José. *Cláusula de Não Indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Forense: 1945, p. 32.

¹¹¹ Faz-se aqui referência à classificação de Antônio Junqueira de AZEVEDO: (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35): “Quais são esses elementos? São os que caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio. Os elementos categoriais são revelados pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio. São exemplos de categorias de negócio: compra e venda, doação, depósito, comodato, mútuo, locação e os contratos em geral; distratos; casamento; pactos antenupciais; emancipação; reconhecimento de filho ilegítimo; adoções; testamentos; codicilos; aceitação e abstenção de herança.

Os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e do que, em torno desta, a doutrina e a jurisprudência constróem. Na esteira dos juristas romanos e com base na ideia de natureza de cada tipo de negócio, a análise revela duas espécies de elementos categoriais: os que servem para definir cada categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência são os elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis; e os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo, são os elementos categoriais naturais ou inderrogáveis.”

compor o quadro negocial, salvo disposição em contrário pelas partes. No caso dos contratos de adesão, os elementos derogáveis do tipo negocial, que configuram direitos do aderente, passam a ser elementos naturais e inderrogáveis do contrato¹¹². Essa identificação dos elementos derogáveis do contrato deve se dar *in casu*, com “*atenta consideração das peculiaridades do negócio jurídico concreto*”, que é “*essencial para que sua natureza possa ser definida e, como consequência, quais os direitos dela decorrentes*”¹¹³.

Por esse motivo, cláusulas que retiram do contrato de adesão as condições que decorrem do próprio sinalagma do tipo negocial, quando implicarem diminuição dos direitos que naturalmente seriam conferidos ao aderente, serão consideradas nulas. Há quem defenda que seja o caso da cláusula de exclusão (integral) da responsabilidade contratual, uma vez que a responsabilidade é o remédio de controle e coerção do aderente em face do predisponente. Nesse sentido, Cristiano ZANETTI¹¹⁴ afirma que “*de pouco adianta conferir a titularidade do direito se à parte não é dada a possibilidade de responsabilizar a outra pela inobservância da conduta devida*”, por esse motivo, “*rever as regras de responsabilidade tende a alterar o equilíbrio inerente a cada negócio, o que, por força do art. 424 do Código Civil, não é de ser admitido nos contratos por adesão, como regra*”. Para o autor, o mesmo se aplica à cláusula limitativa em relação à responsabilidade do predisponente.

Porém, parcela relevante da doutrina sustenta que, uma vez admitida a limitação de responsabilidade no Direito do Consumidor¹¹⁵, em que a fragilidade da contratação e a vulnerabilidade do agente é mais evidente, não há como sustentar a impossibilidade de, nos

¹¹² Nesse sentido, ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 240, segundo o qual “[d]e modo diverso do que ocorre nos contratos submetidos exclusivamente aos limites clássicos, tende-se a proibir o afastamento das cláusulas que dispõem sobre os elementos categoriais derogáveis nos contratos por adesão, sempre que confirmam direito ao aderente. Nesse sentido, podem ser identificados alguns direitos que estão tão ligados ao sinalagma, a ponto de serem considerados naturais a todo negócio que seja bilateral. Por sua importância, as cláusulas que preveem a exclusão da responsabilidade merecem tratamento em apartado, embora também estejam diretamente relacionadas à preservação do sinalagma. De outro lado, o recurso às normas dispositivas tende a ser decisivo para os contratos típicos e importantes para os atípicos, naquilo em que for passível aproveitá-las, pois, em princípio, tais normas servem a definir a categoria e, como tais, são elementos naturais, cuja exclusão convencional é vedada sempre que gerarem direitos para o aderente.”

¹¹³ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, pp. 239/240.

¹¹⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 251.

¹¹⁵ O Código de Defesa do Consumidor estabelece: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.

contratos de adesão empresariais, sejam elas também aceitas¹¹⁶. Isso também fica claro quando comparados os respectivos dispositivos legais: enquanto o CDC refere expressamente “*cláusulas que exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor*”, o CC não faz o mesmo, limitando-se a mencionar a “*renúncia de direitos resultantes da natureza do negócio*”. Por esse motivo, seria possível afirmar que há uma posição mais liberal do Código Civil em relação ao Código de Defesa do Consumidor¹¹⁷.

Além disso, a abusividade deve ser analisada sob o ponto de vista do contrato concretamente considerado. Concorde-se com Wanderley FERNANDES, nesse sentido, quando defende que a simples referência à desigualdade de poder econômico entre os agentes não é suficiente para justificar a nulidade da cláusula *ex ante*¹¹⁸. O autor afirma, ainda, que o dispositivo legal, ao mencionar apenas *os direitos resultantes da natureza do negócio*, “*em nada diz respeito à cláusula de convenção do regime de responsabilidade, já que a responsabilidade não poderia ser caracterizada como direito resultante da natureza do negócio*”¹¹⁹. Para ele, são elementos resultantes da natureza do negócio apenas os associados aos elementos essenciais da operação econômica subjacente.

No entanto, o autor ressalva a necessidade de avaliação concreta. Isso porque é possível que o efeito da cláusula de limitação seja, efetivamente, equivalente ao de uma cláusula de exclusão de obrigação essencial do negócio. Essa avaliação demanda uma análise da razoabilidade e do equilíbrio entre o montante máximo de indenização e o montante apurado concretamente do dano, em razão do ilícito¹²⁰.

Portanto, a partir da interpretação da cláusula de acordo com o todo em que inserida e, também, tendo em vista a sua natureza, concretamente considerada, será possível afirmar-se o

¹¹⁶ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 198 e ss.

¹¹⁷ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 206.

¹¹⁸ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 202/203.

¹¹⁹ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 205/206.

¹²⁰ “*No que tange às cláusulas de limitação de responsabilidade, entendemos que não ferem o disposto no art. 424, pelas mesmas razões expostas há pouco e pelo fato de que não representam propriamente a renúncia a direito decorrente da natureza do negócio, até porque não excluem a responsabilidade, mas tão somente definem o limite do valor da indenização. Ressalvamos, no entanto, que deverá ser analisada a razoabilidade do valor máximo da indenização, o que, mais uma vez, somente poderá ser aferido in concreto*”. Em:

papel desempenhado no negócio jurídico concreto e em que medida ela respeita (ou não) as balizas atribuídas pelo ordenamento para sua validade e eficácia.

2.1.3 Consequências do desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento

Após a etapa hermenêutica e de acordo com o resultado desse processo, então, será necessário estabelecer as consequências do desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento à estipulação de cláusulas de limitação de responsabilidade.

Em caso de desrespeito dos limites impostos pelo ordenamento às cláusulas de limitação de responsabilidade, a doutrina tem defendido que as consequências podem ser, de acordo com a interpretação do contrato e seu contexto, tanto a invalidade da cláusula, mantendo hígido o pacto ou acarretando na invalidade do todo; como, em outros momentos, a ineficácia da cláusula em face de determinadas situações.

Consoante JUNQUEIRA DE AZEVEDO¹²¹, as cláusulas seriam *nulas* quando (i) exonerassem o agente em caso de dolo; (ii) fossem diretamente contra norma cogente; (iii) isentassem de indenização o contratante em caso de inadimplemento da obrigação principal; (iv) interessassem diretamente à vida e à integridade física das pessoas naturais.

Explicita o autor que as cláusulas da primeira hipótese devem ser consideradas *nulas*, porque admitir sua validade seria autorizar o contratante a delinquir, ou seja, sua nulidade decorreria do espírito do ordenamento. Na segunda situação, a nulidade decorreria de lei, do incisos II e VII do art. 166¹²² do Código Civil. Na terceira hipótese, o cumprimento ou não do contrato estaria sujeito a uma avaliação de vontade e conveniência do devedor, contrariando o art. 122¹²³ *in fine* do Código Civil. Por fim, as cláusulas correspondentes à última hipótese

FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 207/208.

¹²¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração de culpa grave em caso de responsabilidade profissional” (parecer). In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 342.

¹²² Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

¹²³ Art. 122. 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 sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes.

seriam nulas porque feririam o *princípio da dignidade da pessoa humana*, consagrado na Constituição Federal¹²⁴ (arts. 1^a, III e 5^o, *caput*). Isso significa que, em todos os casos, a nulidade decorre da afronta direta da estipulação ao ordenamento jurídico.

Em posição semelhante, embora não deixe tão claro os seus motivos, Wanderley FERNANDES¹²⁵ afirma a *nulidade* das cláusulas que violem normas cogentes (como a proteção à vida e à integridade física e a não contrariedade à ordem pública), nos casos em que, a partir de uma análise concreta, se verifique que a cláusula de limitação de responsabilidade retire do negócio a sua função econômico-social ou na situação na qual a cláusula limite a responsabilidade do devedor pelo inadimplemento doloso.

MARTINS-COSTA¹²⁶, por outro lado, entende que a invalidade ou a ineficácia da cláusula deve ser analisada concretamente. Exemplifica, afirmando a nulidade ou ineficácia do pacto quando inserida cláusula exoneratória que vede, desde a formação do contrato, o equilíbrio mínimo que deve haver entre prestação e contraprestação nos contratos bilaterais, sinalagmáticos e comutativos, sobretudo quando retire do devedor a obrigatoriedade do cumprimento da obrigação principal do contrato. Segundo a autora, “*quando uma disposição contratual está em oposição manifesta com as ‘regras essenciais’ do tipo contratual, considerado em concreto, em vista do seu objeto e de sua finalidade, cabe reconhecer, conforme o caso, ou a sua ineficácia, ou a sua invalidade*”.

Ela afirma que, nos contratos paritários, tendo em vista a *relativa igualdade substancial dos contratantes* quanto ao poder de negociar e alterar os termos do contrato, a cláusula será *ineficaz* quando importar no afastamento ou violação do *essentialia negotii*, causando lesão ao patrimônio alheio.

¹²⁴ Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

¹²⁵ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 265/266.

¹²⁶ MARTINS COSTA, Judith. “Contrato de Construção. ‘Contrato-Aliança’”. *Interpretação Contratual. Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar*” (parecer). In: *Revistas de Direito Civil Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 1. Out-dez/2014, pp. 315-351, p. 343.

Essa distinção é importante, dado o efeito de recomposição ao *status quo ante* da anulação do negócio jurídico, por força do Art. 182¹²⁷ do Código Civil. Ocorre que, por se tratar de uma cláusula acessória, a sua invalidade não fará com que todo o pacto seja invalidado, necessariamente. A invalidade da cláusula limitativa apenas poderá ser invocada para justificar a invalidade de todo o negócio jurídico quando, a partir da interpretação da vontade comum das partes, se puder aferir que as partes não teriam firmado o contrato, não fosse a inserção da cláusula limitativa. É possível afirmar, assim, que a invalidade da cláusula, como regra geral e ressalvada tal análise da vontade das partes, não acarreta a nulidade de todo o acordo, em atenção ao princípio da conservação dos contratos¹²⁸.

Além disso, a fim de se determinar a validade da cláusula limitativa deve-se observar os mesmos critérios atribuídos a qualquer outro negócio jurídico¹²⁹. Assim, relevante referir a previsão do Art. 166 e as firmadas com vício de consentimento (sobre os vícios de consentimento, ver item 3.2.4(b), abaixo). Com relação ao Art. 166, serão nulas se tiver como finalidade fraudar lei imperativa (inciso VI) ou se houver lei que taxativamente o declarar nulo ou proibir a prática. É o caso de uma cláusula de limitação que afirma expressamente que estará limitada a responsabilidade em caso de dano à integridade física do contratante, por exemplo.

As demais situações, no que se refere aos contratos empresariais negociados, constituem hipóteses de ineficácia. Os casos de ineficácia, típicos das situações de inaplicabilidade da cláusula limitativa genérica, podem ser verificadas em situações de descumprimento com dolo ou culpa grave: a cláusula, que é genérica, não será nula se o inadimplemento decorrer de dolo ou culpa grave, mas apenas ineficaz, remanescendo eficaz caso dano decorrente de culpa leve, por exemplo¹³⁰.

¹²⁷ Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

¹²⁸ Não adentra-se na definição do conteúdo e da abrangência de tal princípio, remetendo-se às regras interpretativas e ensinamentos de Robert POTHIER, segundo o qual “*quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve entender-se naquele em que ela pode ter efeito; e não naquele em que não teria efeito algum*”. Nesse sentido: MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 442; e FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 368/369.

¹²⁹ Não será analisada a hipótese de abusividade, previsto no Código de Defesa do Consumidor, e a previsão do Art. 424 (vide item 2.1.2), em razão do recorte deste trabalho, limitado à análise de contratos empresariais paritários e negociados.

Portanto, entende-se que a invalidade da cláusula limitativa deve ser verificada em concreto, a partir dos critérios dados pela lei e considerando a interpretação da estipulação. Nos demais casos, em que a cláusula contiver linguagem genérica e sendo aplicável a hipóteses lícitas e outras que ultrapassam o limite da autonomia privada, então deverá ser declarada a sua ineficácia frente às situações de dolo ou culpa grave ou rompimento do sinalagma, como será adiante analisado (item 3.2.2).

¹³⁰ Com mesmo posicionamento: FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 370.

2.2 A Cláusula de Limitação de Responsabilidade no Quadro da Bipartição da Responsabilidade: Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A Responsabilidade Civil tem como finalidade reparar o dano injusto (*alterum non laedere*)¹³¹, imputando ao causador de tal dano o dever de indenizar, que poderá decorrer (i) da não observância do dever geral de não causar danos a outrem (*neminem laedere*), ou (ii) do descumprimento dos deveres estabelecidos em ou decorrentes dos negócios jurídicos. Trata-se, respectivamente, da responsabilidade civil extracontratual e da responsabilidade civil contratual¹³²: em ambos os regimes, há ilícito, seja ele civil ou contratual, requisito¹³³ da responsabilidade civil.

A responsabilidade extracontratual também é chamada de *aquiliana*, em referência à *Lex Aquilia* (286 a.C.), ponto de partida para o desenvolvimento do que hoje é a nossa responsabilidade delitual. Antes da *Lex Aquilia*, no direito romano, não havia responsabilidade civil, apenas penal, objetiva – não analisava culpa – e coletiva – porque as ofensas eram reparadas pela vingança privada contra o ofensor e, posteriormente, pela fixação pelo Estado do valor a ser pago pelo ofensor à vítima a título de *penalidade* pelo dano. Com a Lei das XII Tábuas, a vítima passou a ser obrigada a aceitar a penalidade imposta pelo Estado, renunciando à possibilidade de vingança privada. Foi, no entanto, apenas na *Lex Aquilia*, com os estudos dos canonistas dos textos romanos, harmonizando suas soluções com a moral cristã, que a culpa passou a ser elemento necessário para a responsabilidade pelo delito: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*¹³⁴. A partir desse momento, então, assumiu-se o princípio

¹³¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 577.

¹³² Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA alerta acerca da imprecisão terminológica dos termos “extracontratual” e “contratual”, uma vez que esta é, em verdade, qualquer violação a negócio jurídico, seja unilateral, bilateral ou plurilateral, de forma que nem sempre estar-se-á diante de um descumprimento propriamente contratual. Ele aponta, nesse sentido, para a denominação responsabilidade negocial como a melhor designação nesse caso. Além disso, também outros termos usuais para a responsabilidade extracontratual (*rectius*, extranegocial) seria insuficientes: as designações “aquiliana” e “por ato ilícito” não abarcariam, no primeiro caso, as situações de responsabilidade objetiva e, no segundo, a responsabilidade por danos decorrentes de atos lícitos (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 59). Apesar das limitações dos termos, mantém-se sua utilização, dada a frequência com quem aparecem nos estudos do tema, sem, no entanto, descuidar-se das situações em que o seu sentido literal afastaria. Dessa forma, por responsabilidade contratual está-se referindo tanto aos casos de responsabilidade por descumprimento de contrato, como, eventualmente, de negócio jurídico unilateral ou plurilateral. Bem assim, nos casos em que houver emprego do termo responsabilidade extracontratual, estar-se-á fazendo referência à violação ao dever geral de cuidado, aplicável indistintamente, podendo tratar de sua violação direta ou do seu exercício inadmissível (abuso de direito), ou mesmo de situações de responsabilidade objetiva.

¹³³ Não obrigatório, havendo responsabilidade também pelo risco da atividade (art. 927, § único, CC) ou por atos lícitos (sobre este: USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas, 2014).

¹³⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. Tomo II. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 280.

de que cada um deve reparar o dano injusto causado a outrem em decorrência de um ato culposos àquele imputável¹³⁵.

Na Idade Moderna, durante a preparação para a edição do que veio a ser o *Code Civil Français*, Jean Domat (1625-1696), um dos maiores pensadores do período, estabeleceu o que vem a ser um dos princípios basilares da responsabilidade civil moderna: o fundamento da responsabilidade civil é a culpa ou imprudência¹³⁶. Nesse sentido, a noção de responsabilidade restringia-se aos casos de ato ilícito que violassem o direitos absolutos de outrem, por culpa, de modo que a violação de direitos relativos seria, então, considerado inadimplemento contratual¹³⁷.

A partir de então, estabeleceu-se a distinção clássica entre responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual: os deveres considerados lesados em cada uma delas possuem diferentes origens – de um lado, o dever geral de cuidado, prescrito na lei e aplicável *erga omnes*; de outro, um dever especial (uma obrigação pré-existente) estabelecido em um negócio jurídico¹³⁸. Isto é, a responsabilidade extracontratual decorre de um *ilícito absoluto*, ao passo que, a responsabilidade contratual, de um *ilícito relativo*¹³⁹.

Importa que se diferencie: o ilícito absoluto é aquele decorrente da violação de um bem da vida, sem que haja uma relação prévia entre lesante e lesado. Trata-se de um ato que *ofende direitos que todos têm de satisfazer, por sua ação ou omissão*¹⁴⁰, independentemente da pessoa lesada. PONTES DE MIRANDA refere como *atos ilícitos stricto sensu*.

¹³⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 578/579.

¹³⁶ PONTES DE MIRANDA, ao salientar que o simples fato ou ato que causa dano a outrem não é suficiente para fundamentar a responsabilidade – quando, por exemplo, tal dano decorreu de um exercício regular de direito, aponta para o trecho do *Discours* introdutório do Código Civil Francês: “*No Discours introdutório ao capítulo francês referente ao dano lê-se o seguinte: ‘Le dommage, pourqu’il soit sujet à réparation, doit être l’effet d’une imprudence de la part de quelqu’un: s’il ne peut être attribué à cette cause, il n’est plus que l’ouvrage du sort dont chacun doit supporter les chances; mais, s’il y a eu faute ou imprudence, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis, il en est dû réparation’.*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII. 3ª ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 79.)

¹³⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 578/579.

¹³⁸ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.

¹³⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 581.

¹⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. § 166, 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1970, p. 213.

Daí decorre outra diferenciação básica entre os dois regimes: o ilícito absoluto constitui fonte de obrigação, estabelecendo uma relação antes inexistente entre as partes, ofensor e lesado, que se extingue com a reparação do dano; enquanto que o ilícito relativo é apenas uma *emanação da eficácia*¹⁴¹ de uma obrigação pré-existente entre as partes, que, uma vez violada, gera a obrigação de uma das partes de determinado negócio jurídico de reparar o dano causado à outra, não necessariamente extinguindo a relação, de acordo com a espécie de inadimplemento que se trate¹⁴².

De acordo com Francisco AMARAL¹⁴³, o tratamento diverso atribuído pelo Código Civil nos Arts. 927¹⁴⁴ e 944¹⁴⁵ – violação do dever geral de cuidado – e Arts. 389¹⁴⁶ e 402¹⁴⁷ – inadimplemento contratual – se justifica pela fonte do dever de indenizar. Isto é, por um lado, o ilícito absoluto é originário do dever de indenizar, criando para as partes uma nova obrigação; o ilícito relativo, por outro, é “*simples mudança do objeto da relação*”, ou seja, a prestação anterior é *substituída* pelo seu ressarcimento ou pela própria prestação acrescida de perdas e danos.

No Brasil, há, no entanto, diversas semelhanças entre os regimes, que o aproximam e que, segunda a doutrina, afastariam o argumento de que haveria uma diferença *na natureza* de

¹⁴¹ O termo foi utilizado por FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.

¹⁴² Utilizando o termo *causa*, no sentido de fundamento da obrigação, SCOGNAMIGLIO refere que, no regime extracontratual, a *causa* do dever de reparar assenta-se na própria conduta das partes, enquanto que, no regime contratual, a causa seria encontrada no próprio ato que constitui a obrigação descumprida. (SCOGNAMIGLIO, Renato. “Responsabilità contrattuale et extracontrattuale”. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. 15. Torino: Utet, 1698, pp. 671/672). Para MAZEAU e MAZEAUD, essa diferenciação é insuficiente, porque em ambos os casos há violação de um dever pré-existente, seja ele previsto na lei ou no contrato, e ambos são gerados efeitos a partir da sua violação. Em: MAZEAUD, Henri et MAZEAUD, León. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. T. I. 4ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947: « *Il est donc exact de dire que la responsabilité delictuelle et la responsabilité contractuelle sont deux institutions en quelque sorte parallèles, placées sur le même plan. On ne saurait faire de la responsabilité délictuelle une source d’obligation pour ne voir dans la responsabilité contractuelle qu’un effet de l’obligation. Dans les deux cas, on voit naître une obligation et on voit cette obligation produire des effets.* »

¹⁴³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 582 e 586.

¹⁴⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹⁴⁵ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

¹⁴⁶ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

¹⁴⁷ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

cada um deles¹⁴⁸. Segundo Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA¹⁴⁹, os princípios e finalidades gerais são compartilhados, como o escopo de preservação do interesse do lesado, bem como os seus pressupostos, quais sejam, o descumprimento culposo (como regra geral) de uma norma (seja ela geral ou relativa), que causa um dano injusto, e que acarreta, assim, a responsabilidade do causador do dano pela sua reparação.

Essa relação intrínseca entre os regimes fica explícita se tomarmos em conta, por exemplo, a responsabilidade pelo vício do produto estabelecida entre consumidor e fornecedor: a existência de uma relação negocial entre o consumidor final de determinado produto e o seu distribuidor ou fabricante não conduz à aplicação do regime da responsabilidade contratual. Ao contrário, o regime aplicado é o contido na legislação consumerista¹⁵⁰. Isso porque a fonte da responsabilidade, nesse caso, não é o contrato, mas a própria lei.

A fluidez na aplicação das normas de um regime ao outro também demonstra a inserção de ambos em um todo mais abrangente, como ocorre, nos exemplos trazidos por Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA¹⁵¹, com a incidência das normas relativas à indenização (art. 944¹⁵²), dispostas no capítulo atinente à responsabilidade extracontratual, aos casos de responsabilidade contratual. Bem assim o afastamento da responsabilidade quando decorrente

¹⁴⁸ MAZEAUD, Henri. MAZEAU, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*. Tome I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 95. Também em: FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 60.

¹⁴⁹ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 60. Também: AMARAL, Francisco, *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 582.

¹⁵⁰ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 60, que afirma: “O regime dessa responsabilidade decorrente do Código de Defesa do Consumidor é, em essência, extracontratual, ao menos entre consumidor e fornecedor, não se constituindo nalguma espécie de combinação ou tertium genus, ainda que o regime seja próprio das relações de consumo. O dado fundamental, no entanto, encontra-se na irrelevância da existência de contrato prévio para o resultado previsto na norma, de modo que não se põe em questão o regime aplicável.” Cláudia Lima MARQUES aponta ao que talvez seja uma das causas dessa regulação do regime da responsabilidade no campo do direito consumidor: o que ela chama de *crise dos contratos* e a *crise da pós-modernidade*: “O CDC se propõe a restringir e regular, através de normas imperativas, o espaço antes reservado totalmente para a autonomia da vontade, instituindo como valor máximo a equidade contratual. (...) Certo é que a decadência do voluntarismo no Direito Privado levou à relativização dos conceitos. O direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve que se adaptar e ganhar uma nova função, qual seja, a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual.” MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, pp. 153/154.

¹⁵¹ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

¹⁵² Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

de eventos de caso fortuito ou força maior, conforme disposto no art. 393¹⁵³, no capítulo de inadimplemento contratual, plenamente aplicável, porém, à responsabilidade extranegocial.

Não por outro motivo parte da doutrina¹⁵⁴ afirma que não há uma distinção *essencial* que justifica a divisão clássica, mas há uma única responsabilidade civil, que resulta no dever de indenização em razão de uma violação de um dever pré-existente, seja ele geral ou especial. Fábio Konder COMPARATO¹⁵⁵, socorrendo-se da análise feita por André TUNC, sintetiza cinco críticas à dicotomia rígida entre os regimes de responsabilidade:

- a) *a dificuldade prática de se determinar se certos danos sobrevieram no campo contratual ou extracontratual;*
- b) *a ausência de justificação racional para a maior parte das diferenças apresentadas entre os dois regimes de responsabilidade;*
- c) *a inexistência de se dizer que certas responsabilidades são criadas unicamente pela lei e outras tão-só pela estipulação contratual;*
- d) *em certas situações, uma pessoa tem deveres jurídicos que decorrem da natureza de sua atividade profissional, haja ou não relação contratual envolvida no caso;*
- e) *as diferenças de fundamento e de regime dos dois tipos de responsabilidade tornam-se mais ou menos absurdas, quando a mesma atividade pode criar uma responsabilidade que seria contratual em relação a uma parte e delitual em relação a terceiros.*

Mais coerente, nesse análise, é a linha que adota a existência essencial de uma única responsabilidade civil, que compreende diversos regimes. A tais regimes seriam aplicáveis os mesmos princípios, que podem variar em intensidade de acordo com o regime incidente¹⁵⁶. Nesse sentido, diversos são os regimes, não por sua *natureza*, mas pelo tratamento legal atribuído a determinadas situações, fato ou atos jurídicos. Pode-se dizer, assim, que, embora ausente uma diferença essencial, há uma diferença accidental, essa diferença reside na apuração das consequências da responsabilidade, não na sua fonte.

¹⁵³ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

¹⁵⁴ A esse respeito, AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 583/584. COMPARATO, Fábio Konder. “A mora no cumprimento das obrigações contratuais pecuniárias e suas consequências”. In: *Direito Empresarial. Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.

¹⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. “A mora no cumprimento das obrigações contratuais pecuniárias e suas consequências”. In: *Direito Empresarial. Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 370.

¹⁵⁶ MAZEAUD, Henri et MAZEAUD, León. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. T. I. 4ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 96. « [d]émontrons d’abord l’exactitude de la double proposition

Tais regimes acidentalmente diversos, ainda, podem variar ao infinito, considerando a prática do mercado. Não apenas a responsabilidade contratual ou extracontratual, são também verificados regimes diversos para a responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto, do profissional liberal pelo exercício de sua atividade, dos administradores de companhias pela sua gestão, dos agentes que exercem atividade perigosa, a responsabilidade civil pré-contratual, entre outros.

Especial atenção deve ser dada ao regime da responsabilidade civil pré-contratual, tendo em vista que na prática empresarial ela pode se mostrar bastante frequente, dado o próximo contato entre dois agentes do mercado que antecede a conclusão do contrato.

A responsabilidade pré-contratual¹⁵⁷ se verifica quando do dano gerado em razão de ações ou omissões de uma das partes durante o período de tratativas, antes da conclusão do negócio. Para Judith MARTINS-COSTA, a fonte do dever de indenizar pelo rompimento das tratativas não está propriamente em um delito civil absoluto – ora, não se poderia assumir que todas as partes que iniciam uma tratativa estão, desde já, obrigadas a concluírem o contrato –, mas do exercício abusivo do rompimento. Isto é, o rompimento das tratativas que viole regras impostas pela boa-fé, tendo em vista a “*especial situação decorrente do grau de contato social existente entre os negociadores*”¹⁵⁸. Trata-se de uma violação particularizada e qualificada do dever geral de “a ninguém lesar”.

Ela se verifica quando um dos negociantes, em razão do contato mantido com o outro negociante e apoiando-se em razoável e legítima expectativa de que o negócio se conclua, realiza despesas, deixa de aproveitar oportunidades com terceiros, revela segredos técnicos e comerciais e fragilidades econômicas. Contudo, as tratativas são injustificadamente rompidas pelo negociante lesante.

avancée : Il n'y a pas de différence fondamentale entre les deux ordres de responsabilités. Il existe des différences accessoires. »

¹⁵⁷ Chamada por Judith MARTINS-COSTA de pré-negocial (MARTINS-COSTA, Judith. “Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro”. In: *A Evolução do Direito no Século XXI: Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnaldo Wald*. Almedina, 2007.). Como referido anterior, o termo pré-negocial é mais abrangente e, por isso, os autores o defendem como mais apropriado. Tendo em vista o recorte da análise deste trabalho e a fim de manter a uniformidade de nomenclatura, adotaremos o termo “pré-contratual”.

¹⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. “Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro”. In: *A Evolução do Direito no Século XXI: Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnaldo Wald*. Almedina, 2007, pp. 307/308.

Não se nega que a todos deve ser garantida a possibilidade de optar por vincular-se ou não. Esse direito, no entanto, deve ser exercido nos limites da conduta de acordo com o princípio da boa-fé objetiva. Nesse sentido, Judith MARTINS-COSTA afirma que:

Sendo funções primárias do Direito garantir expectativas e direcionar condutas, o Ordenamento assegura 'a confiança fundada nas condutas comunicativas das pessoas responsáveis, fundada na própria credibilidade que estas condutas reivindicam'. Por isso, o Ordenamento protege certas 'situações de confiança' para o efeito de indenizar os danos produzidos em razão da confiança injustamente iludida. Como percebeu Baptista Machado há, entre os níveis ou planos de intervenção do Direito, mediações entre os pólos da autonomia e da heteronomia, distinguindo-se o nível em que o Direito atua 'para dar cobertura a consensos formados no contexto da comunicação entre as pessoas, vindo assim a garantir uma ordem de comunicação e de convivência sintonizada com a consciência ético-jurídica (e ético-comunicativa) dos membros da comunidade'¹⁵⁹.

Quando verificada a violação da confiança estabelecida por mais ou menos intensos contatos comunicativos, a reparação ocorre de forma diversa do que ocorreria se já houvesse sido firmado o negócio jurídico. Não haverá tutela das promessas de um contrato de uma parte à outra, mas apenas pela extensão do dano causado pela violação da *fides*, em grau objetivo¹⁶⁰.

Os deveres da *fides* são aqueles que se espera de um parceiro de negociações probo, leal e honesto, adicionando aos seus deveres de omissão (decorrentes do princípio geral do *neminem laedere*), também ações positivas ou omissões qualificadas para evitar a violação das legítimas expectativas do outro¹⁶¹. São eles: os deveres de probidade, violados por uma *ação abrupta, infundada, irrazoável e desleal, causadora de dano injusto ao parceiro pré-contratual*¹⁶²; deveres de informação, que poderão resultar em erro na formação da vontade ou, até mesmo, dolo, que resultaria na invalidade do contrato, se chegasse a ser concluído.

¹⁵⁹ BAPTISTA MACHADO, João. “Tutela da confiança e ‘Venire Contra Factum Proprium’”. In: *Obra Dispersa*. Vol. I. Scientia Jurídica. Braga, 1991, pp. 375 e seq. *Apud* MARTINS-COSTA, Judith. “Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro”. In: *A Evolução do Direito no Século XXI: Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnaldo Wald*. Almedina, 2007, pp. 314/315.

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. “Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro”. In: *A Evolução do Direito no Século XXI: Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnaldo Wald*. Almedina, 2007, pp. 314/315.

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. “Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro”. In: *A Evolução do Direito no Século XXI: Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnaldo Wald*. Almedina, 2007, pp. 319/320.

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith. “Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro”. In: *A Evolução do Direito no Século XXI: Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnaldo Wald*. Almedina, 2007, p. 329.

Nos casos de dolo invalidante do negócio, aplicável também seria a reparação pela responsabilidade pré-contratual¹⁶³. Afirma PINTO MONTEIRO, ainda, que a reparação do dano de quem prestou uma informação falsa por culpa, ainda que não haja dolo na formação do consentimento da contraparte (ou seja, nas hipóteses de erro culposo¹⁶⁴), também ficaria responsável (pelo regime pré-contratual) pela reparação.

Essa reparação, tendo em vista a inexistência de uma relação contratual, se dará por meio da colocação dos bens e das pessoas, atingidos pela expectativa frustrada, na posição em que estariam caso não houvesse havido tais negociações, sob o regime geral da responsabilidade extracontratual¹⁶⁵⁻¹⁶⁶.

Ocorre que, muitas vezes, há a assinatura de termos prévios entre as partes, que estabelecem alguns parâmetros para a negociação, como os memorandos de entendimentos e as cartas de intenções¹⁶⁷. Tais termos não contêm os requisitos de um pré-contrato¹⁶⁸, mas

¹⁶³ PINTO MONTEIRO, António J. M. *Erro e Vinculação Negocial*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 23.

¹⁶⁴ Arts. 138 a 144 do Código Civil.

¹⁶⁵ Judith MARTINS-COSTA afirma que a responsabilidade extracontratual é gênero, do qual são espécies: a responsabilidade delitual, fundada na culpa extracontratual; a responsabilidade objetiva pelo risco (Art. 927, § único) e pelos produtos postos em circulação (Art. 931); e a responsabilidade pré-negocial, “*caracterizada pelo momento da produção do dano e pela especialidade do dever violado (infração danosa e imputável a deveres de proteção pré-negociais)*”. Em: MARTINS-COSTA, Judith. “Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro”. In: *A Evolução do Direito no Século XXI: Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnaldo Wald*. Almedina, 2007, p. 322. Em sentido diverso: STJ. REsp 1.367.955/SP. 3.ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 18/03/2014. No caso, o Ministro Relator fundamentou que a reparação de danos em caso de *culpa in contrahendo* funda-se na violação da boa-fé objetiva, conforme previsão do Art. 422. Afirma que, por estar tal dispositivo contido nas normas relativas aos contratos em geral – e não naquelas referentes aos atos ilícitos absolutos –, houve uma opção legislativa pelo regime contratual em caso de ruptura injustificada das negociações.

¹⁶⁶ Sobre a reparação do dano pré-contratual, ver capítulo sobre reparação pelo interesse negativo, item 3.2.4 (b).

¹⁶⁷ Sobre a dificuldade de se estabelecer, em abstrato, a natureza dos memorandos de entendimento e cartas de intenções, ver: BASSO, Maristela. “As cartas de intenção ou contratos de negociação”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 769/1999, p. 28-47, nov., 1999, segundo a qual: “*O problema, talvez mais difícil, como se viu, diz respeito à natureza jurídica (contratual ou pré-contratual) da responsabilidade em caso de descumprimento das cartas. Como se demonstrou, a resposta a esse problema não pode ser dada em termos gerais.*

É preciso, então, analisar e interpretar o instrumento em questão para, então, definir sua natureza, como se fez ao examinar a tipologia das cartas de intenção. Seu fundamento, portanto, está na vontade das partes, já que os direitos internos revelam, primeiro, dificuldades em reconhecer estes modelos jurídicos; segundo, um descompasso a respeito da distinção destas categorias de responsabilidades e, conseqüentemente, incertezas quanto ao ressarcimento: se interesse contratual negativo ou positivo.

Qualquer que seja, então, o direito aplicável, todos esses problemas deverão ser enfrentados. Por isso, faz-se mister que os negociadores, quando da redação da carta de intenção, determinem, expressamente, qual a natureza de seu acordo e quais as conseqüências em caso de inadimplemento, evitando, assim, dúvidas e controvérsias.”

O mesmo alerta faz Rodrigo Bernardes BRAGA (“Noções gerais sobre as cartas ou protocolos de intenção”. In: *Revista de Direito Privado*, v. 27/2006, p. 293-301, jul.-set., 2006.): “*Deve-se ter muito cuidado, entretanto, com o uso indiscriminado das cartas de intenção, pois embora desprovidas de eficácia vinculante*

podem estabelecer, por exemplo, o dever de confidencialidade e como ele deve ser executado e uma cláusula limitativa da responsabilidade pré-negocial.

Lívia Lenz de MORAES¹⁶⁹, em trabalho de mestrado a respeito do tema, refere que a jurisprudência brasileira não é assente quanto aos critérios que definem quando um documento preliminar é, de fato, um contrato preliminar. Os tribunais tanto já se posicionaram no sentido de que documentos preliminares são vinculativos (ou seja, possuem efeito de contratos preliminares), quanto no sentido da ausência de vinculação. Nos casos de vinculação, o entendimento é de que o documento preliminar, pelas suas características e pelo comportamento das partes após a sua conclusão, constituiu um contrato preliminar.¹⁷⁰ Há, por outro lado, julgados em que se entende pela ausência de vinculação, usualmente inseridos no contexto de fusões e aquisições¹⁷¹. A existência de vinculação depende, portanto, de análise casuística: segunda ela, os fatores determinantes são, como regra geral, a vontade objetiva das partes (conteúdo contratual e o comportamento posterior à sua assinatura, durante a fase de

na generalidade dos casos, podem conter requisitos essenciais que as desnaturem, caracterizando-as como verdadeiros contratos, a depender de como estão redigidas as suas cláusulas (conteúdo) e de como o instrumento está revestido (forma).

Com efeito, para evitar que isto ocorra e, ainda, para evitar uma infinidade de dúvidas na sua formação, torna-se aconselhável: i) boa redação, com clareza sobre objetivos e obrigações; ii) definição correta do seu objeto, consignando-se expressamente que a negociação por iniciar ou em curso não gera qualquer vinculação entre as partes quanto ao ajuste futuro; iii) menção expressa quanto a falta de acordo sobre elementos essenciais ao contrato, existindo aspectos controversos ou dúvidas a serem sanadas antes da sua celebração, se a situação assim reclamar (v.g. nas minutas de contrato); iv) obrigação de negociar de boa-fé; v) respeito à confidencialidade (cláusulas de sigilo durante a negociação ou por prazo que vier a ser assinado, podendo, ainda, se não estipulado, perdurar enquanto as informações não caírem em domínio público); vi) exoneração de responsabilidades em caso de cessar a negociação (salvo dolo) ou previsão de ressarcimento com a limitação das perdas e danos (cláusula penal compensatória) na mesma hipótese; vii) definição quanto à divisão dos custos pelas despesas que as partes efetuarem na hipótese da não conclusão do contrato, podendo cada parte ficar responsável pelas suas respectivas despesas ou definir-se que os custos serão suportados igualmente entre as partes. Isto vale tanto para as despesas diretamente vinculadas à negociação, quanto para aquelas indiretamente vinculadas a ela; viii) possibilidade de se prever pacto de exclusividade, evitando-se que a(s) parte(s) possa(m) negociar o mesmo objeto paralelamente com terceiros (homenagem ao princípio da boa-fé); ix) possibilidade de se prever prazo razoável para o encerramento das negociações e conclusão dos estudos ou, ainda, cláusula resolutiva da carta se a negociação não se encerrar dentro de determinado prazo e, finalmente, x) recurso à arbitragem ou ao Poder Judiciário de determinado país, conforme eleito pelas partes nas hipóteses de descumprimento.”

¹⁶⁸ Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

¹⁶⁹ MORAES, Lívia Lenz de. *Os efeitos jurídicos das cartas de intenções e memorandos de entendimentos*. 2016. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, pp. 85-91.

¹⁷⁰ TJ/SP. 9ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9100281-69.2004.8.26.0000. Des. Rel. Antonio Vilenilson, j. 03/05/2011; TJ/RS. 20ª Câmara Cível. Apelação nº 70051445054. Des. Rel. Carlos Cini Marchionatti, j. 19/12/2012; e TJ/SP. 33ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 992.08.053826-5. Des. Rel. Sá Duarte, j. 22/11/2010.

¹⁷¹ TJ/SP. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 9191408-83.2007.8.26.0000. Des. Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 02/10/2013; TJ/SP. 1ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 9129816-

tratativas) e a presença dos elementos essenciais do negócio (esses, no entanto, também amplamente discutidos).

Nesses casos, ela afirma, há a busca, pela parte lesada com a frustração das negociações, pelo reconhecimento da existência de um contrato preliminar. A solução da questão, muitas vezes, passa antes pela análise da boa-fé como baliza do comportamento, do que propriamente pela presença dos elementos essenciais, nos termos do Art. 462 do CC¹⁷². Nesse sentido, a solução para ela também se dá pela ocorrência ou não do abuso de direito, com base no Art. 187, do que propriamente no inadimplemento contratual.

Assim, feito esse breve esboço introdutório para diferenciar os diversos regimes, no que concerne ao tema central do presente trabalho, a interação entre os regimes contratual e extracontratual e as cláusulas de limitação de responsabilidade traz consigo pelo menos duas principais questões, quais sejam, a possibilidade de limitação de responsabilidade em situações de cumulação de responsabilidade negocial e aquiliana (item 2.2.1); e a possibilidade de limitação da responsabilidade extranegocial (inclusive a responsabilidade pré-contratual) (item 2.2.2).

2.2.1 A interação da Cláusula de Limitação de Responsabilidade com situações de cumulação de regimes

É possível que a parte lesada se encontre em situação em que houve tanto o inadimplemento contratual da outra parte e, em razão do mesmo fato e pelo mesmo agente, haja violação do dever geral de cuidado (*neminem laedere*). Nesses casos há tanto ilícito civil como ilícito contratual, coincidindo-se o suporte fático de ambos os regimes de responsabilidade¹⁷³, impondo-se, então, o problema de saber se é possível a cumulação de ambos os regimes e, em sendo, se podem as partes previamente limitá-lo.

67.2009.8.26.0000. Des. Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 26/08/2014; e TJ/DF. 5ª Turma Cível. Apelação Cível nº 2004011037284-5. Des. Rel. Romeu Gonzaga Neiva, j. 25/04/2007.

¹⁷² Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

¹⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 87.

As hipóteses, então, de solução da questão são de quatro ordens: (i) ou a responsabilidade extracontratual prevalece sobre a contratual; (ii) ou a responsabilidade contratual absorve a responsabilidade extracontratual; (iii) ou faz-se uma espécie de mescla entre os dois regimes, de acordo com o que for mais vantajoso à vítima; (iv) ou, por fim, a escolha entre os dois regimes caberá à vítima, que não poderá voltar atrás de sua escolha ao longo do processo.

Toma-se, como exemplo, o contrato de prestação de serviços de segurança celebrado entre uma indústria produtora de equipamentos eletrônicos, e empresa que realiza a segurança das plantas industriais, pelo valor mensal de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Nesse caso, há uma cláusula que limita a responsabilidade da empresa de segurança ao montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por ano de vigência do contrato. Ocorre que, em determinado momento, o próprio segurança da empresa vem furtando, paulatinamente, equipamentos eletrônicos armazenados na planta industrial, que representaram, ao final de 5 meses, cerca de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Nesse caso, há um ilícito relativo – violação do dever de garantir os meios para a segurança do local – e um ilícito absoluto, qual seja, o furto operado por seu preposto que gera dano ao patrimônio da contratante.

Para a doutrina que adere à hipótese (i), também chamada de *teoria monista da responsabilidade*, o inadimplemento contratual seria também um ilícito absoluto e a responsabilidade seria sempre aquiliana¹⁷⁴. Segundo a corrente monista, a lei e o contrato devem ser tidos como iguais fontes, *uma vez que, em primeiro lugar, aquela é a manifestação de acordo de vontade dos indivíduos cujo agrupamento forma o Estado*, de forma que, *a lei é um contrato público e o contrato é uma lei privada*¹⁷⁵.

No exemplo adotado, a solução seria a responsabilidade extracontratual da empresa prestadora de serviços de segurança, provando-se o nexo de causalidade (nos termos do Art.

¹⁷⁴ Embora com posição diversa a respeito da possibilidade de cumulação da responsabilidade contratual e extracontratual, JOSSERAND reconhece, assim como a teoria monista, que a inexecução de um contrato não é senão também um ato ilícito, estando também abrangida no grande guarda-chuva da responsabilidade civil: “*ne pas exécuter un contrat, manquer à la parole donnée, c’est commettre un acte illicite, c’est delinquere in contractu.*” Em: JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. Vol. II. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 256.

¹⁷⁵ Discorrendo a respeito das ideias de GRANDMOULIN: SCHILLING, Arno. *A Ilícitude na Responsabilidade Civil Extra-Contratual*. 1964. 178 fls. Tese (Doutorado) para concorrer à Cátedra de Direito Civil – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre/RS, p. 30.

933, do Código Civil), sem incidência da cláusula que limita a responsabilidade, sendo a empresa prestadora de serviços responsável pela reparação por toda a extensão do dano.

Embora possa parecer que essa primeira solução falhe em precisão classificatória, o mérito da teoria monista é sua oposição veemente à distinção clássica, evidenciando semelhanças e aproximações entre os dois regimes.

Há casos em que, embora não necessariamente como decorrência da aplicação da teoria monista, a existência de um contrato entre as partes é irrelevante, em razão da aplicação do regime de responsabilidade legal (extracontratual, portanto). É o caso da responsabilidade pelo fato do produto no direito do consumidor, antes referido¹⁷⁶. Nela, não se leva em consideração a eventual natureza contratual da relação entre fornecedor e consumidor, responsabilizando-se solidariamente todos os fornecedores da cadeia de produção, independentemente da relação com o consumidor – contratual ou não –, nos termos do que prevê o art. 18¹⁷⁷ do Código de Defesa do Consumidor. Da mesma forma, todas as vítimas de

¹⁷⁶ A responsabilidade civil do fornecedor em direito do consumidor está dividida em dois regimes: (i) o da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e (ii) o da responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço.

A distinção entre os regimes não segue o mesmo critério do regime da responsabilidade civil no âmbito do Direito Civil. Se o Direito Civil adota a fonte do dever como critério encarregado de estabelecer o regime de responsabilidade – contratual ou extracontratual –, o Direito do Consumidor adota critério diverso: o conteúdo do dever violado (ver: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 568.)

Nesse sentido, quanto ao seu conteúdo, o fato do produto ou do serviço (Art. 12, CDC) representa um vício de qualidade por insegurança, ao passo que o vício do produto ou do serviço (Art. 18, CDC) representa um vício de qualidade por inadequação. O regime de vícios do CDC, ademais, ultrapassa a responsabilidade tradicional, assente na culpa, passando-se à presunção geral desta (ver: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 1288-1289.)

A distinção entre os regimes de responsabilidade consumerista, como depende do conteúdo do dever violado, tem distinções tocantes à verificação da ocorrência do vício e excludentes de responsabilidade aplicáveis, mas destaca-se a distinção quanto à sujeição, pelo consumidor, a prazo decadencial ou prescricional diante da ofensa suportada. A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço origina pretensão a ser deduzida em juízo, portanto de natureza prescricional, a ser exercida em 5 (cinco) anos, como dispõe o Art. 27 do CDC. Já o vício do produto ou do serviço tem como consequência um prazo decadencial, disposto no Art. 26 do CDC.

¹⁷⁷ Art. 18. *Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.* Em leitura conjunta com art. 3º, segundo o qual, *fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

um acidente de consumo são consideradas consumidores para fins de responsabilidade do fornecedor¹⁷⁸ pelo fato do produto.

De acordo com CAVALIERI¹⁷⁹, o fundamento de tal equiparação reside no dever do fornecedor de garantir a segurança do produto, de modo que, havendo relação contratual ou não, o acidente de consumo será de responsabilidade do fornecedor, de acordo com o regime legal.

Nas relações comerciais, também assim, por determinação legal, o fornecedor é responsável objetivamente pelo produto que põe em circulação¹⁸⁰, como na compra e venda de máquina de alta precisão firmada entre duas grandes empresas¹⁸¹. Nesse caso, independentemente da existência de contrato e do acordo das partes quanto à responsabilidade, o fornecedor será responsável objetivamente. A questão, então, seria saber se é possível a contratualização do regime, limitando a responsabilidade¹⁸², ou se em verdade se trata de uma norma cogente inafastável pela vontade das partes, ainda que com efeitos *intra-partes*.

Retomando a análise das hipóteses de reposta ao problema da cumulação de regimes, são referências da segunda corrente – de que, uma vez havendo relação contratual entre as partes, o regime contratual absorveria o regime extracontratual – os doutrinadores franceses.

JOSSERAND¹⁸³, nesse sentido, afirma que a qualidade de “contratante”, uma vez atribuída ao agente, não pode ser desconsiderada para fins de responsabilidade. Analogicamente, ele associa tal caracterização com a nacionalidade, afirmando que da mesma forma como um *francês* não pode ser estrangeiro e também francês, não pode o *contratante* ser um terceiro e um contratante. Ou seja, uma vez contratante, não há mais espaço para responsabilidade delitual. Para ele, as regras francesas da responsabilidade aquiliana destinam-se a terceiros e não às partes de um contrato. A mesma opinião é seguida por

¹⁷⁸ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

¹⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33.

¹⁸⁰ Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

¹⁸¹ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173.

¹⁸² Essa pergunta será respondida ao longo da pesquisa.

¹⁸³ JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. Vol. II. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 258.

Massimo BIANCA¹⁸⁴ e Geveviève VINEY¹⁸⁵. Para esses autores, não poderia haver uma cumulação entre as teorias, prevalecendo o regime negocial.

MAZEAUD e MAZEAUD parecem também aderir a essa segunda corrente, *cum granu salis*. Para eles, se houver contrato, como regra geral a responsabilidade será contratual. No entanto, nas situações em que os pressupostos da responsabilidade contratual não estiverem presentes, mas estiverem, por outro lado, os pressupostos da responsabilidade delitual, então haverá uma segunda etapa da análise. Essa segunda etapa consiste na verificação da vontade das partes ao deixarem de prever aquela obrigação que foi violada como uma obrigação decorrente do contrato. Assim, é preciso atentar se era a vontade das partes que aquele determinado dano não estivesse previsto propositadamente, porque (i) as partes queriam afastar sua eventual reparação naquela determinada circunstância ou, (ii) ao contrário, as partes se valeram das regras já previstas no Código Civil, como as atinentes à responsabilidade aquiliana. Apenas nessa segunda hipótese é que será possível ao lesado socorrer-se do regime extracontratual para reparação dos danos causados por um co-contratante¹⁸⁶.

No exemplo que se está tratando, para essa segunda linha, a empresa de segurança responderia apenas até o limite previsto na cláusula de limitação, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). O resultado seria diverso se analisado o caso sob a perspectiva de MAZEAUD e MAZEUD, uma vez que parece pouco lógico imaginar que a não previsão contratual decorreria da vontade das partes em afastar a responsabilidade pelo descumprimento de tal obrigação. Isso significa que, *a contrario sensu*, deve ser a empresa de segurança responsabilizada pelos furtos realizados por seus empregados nas sedes de seus clientes, pelo regime da responsabilidade extracontratual.

PONTES DE MIRANDA, alinhando-se à quarta perspectiva, critica essa posição, argumentando ser seguida apenas por *leigos*, segundo os quais *a infração de dever, o inadimplemento ou o adimplemento ruim de dívida ou de obrigação não geraria dever de*

¹⁸⁴ BIANCA, Massimo C. *Diritto Civile – la responsabilità*. Vol. V. Milano: Giuffrè, 1994, p. 551.

¹⁸⁵ VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité de droit civil: traité de droit civil*. 3^a ed. Paris : LGDJ, 2008, p. 617.

¹⁸⁶ MAZEAUD, Henri. MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. Tomo I. 4^a ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, pp. 193/200. Afirmam que, quando o prejuízo não resulta da inexecução do contrato, não se poderia recusar ao prejudicado a ação pela responsabilidade delitual, exceto se, no momento da conclusão do contrato, as partes tinham intenção de excluir essa possibilidade da vítima.

reparação por ilicitude absoluta. Afirma, ainda, que nem todos os ilícitos de um contratante são necessariamente ilícitos relativos¹⁸⁷.

A terceira opção parece ser a mais desarrazoada¹⁸⁸, na medida em que à vítima, nessa hipótese, seria permitido recorrer ao regime contratual da responsabilidade, dispensando a prova da culpa, por exemplo, e ao mesmo tempo em que pleitearia a ineficácia de eventual cláusula de limitação de responsabilidade prevista no contrato¹⁸⁹. Ou seja, se criaria um terceiro regime totalmente favorável à vítima, sem qualquer fundamento de razoabilidade com o ordenamento jurídico que o justificasse.

Por fim, a quarta hipótese, na qual, por “cumulação” entende-se a possibilidade de escolha pela parte ofendida do regime que será adotado para fundamentar o pedido indenizatório. Não se utiliza do sentido usual da palavra, como somatório, mas no sentido de alternativa entre os possíveis regimes aplicáveis¹⁹⁰. Não seria possível, assim, cumular os regimes (como ocorreria se, com base no mesmo fato, fosse possível requerer uma indenização com base na responsabilidade contratual e outra, na responsabilidade extracontratual)¹⁹¹, sob pena de *bis in idem*. E, assim, uma vez feita a escolha pelo agente, apenas uma indenização será devida.

É por isso que PONTES DE MIRANDA¹⁹² afirma não haver *cumulação*, mas *concorrência* de ações e pretensões. Segundo ele, *satisfeita uma das dívidas, a outra se extingue até a quantidade concorrente*¹⁹³. Não haveria afastamento da incidência das regras existentes para cada regime, mas a indenização apenas seria devida uma vez.

¹⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, §5.501, p. 87.

¹⁸⁸ De acordo com MAZEAUD, « [m]ais la possibilite d'une telle action délictivo-contractuelle est par trop contraire aux principes pour qu'on y ait jamais sérieusement songé. L'action intentée obéit ou aux unes et aux autres, les demandeurs gardant la faculté de la modeler à sa guise en lui donnant les caractères susceptibles de l'avantager. » Em : MAZEAUD, Henri. MAZEAU, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. T. I. 4ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 194.

¹⁸⁹ O exemplo foi delineado por Wanderley FERNANDES. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 174.

¹⁹⁰ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 64.

¹⁹¹ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 64.

¹⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 87.

¹⁹³ Nesse ponto, entendemos diversamente. Se adotada as regras do regime contratual, havendo limitação de responsabilidade, o valor da diferença não poderá vir a ser novamente pleiteado pela parte ofendida, do contrário se estaria criando o terceiro regime, que já foi rechaçado anteriormente.

António PINTO MONTEIRO¹⁹⁴ alinha-se a esse entendimento, afirmando que, por um lado, não se poderia afastar por completo a possibilidade de reparação pela via do regime extracontratual, sob pena de violação do *princípio da proteção do lesado*, além de se referirem a danos que seriam reparados por tal regime independentemente da existência de um contrato; por outro lado, essa possibilidade de escolha tem fundamento na inexistência mesma de diferença ontológica entre os dois regimes. Ele afirma:

Nem o contrato implicará, em regra, renunciarem as partes, com a criação de uma disciplina específica, à tutela geral que lhes facultava já; a invés, o contrato não suprime, antes reforça a tutela que a lei dispensa, em termos gerais, a qualquer pessoa, criando laços especiais entre os contraentes que justificam uma proteção acrescida, como sucederá se a tutela contratual se juntar, nos termos indicado, à tutela delitual. O contraente lesado dispõe assim de um instrumento ulterior para defesa dos seus interesses, sem perder a que já possuía e que é independente da sua qualidade de contraente.

Nesse sentido, o autor da demanda poderá valer-se de uma ou outra ação¹⁹⁵. E isso inclusive se estenderia para o prazo prescricional aplicável: ainda que haja perda do direito de propor uma ação pela propositura da outra, a prescrição da pretensão de uma não impossibilita a proposição de ação pelo outro regime, se esta pretensão ainda estiver dentro do seu respectivo prazo prescricional¹⁹⁶ e se presentes os requisitos do outro regime.

Wanderley FERNANDES¹⁹⁷, com relação à possibilidade de “cumulação” – no sentido adotado pela quarta linha de entendimento – e sua relação com cláusula de limitação de responsabilidade inserida no contrato havido entre as partes, entende que, se admitida a cumulação entre as responsabilidades, deve ter em conta: (i) *cumulação entendida como opção*: não se somam as características próprias de cada regime, mas a escolha caberá à vítima do dano; (ii) *renúncia à via não escolhida*: entende que se optar por uma via, o lesado apenas poderá buscar sua reparação pela outra via se a primeira houver sido extinta sem resolução de mérito; (iii) *cumulação de pedidos fundados em responsabilidade aquiliana e contratual sob a mesma ação*: embora não seja possível, pelo mesmo dano ou fundamento, ser o ofensor condenado ao pagamento de duas indenizações, é, porém, possível que o mesmo

¹⁹⁴ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011. pp. 425-433.

¹⁹⁵ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*. Torino: G. Giappichelli, 2010, p. 110/111.

¹⁹⁶ BIANCA, Massimo C. *Diritto Civile – la responsabilità*. Vol. V. Milano: Giuffrè, 1994, pp. 553.

contratante seja condenado por um ato de inadimplemento e por outro ato ilícito, violador do dever geral de conduta, que não se relaciona com o primeiro.

Portanto, não é admissível que se pleiteie dupla indenização, uma baseada em cada um dos regimes, para o mesmo dano. No entanto, é possível que haja, cumulativamente, danos decorrentes de culpa contratual e danos (diversos) decorrentes de culpa aquiliana. Nesse caso, a cumulação não será apenas possível, como também devida. Por outro lado, em casos de responsabilidade por um mesmo fato, haverá escolha entre os regimes pela vítima, se no caso concreto for verificável a ocorrência de inadimplemento e ilícito civil. Por isso, no entender de FERNANDES¹⁹⁸, havendo a escolha pela adoção do regime de responsabilidade contratual, poderá haver a imposição da limitação do montante indenizatório para casos em que houve (também) uma violação ao dever geral de não lesar ao outro¹⁹⁹.

António PINTO MONTEIRO²⁰⁰ salienta, ainda, a possibilidade de as partes terem estabelecido a cláusula de limitação de responsabilidade para que também abrangesse as hipóteses de ilícito absoluto. Em razão disso, é necessário que o intérprete busque na vontade das partes a determinação da extensão da abrangência da cláusula de limitação. Se for possível, a partir de tal interpretação, extrair que havia vontade das partes que incluísse todos os danos, inclusive extracontratuais, então a cláusula será aplicável também se o lesado optar por ingressar com a ação pelo regime da responsabilidade delitual.

Retomando o caso paradigma, se a contratante optar por demandar a empresa de segurança pelo regime da responsabilidade extracontratual, por violação do dever geral de não lesar o patrimônio de outrem – devendo, neste caso, provar a culpa, não será aplicável a cláusula prevista no contrato. Se, porém, entender por bem responsabilizá-la pelo regime

¹⁹⁷ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 182/183.

¹⁹⁸ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 185.

¹⁹⁹ Com posição divergente, Carlos Alberto da MOTA PINTO (*Teoria Geral do direito civil*. 4. Ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 604.), segundo o qual a cláusula de não indenizar apenas terá efeito se o fato/ato ilícito decorrer de evento previsto quando da elaboração da cláusula, nos seguintes termos: “*tratando-se de uma situação geradora de um concurso de responsabilidades, a cláusula de exclusão afastará, em princípio, a obrigação de indemnização seja qual for o fundamento (contratual ou extracontratual) invocado, desde que se apure, por via hermenêutica, que se trata de um facto ilícito coberto pela mesma cláusula de exclusão.*”

²⁰⁰ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011. pp. 436-437

contratual, no qual a culpa é presumida e o prazo prescricional é maior²⁰¹, estará ela impossibilitada de perquirir indenização em montante superior ao valor previsto na cláusula.

Diverso foi o entendimento da Corte de Apelação da Georgia, nos Estados Unidos²⁰², no qual a vontade das partes por incluir indenização de fonte extracontratual foi irrelevante para a Corte. No caso, o requerente, pessoa física, contratou a requerida para instalar em sua casa um sistema de segurança residencial, que incluía alarmes e sensores de movimentos, e prestar o serviço de monitoramento do sistema. O contrato firmado entre as partes possuía cláusula limitando a responsabilidade da contratada ao pagamento de US\$ 250,00 por qualquer dano resultante da execução do objeto do contrato.

Alguns anos após a instalação do sistema, ocorreu um episódio em que o alarme da casa tocou diversas vezes durante um dia, mas a empresa de monitoramento não tomou as medidas esperadas diante dos sucessivos disparos de alarme que ocorreram ao longo do dia em sua residência. Ao chegar em sua residência, a contratante foi surpreendida por um invasor que a manteve refém e a abusou sexualmente. A contratante, então, processou a empresa por quebra de contrato e negligência.

A Corte, por maioria, entendeu que a cláusula de limitação de responsabilidade não seria aplicável porque o caso tratava de responsabilidade civil extracontratual e não apenas de

²⁰¹ Faz-se referência aqui a dificuldade dos atuantes no direito de precisar o prazo prescricional da pretensão de reparação de danos decorrentes do inadimplemento contratual. Em 2006, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que tal prazo prescricional era de três anos, idêntica à pretensão de reparação civil, prevista no art. 206, § 3º, inc. V, do CC (STJ. 3ª T. REsp 822914/RS. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. J. 01/06/2006.). Em 2008, no entanto, submeteu-se a questão à Segunda Seção do STJ (composta pela 3ª e pela 4ª Turmas), que firmaram o entendimento de que, na verdade, ele é de dez anos, nos termos da regra geral do art. 205 do Código Civil (STJ. 2ª Seção. REsp 1033241/RS. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. J. 22/10/2008.). Esse entendimento foi seguido ao longo da última década. No entanto, no ano de 2016, o plenário da Terceira Turma retomou o entendimento de que o prazo prescricional da reparação pelo inadimplemento contratual é trienal (STJ. 3ª T. REsp 1281594/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. j. 22/11/2016.) Judith MARTINS-COSTA e Cristiano ZANETTI posicionaram frontalmente contrários a tal mudança de entendimento: “[a] viragem jurisprudencial pretendida pelo aresto não tem razão de ser. Em primeiro lugar, sua leitura não encontra abrigo no texto normativo, que somente emprega “reparação civil” no âmbito da responsabilidade extracontratual. Em segundo lugar, sua orientação põe em xeque a coerência do ordenamento, ao sugerir que o credor disporia do prazo de dez anos para reclamar a execução específica, a execução pelo equivalente ou, se cabível, a resolução, mas apenas de três para exigir o pagamento de indenização devida pela mora ou pelo inadimplemento definitivo. Em terceiro lugar, a equiparação de regime por ele proposta desrespeita as escolhas valorativas levadas a efeito pelo legislador que, na esteira da tradição, diferencia a responsabilidade contratual da extracontratual, fundadas que são em suportes fáticos distintos.” Em: MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. “Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos”. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 979/2017, p. 215-241, maio, 2017.

²⁰² ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of Georgia. *Monitronics International, Inc. v. Veasley. DILLARD*, Judge. Decided July 16, 2013.

quebra de contrato. Um ato ou uma conduta podem causar tanto a quebra de um contrato, quanto originar uma responsabilidade civil extracontratual se, além de violar uma obrigação contratual, também violar o dever, existente independente do contrato, de não lesar a outrem. No caso, a empresa de segurança possuía o dever extracontratual perante a contratante porque estava prestando um serviço necessário à proteção de sua cliente. Dessa forma, tendo em vista a natureza do serviço prestado pela empresa de segurança, essa teria o dever de cuidado perante a cliente, a fim de evitar o aumento do risco de danos a si.

Vê-se, nesse caso, que a responsabilidade extracontratual prevaleceu sobre a responsabilidade contratual, em razão do bem jurídico atingido.

2.2.2 Possibilidade de Limitação da Responsabilidade Extracontratual

Após ter-se discorrido a respeito da cumulação da responsabilidade extracontratual e contratual, e tendo verificado a impossibilidade de uma cláusula de limitação de responsabilidade inserida em um contrato ser arguida por uma parte em sua defesa em ação de responsabilidade extracontratual em face da contraparte, sem que se apure a vontade comum das partes ao concluírem a cláusula, passa-se a verificar a admissibilidade ou não de estabelecimento de cláusula limitativa de responsabilidade para estabelecer um teto indenizatório para casos de ilícitos absolutos. Isto é, a possibilidade ou não de limitação da responsabilidade extranegocial (como gênero, incluindo a responsabilidade aquiliana, a responsabilidade pré-contratual e a responsabilidade objetiva), via acordo prévio.

Com fundamento no caráter de ordem pública da responsabilidade aquiliana, segundo Natália LATA²⁰³, a natureza imperativa da fonte do dever de indenizar é que é a “*chave*” para se averiguar a possibilidade de intervenção da autonomia privada na obrigação indenizatória. Assim, ela entende que, sendo a fonte da obrigação de indenizar cogente, em razão de seu caráter de ordem pública, a própria obrigação de indenizar também será indisponível e imperativa. A comunicação entre a fonte (norma primária) e o dever (norma secundária) é

²⁰³ LATA, Natalia Álvarez. *Cláusula restrictivas de responsabilidad civil*. Granada: Colmares, 1998, p. 115. *Apud*: FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 151 e ss.

imprescindível para essa análise, porque, do contrário, equivaleria a uma negação da vinculatividade geral e imperativa da fonte.

Essa não é a posição adotada por Wanderley FERNANDES²⁰⁴, para quem o fato de a fonte do dever de indenizar ser de aplicação cogente, por mandamento de ordem pública, não é fundamento suficiente para a impossibilidade de limitação da responsabilidade extracontratual, porque, (i) de um lado, a validade e eficácia da limitação da responsabilidade contratual também é restringida pelas normas de ordem pública, como ocorre com a indenização por danos à integridade da pessoa, que não pode ser limitada ou excluída contratualmente, de forma que essa não é razão suficiente para impedir a limitação de apenas um dos dois regimes gerais de responsabilidade; e (ii) de outro, ele questiona a própria natureza de ordem pública da responsabilidade extracontratual.

A mesma censura à posição esboçada por Natalia LATA seria feita por Geneviève VINEY e Patrice JOURDAIN²⁰⁵, para quem a ordem pública, embora efetivamente esteja presente na responsabilidade extracontratual, também tem lugar na responsabilidade contratual, na qual se admite a validade das cláusulas de limitação de responsabilidade. A responsabilidade extracontratual estaria, isso sim, fundada no necessário equilíbrio que deve haver entre os direitos à liberdade de ação e à segurança dos indivíduos, de maneira a impedir que seja transacionado o dever de indenizar nesse caso.

De fato, o caráter de ordem pública da responsabilidade extracontratual não é argumento suficiente para afastar de todo um acordo entre as partes acerca do regime e do limite monetário máximo de eventual dever de indenizar. Há, contudo, outros fundamentos a serem enfrentados para se chegar a uma solução nesse particular.

Por uma simples questão prática, qual seja, a ausência de relação prévia entre as partes que as permitissem firmar tal cláusula, há autores que salientam a impossibilidade de estabelecimento de uma cláusula de limitação de responsabilidade extracontratual. Isto é, não seria possível que previamente a um determinado ilícito delitual o seu causador pudesse ter

²⁰⁴ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 151/152.

²⁰⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil : Les effets de la responsabilité*. 2ª ed. Paris: LGDJ, 1990, pp. 409/410.

limitado ou se exonerado do dever de indenizar²⁰⁶. Isso não seria um requisito de validade, mas de um obstáculo prático. Tal parcela doutrinária, ainda, aponta que, na remota hipótese em que isso tenha ocorrido, a análise de sua validade se dará no âmbito do seu objeto, no interesse juridicamente tutelado e que foi atingido pela contra-parte²⁰⁷.

Essa posição é meritória em dois aspectos: em primeiro lugar, porque não nega a possibilidade de limitação da responsabilidade extracontratual por uma questão de *natureza* ou de *essência*. Ou seja, se as circunstâncias permitirem – ainda que raras – a cláusula seria admissível. Além disso, em segundo lugar, a análise da validade da estipulação nesses casos não estaria atrelada ao regime – se contratual ou extracontratual – de sua fonte, mas da *natureza do bem lesado*, voltando as lentes do intérprete para a disponibilidade do direito afetado pelo ilícito, o *objeto* da lesão. Ou seja, independentemente da fonte da responsabilidade, os limites tratados no Capítulo 2.1.1, acima, serão sempre aplicáveis, não sendo passíveis de restrição as cláusulas que limitem a indenização em casos, por exemplo, de lesão à vida e integridade física da pessoa, meio ambiente, mas seriam passíveis de limitação a indenização por danos patrimoniais.

Outra parcela considerável da doutrina entende que é plenamente possível, desde que se respeite a ordem pública e os bons costumes²⁰⁸. A essa frente, filia-se AGUIAR DIAS²⁰⁹, para quem, embora reconhecendo a dificuldade prática apontada pelos autores anteriormente referidos, não há razão para impedir a convenção autônoma de irresponsabilidade entre as partes e afirma:

Dir-se-ia, porém, que essa argumentação, válida para a responsabilidade contratual, perderia sentido em face da responsabilidade extracontratual. Com efeito, no campo em que esta funciona, é inadmissível falar em vontade das partes. Mas a liberdade de contratar, igualmente nesse caso, não encontra reprovação na moral e nos bons costumes. É exatamente êsse um dos pontos em que se prova a variabilidade do conceito ou, melhor, do conteúdo da noção de ordem pública.

²⁰⁶ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade*, pp. 391-392.

²⁰⁷ CECHERINI, Grazia. *Responsabilità per fatto degli ausiliari* – clausole di esonero a responsabilità – artt. 1228-1229. Il Codice Civile – commentario. Milano: Giuffrè, 2003, p. 202. *Apud*: FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 151 e ss.

²⁰⁸ AMARAL, Francisco, *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 583.

²⁰⁹ AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de Não-Indenizar (chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Forense, 1947, pp. 43 e 245.

Os autores dessa linha entendem que a natureza pública da responsabilidade delitual, como já referido, é verificada também na responsabilidade contratual, não havendo como admitir a oposição de tal argumento. A ressalva feita pelos autores, nesse caso, são as mesmas com relação à limitação da responsabilidade contratual.

Para que seja possível no mundo dos fatos, Wanderley FERNANDES²¹⁰ aponta três situações práticas em que tal análise haveria de ser feita:

- a) Situações de responsabilidade extracontratual entre partes que já mantém uma relação contratual, como no caso de cumulação, visto no capítulo anterior;
- b) Situações de responsabilidade extracontratual entre partes que mantêm uma relação de fato, embora não haja contrato, como nas relações entre vizinhos ou relações de condomínio²¹¹, vizinhos que criam gados e compartilham o pasto comum²¹², e os casos de responsabilidade pré-contratual; e
- c) Inexistência de qualquer relação prévia entre as partes.

Na primeira situação, é possível que haja uma cláusula de limitação de responsabilidade. A fim de evitar-se tautologia, remete-se a discussão da primeira hipótese para a análise tratada no Capítulo 2.2.1, *supra*.

Na segunda hipótese, havendo possibilidade de os agentes preverem os danos possivelmente oriundos daquela situação²¹³ e, eventualmente, estarem aptos a disporem sobre eles (casos em que a própria vítima eventual assume o risco pelos danos, em vistas a exercer outra atividade que seja também do seu interesse), é de se admitir a limitação da responsabilidade. Exemplo comum é a exoneração de responsabilidade para prática de esportes perigosos, como o automobilismo ou o pugilismo. A discussão aqui é se há, efetivamente, responsabilidade extracontratual ou se, havendo estabelecimento de condições

²¹⁰ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158.

²¹¹ Antonio PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 393: “As convenções de exclusão de responsabilidade extracontratual poderão constituir mesmo uma importante forma de regulamentação pacífica de problemas emergentes das relações de vizinhança.”

²¹² AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de Não-Indenizar (chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 241 e ss.

²¹³ Antônio PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, pp. 393/395.

recíprocas a respeito, não se estaria diante de uma situação de *contratualização* do dever geral de não lesar outrem e, portanto, o regime aplicável seria o da responsabilidade negocial.

Se adotarmos o conceito de Vincenzo ROPPO, do contrato como *veste jurídica de uma operação econômica*²¹⁴, à primeira vista, inexistindo deslocamento patrimonial, não haveria como conduzir a simples convenção de limitação de responsabilidade ao conceito de “contrato”. Por outro lado, porém, há, sem dúvida alguma, uma convenção sobre riscos que, ao fim e ao cabo, se reflete em distribuição patrimonial entre os acordantes.

É por esse motivo que, para responder à questão, PINTO MONTEIRO²¹⁵ volta novamente a análise ao objeto da estipulação e não ao regime aplicável. Afirma, em primeiro lugar, não acarretar tal convenção a transmutação do regime extracontratual à contratual, se o objeto da cláusula for o dever de indenizar por ilícito extracontratual. Isto é, não é o fato de a cláusula estar prevista em um acordo entre as partes que a responsabilidade deixa de ser delitual e passa a ser contratual.

No terceiro caso acima descrito, a impossibilidade de se avaliar previamente os danos decorrentes de eventual e incerto ato ilícito que envolva partes que não mantinham qualquer relação prévia impede que seja firmada uma cláusula de limitação de responsabilidade. É certo, contudo, que uma cláusula ampla o suficiente para abranger o dever de indenizar por danos aleatórios e com efeitos abrangentes (ou seja, entre partes indeterminadas) não poderia ser tutelada pelo Direito. Por exemplo, na hipótese de um transportador de mercadorias propor a determinado vilarejo que se localiza às margens de uma rodovia que, havendo qualquer acidente envolvendo o despejo não-intencional de carga perigosa próximo ao município, o seu dever de indenizar limitar-se-á a determinado montante em dinheiro. Por evidente que uma situação semelhante não poderia ser aceita, seja porque se estaria diante de uma criação de regras gerais e abstratas por entes particulares, seja pela eventual natureza do dano (dano ambiental ou integridade física da pessoa).

Ainda a respeito do tema da limitação de responsabilidade extracontratual, problematiza-se a possibilidade de limitação da responsabilidade pré-contratual.

²¹⁴ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2ª ed. Milão: Editora Dott A. Giuffrè, 2011.

²¹⁵ Antônio PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimpr. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, pp. 398/399.

Para FERNANDES, é possível a limitação da responsabilidade pelos danos decorrentes da quebra das tratativas, imotivadamente e de forma abrupta, por meio da inserção de cláusula limitativa em memorando de entendimentos ou carta de intenções. Os danos, nesse caso, podem ser despesas e custos incorridos para a negociação ou decorrentes da desistência do negócio que não chegou a ser concluído. Assim como ocorre nas relações de vizinhança, as partes nesse caso estão aptas a avaliarem os riscos envolvidos na negociação e, de forma equilibrada, estipularem como regulá-los, limitando o dever de indenizar²¹⁶.

Lívia Lenz de MORAES também analisa a cláusula de limitação de responsabilidade no âmbito dos documentos preliminares, admitindo a possibilidade de inseri-la nos documentos firmados durante a fase das tratativas, sem, contudo, que se tratem propriamente de contratos preliminares²¹⁷ e atribuindo-lhe seus respectivos efeitos convencionados. Uma vez presente a cláusula de limitação de responsabilidade no documento preliminar, no entanto, esta terá de respeitar limites impostos pelo ordenamento.

Portanto, há de ser admitida como possível juridicamente a limitação da responsabilidade extracontratual e pré-contratual, desde que observados os mesmos parâmetros para o caso de limitação de responsabilidade contratual. Por evidente, essa possibilidade pressupõe que da relação mantida entre as partes e do instrumento que prevê a cláusula limitativa não possa ser extraída uma intensidade tal do contato social, de maneira a torná-lo propriamente um contrato. Dito de outra forma, se houve ato de disposição patrimonial (seja patrimônio econômico ou jurídico) e, a partir da interpretação no ato jurídico *lato sensu*, se entender que há efetivo negócio jurídico bilateral, então não se está a limitar a responsabilidade extracontratual ou pré-contratual, mas a própria responsabilidade contratual. A cláusula, dessa forma, permanecerá sendo válida, alterando, no entanto, o seu âmbito de aplicação.

²¹⁶ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 168.

²¹⁷ MORAES, Lívia Lenz de. *Os efeitos jurídicos das cartas de intenções e memorandos de entendimentos*. 2016. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, pp. 134-137.

3 DO REGIME DA RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS COM CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO

3.1 A Cláusula de Limitação de Responsabilidade: sua determinação frente a outras cláusulas acessórias e as espécies mais utilizadas na prática

Por ser uma cláusula legalmente atípica, e sendo suas principais características aquelas frequentemente verificadas na prática negocial²¹⁸, faz-se necessário que se utilize do método de aproximação com demais cláusulas legalmente ou socialmente típicas, para, de suas discrepâncias, examinar a cláusula de limitação de responsabilidade com mais profundidade. É por esse motivo que se passa, no presente capítulo, a analisar outras cláusulas acessórias que com ela se assemelham. Além disso, elas próprias, internamente, podem ser bastante diversas entre si, podendo configurar-se em tantos formatos quanto permitir a criatividade dos contraentes – sendo certo que a mais frequente é a que limita o *quantum* da indenização –, por isso, também neste capítulo, cada uma delas será caracterizada em particular, embora todas elas estejam sujeitas às mesmas regras e requisitos de validade e eficácia.

3.1.1 Vizinhança: semelhanças e diferenças entre as principais cláusulas acessórias que refletem no montante indenizatório

a. Cláusula de exclusão da responsabilidade

Como referido na Introdução deste trabalho, as cláusulas de não indenizar ou de irresponsabilidade são aquelas que excluem por completo o dever de indenizar. Embora comumente referidas em conjunto, elas são tratadas pela doutrina com mais rigor do que as cláusulas limitativas – e o tratamento em conjunto, em razão disso, tem gerado diversas dificuldades.

²¹⁸ Tendo em vista se tratar de uma cláusula atípica, porém socialmente típica, a sua conceituação precisa ser feita a partir da análise concreta, em vistas da recorrência e repetição de determinadas características.

Por evidente que as mesmas limitações impostas às cláusulas limitativas devem ser observadas com relação às cláusulas exonerativas, são elas: a observância da ordem pública e normas cogentes, a tutela dos bens jurídicos indisponíveis, a impossibilidade de eficácia em caso de inadimplemento por dolo e culpa grave. A divergência, contudo, refere-se ao tratamento quando houver violação da obrigação principal.

A cláusula exonerativa, por excluir completamente o efeito indenizatório em caso de inadimplemento, se aproxima muito da cláusula de exclusão de obrigações (Capítulo 3.1.1, item c, abaixo) e tem sido entendida como ineficaz quando for chamada à aplicação em caso de violação da obrigação principal. Com relação às cláusulas limitativas, como será tratado no Capítulo 3.2.4, a posição a que ora se adere é a de que, em caso de violação da obrigação principal, ela continua sendo aplicável, observando, no entanto, o sinalagma que deve existir em relações comutativas.

A situação fica ainda mais controversa considerando que há autores que defendem que a cláusula exonerativa impede, inclusive, a prestação pelo equivalente pecuniário²¹⁹. Ou seja, não há distinção entre rubricas indenizatórias, restando para o credor apenas a possibilidade de execução específica ou resolução do contrato – sem perdas e danos²²⁰. Ora, se assim for, de fato, não seria admissível sua incidência em casos de descumprimento da obrigação fundamental do contrato.

Não se pretende, no entanto, entrar no profundo debate sobre a possibilidade de exoneração integral da responsabilidade em caso de violação da obrigação principal (salienta-se que a maior parte da doutrina analisada ao longo deste trabalho entende pela impossibilidade, em tais casos), apenas referindo que tais cláusulas são razoavelmente comuns e têm sido admitidas no direito brasileiro, desde que observem balizas particulares,

²¹⁹ “Excluída a responsabilidade, ficará excluída a obrigação de indemnização, em qualquer das suas formas: em espécie ou por equivalente. Recorde-se, porém, que o credor dispõe, na esfera contratual, de outras formas de tutela do seu direito – da execução específica, designadamente –, que não se confundem com a indemnização (‘en nature’) ou em dinheiro.” Em: Antônio PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 99.

²²⁰ “[S]omente na impossibilidade da execução específica da obrigação (CC, art. 947) ou quando o título preveja a transformação automática da mesma, a obrigação original converte-se na de indenizar. Daí San Tiago Dantas sustentar que os efeitos da inexecução são transformativos, na medida em que se convola a obrigação originária na responsabilidade, obrigação sucessiva cujo conteúdo consiste, precisamente, numa “prestação de perdas e danos” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 701).

em especial, as mesmas aplicadas às cláusulas limitativas, com maior rigor quanto ao controle judicial do desequilíbrio contratual e da impossibilidade de estabelecimento em contrato de condição puramente potestativa.

b. Cláusula penal

Em sentido genérico, a cláusula penal é entendida como aquela disposição contratual²²¹ que estabelece a penalidade que a parte incorrerá se inadimplir determinada obrigação, que pode ser principal ou acessória, decorrente do próprio contrato ou da lei. Em geral, a pena é estabelecida mediante o pagamento de determinada quantia em dinheiro, mas também pode prever a perda de um benefício ou a dação de um determinado bem²²².

Também chamada de “multa” e de “pena convencional”, ela tem como uma de suas principais características, e que a aproxima das cláusulas de limitação de responsabilidade, a sua *condicionalidade*, ou seja, sua aplicação está sujeita à uma *condição suspensiva*, que é o inadimplemento da obrigação a que está vinculada²²³. Apenas após implementada a condição é que ela produzirá seus efeitos convencionais.

No entanto, Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA²²⁴, com referência a SERPA LOPES, aponta para duas principais diferenças das condições em sentido próprio (aquelas previstas nos Arts. 121 e ss. do Código Civil) e da eficácia condicional das cláusulas penais: em primeiro lugar, a condição suspensiva suspende a exigibilidade da prestação principal, que está condicionada a evento futuro e incerto – a cláusula penal, no entanto, não tem esse efeito; em segundo lugar, a realização da condição suspensiva é suficiente para dar efeitos à obrigação condicionada; na cláusula penal, não basta o inadimplemento, é preciso que tal

²²¹ Não é da essência da cláusula penal que ela seja inserida em contratos, podendo ser encontrada em negócios jurídicos unilaterais, como a promessa de recompensa. A esse respeito: FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 233/234.

²²² FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 234.

²²³ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 236.

²²⁴ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 236.

inadimplemento seja, no mínimo, culposo²²⁵, para que a parte infrigente esteja obrigada ao seu pagamento.

Outra característica que a aproxima (embora sem identificação) da cláusula de limitação de responsabilidade é a sua função de liquidar, no momento da assinatura do contrato, os danos razoavelmente incorridos pela parte inocente em caso de inadimplemento. Essa função acaba por ter um duplo efeito: de um lado, ela elimina a necessidade de que sejam calculados e liquidados os danos, porque as partes já acordaram previamente qual seria o seu montante²²⁶. De outro, – e aí está a principal semelhança – se os danos efetivamente incorridos pela parte inocente ultrapassarem o montante estabelecido na cláusula, ela terá o mesmo efeito da cláusula limitativa, qual seja, impedir que a parte infratora incorra no dever de indenizar em montante superior ao nela previsto, com fulcro no Art. 416, § único do Código Civil.

É possível, no entanto, que as partes estabeleçam a possibilidade de indenização suplementar. Nesse caso, então, a cláusula penal deixa de ser uma cláusula de *teto* e passa a ser uma cláusula de *piso* para o montante indenizatório. Essa diferença funcional a coloca em posição diametralmente oposta à da cláusula de limitação de responsabilidade, atuando mais em proteção dos interesses do credor, a quem fica dispensada a demonstração da existência de danos para que receba o mínimo indenizatório nela estabelecida e podendo, ainda, provar danos complementares. A cláusula limitativa, a seu turno, sob essa perspectiva, parece ter mais relevância sob o ponto de vista do devedor, na medida em que poderá antever, desde o princípio, o máximo indenizatório a que virá a ser condenado, observadas as limitações do ordenamento²²⁷.

A principal diferença entre uma e outra possivelmente reside na natureza coercitiva e punitiva da cláusula penal, totalmente ausente na cláusula limitativa. Ela pode ter como única e exclusiva função, se assim as partes determinarem, a de forçar o cumprimento da obrigação,

²²⁵ Para o autor, o inadimplemento pode decorrer também de impossibilidade não culposa, por isso a referência ao “inadimplemento, no mínimo, culposo”.

²²⁶ Faz-se aqui ressalva quanto à possibilidade de o juiz reduzir equitativamente a cláusula em caso de cumprimento parcial da obrigação principal ou quando o montante da cláusula for manifestamente excessivo tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio, conforme dispõe o Art. 413 do Código Civil. Sobre o tema, ver: TAVARES, Fernanda Girardi. *Redução da cláusula penal: uma releitura baseada no perfil funcional*. Dissertação de mestrado. UFRGS, 2008. 159 f.

²²⁷ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 36/37.

assemelhando-se a uma espécie da pena civil (por esse motivo é também chamada de “pena convencional”). É o caso bem claro da cláusula penal moratória (a “multa”)²²⁸, sem prejuízo de que essa função seja verificada também na multa compensatória, acarretando a natureza híbrida ou mista da cláusula penal²²⁹.

Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA²³⁰, a fim de demonstrar essa função dúplice, analisa os dispositivos do diploma civil e afirma que “[n]o novo Código Civil brasileiro, por exemplo, o caput do art. 416, ao admitir que a cláusula penal incida ainda que inexistia prejuízo concreto, demonstraria a qualidade penal, ao passo que os arts. 410, 411, 413 e 416, parágrafo único, que conectam a grandeza da pena à abrangência do dano, indicariam a relação com a fixação da indenização e do seu montante”.

Outra distinção apontada pela doutrina²³¹ é a imprescindibilidade de produção de prova quanto aos danos efetivamente incorridos pela parte lesada para a reparação do dano, quando presente cláusula de limitação de responsabilidade, podendo o montante indenizatório ficar inclusive aquém do valor total estabelecido na cláusula, estando o devedor obrigado a indenizar somente a extensão dos danos provados e até o limite nela previsto. Por outro lado, a cláusula penal estipula valor certo, que dispensa produção probatória da ocorrência e extensão do dano.

²²⁸ FERREIRA DA SILVA, Jorge. *Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 236/237. Ainda a respeito da dupla função da cláusula penal, discute-se se é a vontade das partes que estabelece qual é sua função (ou função prevalecente) ou se é a interpretação do contrato e do caso concreto de inadimplemento. A doutrina tradicional disserta no sentido de que a intenção das partes tem “papel secundário” nessa análise, que deve se voltar, antes, para a verificação do “prejuízo efetivo e o disposto na cláusula penal, se o efeito coercitivo fora mais ou menos intenso do que efeito pré-liquidatório” (p. 238). Ou seja, seria a partir da proporcionalidade entre o dano e o montante estabelecido na cláusula penal que seria possível afirmar a função específica da cláusula penal. Há discussão, ainda, acerca da existência de uma hierarquia de funções (FERREIRA DA SILVA analisa as posições contrárias de Cárrio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. 2, p. 101), para quem a finalidade essencial da cláusula penal é a coercitiva, e de Orlando Gomes (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 159), para o qual é a indenizatória). O problema surge, então, quando da redução equitativa da cláusula penal pelo juiz, nos termos do Art. 413 do Código Civil. Nos Estados Unidos, a separação entre as duas funções é clara, distinguindo as *penalty clause*, com função coercitiva, e a *liquidated damages clause*, com função indenizatória. A respeito dessa segunda – a cláusula de danos acordados, ver Capítulo 3.1.1, item d, abaixo.

²²⁹ FERREIRA DA SILVA, Jorge. *Inadimplemento das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 237.

²³⁰ FERREIRA DA SILVA, Jorge. *Inadimplemento das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 237/238.

c. Cláusula de exclusão de obrigações típicas

As cláusulas que excluem do contrato determinadas obrigações de uma parte a outra são aquelas que estabelecem determinadas obrigações que não devem ser imputadas a uma das ou ambas as partes, mas que por força de lei ou da natureza e finalidade do negócio²³², no silêncio, teriam incidência subsidiária. Trata-se, dessa forma, de cláusula que define o objeto do contrato²³³, podendo alterar livremente as especificidades do tipo, com fundamento na autonomia privada (liberdade contratual), nos termos dos Arts. 421²³⁴ e 425²³⁵ do Código Civil. Exemplo dela é a inserida em escritura pública de compra e venda, em que, afastando-se do que normalmente se verifica, o comprador não assume a responsabilidade pelo pagamento das despesas cartorárias, deixando tal obrigação a cargo do vendedor²³⁶.

PINTO MONTEIRO²³⁷ salienta a relação próxima entre tais cláusulas e as cláusulas exonerativas²³⁸, na medida em que a cláusula de exclusão de obrigações típicas também terá como consequência indireta a irresponsabilidade: “o devedor é irresponsável porque não está sequer obrigado”.

No entanto, a cláusula de exclusão de obrigações diferencia-se da cláusula de limitação ou exclusão de responsabilidade porque o seu objeto não é a alteração de um dos efeitos da responsabilidade, mas sim o próprio conteúdo das obrigações de uma parte perante a outra. Dessa forma, também o momento no qual cada uma delas é chamada à ação é diverso: a cláusula de limitação de responsabilidade apenas será invocada em caso de descumprimento de uma obrigação pré-existente, ao passo que a cláusula de exclusão de obrigação impede a

²³¹ TAVARES, Fernanda Girardi. Redução da cláusula penal: uma releitura baseada no perfil funcional. Dissertação de mestrado. UFRGS, 2008. 159 f., p. 65, n.r. 204.

²³² A referência à “natureza e finalidade do negócio” se faz aqui porque determinadas obrigações laterais se dão não por força do próprio tipo contratual legal, mas porque derivaria logicamente da busca pela finalidade daquele negócio. No entanto, é possível que terminados deveres laterais ou acessórios sejam pelas partes previamente excluídos, desde que sua exclusão não impeça por completo a consecução do fim contratual e o cumprimento da obrigação principal.

²³³ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 117.

²³⁴ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²³⁵ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²³⁶ Evidente que essa cláusula, em boa parte das suas verificações concretas, importarão na alteração da obrigação de uma parte à outra. Se o comprador deixa de ser responsável pelo pagamento das despesas, estas haverão de ser suportadas pela outra parte.

²³⁷ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, pp. 118/119.

²³⁸ Essa proximidade não há em relação às cláusulas limitativas, porque nas limitativas há responsabilidade e dever de indenização, no entanto, o dever de indenizar poderá não ser pela integralidade do dano verificado.

exigibilidade da obrigação logo no momento da execução do contrato – assim, se não havia obrigação, também não haverá o respectivo inadimplemento²³⁹.

A questão que se coloca nesses casos é frequentemente confundida com o problema da limitação de responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação principal²⁴⁰: quando as obrigações que as partes decidem por retirar do contrato são obrigações necessárias para o fim visado pelas partes. Assume-se que dificilmente as partes estabeleceriam a exclusão de obrigações definidoras do tipo, como a obrigação de entrega da coisa no contrato de compra e venda, por isso, não é delas que se está falando nesse momento – embora não se possa deixar de referir o evidente desequilíbrio de cláusula nesse sentido, não podendo admiti-las no tráfico jurídico. Trata-se daquelas situações em que a obrigação excluída deveria compor a *economia do contrato*, sob pena de obstar ou tornar muito dificultosa a tutela jurídica do credor ao atingimento do escopo visado pelas partes²⁴¹.

Para PINTO MONTEIRO²⁴², quando tal situação se verificar, as cláusulas excludentes de obrigações devem ser afastadas, sobretudo em contrato de adesão, por razões de *ordem pública contratual*. Nesse sentido, demonstra o seu entendimento afirmando que a clínica psiquiátrica jamais poderá negar-se à obrigação de proteger e vigiar os doentes, nem a creche de guardar as crianças, ou o transportador de assegurar o estado das mercadorias quando da entrega. Ainda, criticou a decisão proferida pela *Cour de Cassation*, que entendeu válida a cláusula que excluía do transportador a obrigação de garantir a entrega de “*wagons frigoríficos*” congelados, cabendo ao credor a sua aceitação em qualquer temperatura. Anteriormente a essa decisão a *Cour de Paris* havia, corretamente segundo o autor, anulado a cláusula por entender ser aquela obrigação essencial, e sua exclusão implicaria a *supressão do próprio objeto do contrato*.

²³⁹ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 168. Também a respeito do momento de invocação, a fim de tornar mais clara a diferenciação, traz-se entendimento de António Pinto MONTEIRO: “[m]as para que o devedor se exonere, graças à cláusula de irresponsabilidade, é necessário que, sem ela, tivesse de indenizar o credor. Ou seja, terá de tratar-se, naturalmente, de um caso de falta de cumprimento de uma obrigação assumida pelo devedor, ou compreendida no âmbito do contrato, atento ao fim contratual prosseguido, ou por força de norma legal nesse sentido. Ora, o que pode acontecer, é as partes, ao contratar, afastarem obrigações que, sem tal acordo, fariam parte do contrato, nos termos referidos.” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 117.)

²⁴⁰ Tema que será tratado no capítulo 3.2.1.

²⁴¹ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 126.

²⁴² MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, p. 126.

d. Cláusula de danos acordados

Nos países de tradição da Common Law, é bastante comum o estabelecimento de cláusulas de “liquidação de perdas e danos”, as chamadas *Liquidated Damages Clauses* ou *Stipulated Damages Clauses*. Elas divergem das cláusulas de limitação da responsabilidade e das cláusulas penais, apesar da aparente semelhança com determinados aspectos de cada uma delas.

As *Liquidated Damages Clauses* aparecem quando as partes negociam quais são e qual a extensão dos danos indenizáveis, podendo especificar as classes de danos indenizáveis – como danos emergentes, lucros cessantes, danos morais –, como um determinado valor que equivale ao que as partes estimaram como os danos que seriam sofridos pelo credor lesado pelo inadimplemento. Constituem, assim, uma cláusula para estabelecer previamente a quantia fixa de indenização devida por uma parte à outra em casos de responsabilidade, sendo certo que os danos acordados (liquidados) serão os únicos danos que poderão ser ressarcidos em caso de inadimplemento²⁴³.

No *Common Law*²⁴⁴, entende-se que tal cláusula não pode ter função punitiva, mas apenas indenizatória, ou seja, ela deve estritamente refletir os “esforços honestos” das partes em antecipar os danos que poderiam ser sofridos em caso de inadimplemento contratual. Nesse sentido, a cláusula de danos liquidados que for entendida como punitiva ou com função coercitiva, para forçar o devedor a cumprir o contrato, é comumente anulada pelas Cortes. Essa análise considera a razoabilidade de acordo com o que as partes poderiam ter antecipado como o possível resultado da quebra do contrato²⁴⁵.

Outro requisito de validade de tal cláusula nos países anglo-saxônicos é a verificação, no caso concreto, de que, no momento da assinatura do contrato já se evidenciava ser muito

²⁴³ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, pp. 96/97.

²⁴⁴ ROHWER, Claude D. SKROCKI, Anthony M. *Contracts in a Nutshell*. 5th Edition. West Group: ST. Paul, Minnesota, 2000, pp. 459 e ss.

²⁴⁵ No original: “The reasonableness of a liquidated damage provision is analyzed on the basis of the facts known to the parties at the time the contract was made. The question is whether the stipulated sum or formula appears to be reasonable based upon what the parties might have anticipated to be the likely result of a given breach.” (ROHWER, Claude D. SKROCKI, Anthony M. *Contracts in a Nutshell*. 5th Edition. West Group: ST. Paul, Minnesota, 2000, pp. 459/460)

difícil ou até impossível de serem calculadas as perdas e danos decorrentes do eventual e futuro inadimplemento. ROHWER e SKROCKI²⁴⁶ salientam estar esse requisito de validade, no entanto, sendo paulatinamente afastado por diversas Cortes, que analisam apenas a razoabilidade da cláusula frente ao que se poderia quantificar à época de sua conclusão.

Acerca de tais requisitos, dois exemplos são apontados pelos autores. No primeiro, A é o dono da obra, que contrata B, o empreiteiro, para realizar a empreitada de uma casa. A e B estabelecem contratualmente que os danos pré-liquidados a serem pagos pelo empreiteiro ao dono da obra, caso a casa não seja entregue no prazo, é de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares). De acordo com os autores, essa cláusula seria nula porque ela não considera que os danos serão diversos em caso de atraso maior ou menor. Ou seja, não houve um “*honest effort*” para estimar os danos efetivamente sofridos em caso de atraso. No segundo caso, os mesmos A e B firmam um contrato de empreitada, dispondo que os danos acordados serão de US\$ 1.000,00 por dia de atraso. Nesse caso, a cláusula poderia ser considerada nula pelos Tribunais, por entenderem que o valor é tão alto a ponto de evidenciar o seu caráter coercitivo ou punitivo, e não a previsão de perdas que A teria em receber a casa em atraso.

Nos países de tradição continental, contudo, é possível que as partes estipulem uma cláusula próxima à de pré-liquidação de danos, com função tanto coercitiva como indenizatória. É o que ocorre com as cláusulas penais compensatórias ou indenizatórias. Estas cláusulas, assim como as cláusulas penais moratórias, ambas já tratadas no item 3.1.1 (b), acima, se diferenciam das cláusulas de liquidated damages justamente por apresentarem tal viés coercitivo (ainda que também pré-determinem o danos que deverão ser pagos, necessariamente – podendo ou não cumularem com uma indenização suplementar –, em caso de inadimplemento)²⁴⁷, além de conterem diversos requisitos de validade, como antes analisado.

Além disso, embora nos casos em que os danos sofridos são maiores do que os danos previstos nas cláusulas de danos pré-acordados, estas adotam a mesma função da cláusula de limitação de responsabilidade, as diferenças entre elas são as mesmas que se verificam entre

²⁴⁶ ROHWER, Claude D. SKROCKI, Anthony M. *Contracts in a Nutshell*. 5th Edition. West Group: ST. Paul, Minnesota, 2000, pp. 461.

²⁴⁷ Não se pretende avaliar se as cláusulas de *liquidated damages* tal qual verificadas no *Common Law* são também admissíveis no Brasil. Vê-se muito proximidade entre elas e as cláusulas penais, distingui-las com

as cláusulas penais e as cláusulas limitativas: nestas, estipula-se um máximo, um teto indenizatório, e não o valor que será efetivamente pago ou as espécies de danos que serão, ao fim e ao cabo, ressarcidas. Naquelas, há uma estipulação prévia do que será indenizado, independentemente dos danos verificados na prática.

Assim, a partir do cotejamento com outras cláusulas acessórias, legalmente ou socialmente típicas, é possível afirmar que as cláusulas de limitação de responsabilidade são estipulações que com elas não se confundem, devendo ter tratamento específico, em razão de suas peculiaridade. Ocorre que, mesmo no âmbito do gênero das cláusulas limitativas, é possível verificar diferenças entre as várias espécies que podem se configurarem. Passa-se, assim, à análise das especificidades de algumas dessas espécies.

3.1.2 Classes de Cláusulas de Limitação de Responsabilidade

As espécies de cláusulas limitativas de responsabilidade, como já dito, podem ser tão vastas quanto é infinita a criatividade humana, sendo possível as mais diversas composições entre as variáveis em jogo. São possíveis, além das já mencionadas cláusulas que limitam o montante indenizatório, cláusulas cujo critério de exoneração seja a referência a determinados danos, excluindo-se danos morais e lucros cessantes; como também as cláusulas que estabeleçam a exoneração de responsabilidade por mora, ou, ainda, as convenções de limitar a indenização às situações em que o dano for causado por culpa, afastando eventual regime de responsabilidade objetiva, ou, ainda, as cláusulas de equiparação de certos eventos à “força maior”²⁴⁸.

Assim, selecionar algumas espécies para tratar nesse capítulo constitui tarefa necessária para uma melhor abordagem, sem prejuízo de que outras sejam encontradas na prática. Por isso, tratar-se-á nesse momento das cláusulas que parecem ter sido as mais encontradas em contratos comerciais, quais sejam: (a) limitação do montante indenizatório;

maior precisão, neste momento, foge do escopo do presente trabalho, inclusive tendo em vista a escassa produção doutrinária brasileira sobre o tema.

²⁴⁸ Código Civil, art. 393. *O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.* (grifamos).

(b) limitação do fundamento da responsabilidade; (c) alteração do regime de responsabilidade, como prescrição ou força maior; e (d) limitação de responsabilidade por ato de terceiros.

a. Limitação do montante indenizatório

As cláusulas limitativas do montante indenizatório são aquelas que determinam que a indenização não poderá ultrapassar determinado montante. Esse montante pode ser, por exemplo, uma fração ou múltiplo do valor do contrato (“*o montante despendido em razão deste Contrato até a data de seu término*”, “*o dobro do Preço Global do Contrato*”), como também podem conter determinado valor (“*[e]ventual indenização a ser paga pela Contratada à Contratante não poderá exceder o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais)*”).

Em qualquer dos casos, a soma, fração ou múltiplo representa o valor máximo que o devedor deverá pagar ao credor, a título de indenização. Eventual indenização que ultrapassar tal montante não será indenizável, exceto se verificadas quaisquer das causas de nulidade ou ineficácia da cláusula limitativa, conforme será analisado no Capítulo 3.2.

Quando se fala em valor máximo, se está a diferenciar tanto da cláusula penal, que serve, dentre outras finalidades, para pré-liquidar os danos, podendo ser cumulada com indenização complementar, como visto no Capítulo 3.1.1, item b, acima. E também se diferencia da cláusula de danos acordados, uma vez que, no caso da cláusula limitativa, sempre será necessário provar e apurar os danos. Assim, verificados os danos que estejam abaixo do montante máximo previsto na cláusula de limitação, ela será absolutamente indiferente ao ressarcimento das perdas e danos, devendo o devedor pagar o valor total da indenização.

b. Alteração do regime legal da responsabilidade

Bastante comum também é a limitação ocorrer por meio da alteração convencional dos pressupostos ou fundamentos da responsabilidade contratual²⁴⁹. Por essas cláusulas, as partes podem, por exemplo, estabelecer que o ressarcimento ocorrerá apenas em caso de ação com dolo ou culpa grave, excluindo-se a indenização por culpa leve. Podem, ainda, estabelecer que apenas danos emergentes serão ressarcidos, excluídos os lucros cessantes e danos indiretos²⁵⁰.

Situação verificada com frequência é a de equiparação de determinados eventos a força maior, rompendo o nexo causal e afastando a responsabilidade diante da ocorrência de tais eventos.

São eventos de força maior, de acordo com a lei, os *atos necessários, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*²⁵¹. A jurisprudência comumente entende, ainda, que eles se não se verificam quando o impedimento da ocorrência do evento alegadamente de força maior era obrigação da parte contratante lesante, ou quando era possível prever a sua ocorrência²⁵².

²⁴⁹ São pressupostos ou fundamentos da responsabilidade: a ocorrência do dano, correspondente ao que perdeu e ao que razoavelmente deixou de ganhar, o nexo de causalidade entre o descumprimento contratual e o dano, o descumprimento culposo do contrato. As partes não podem alterar a existência natural de tais elementos (mesmo porque não se pode afastar o nexo de causalidade pela vontade, a causação é um fator da própria natureza, nem a própria ocorrência do dano). Contudo, elas podem lhes atribuir outro significado jurídico. São exemplos: “*não será considerado juridicamente como dano, o dano indireto*”; “*será considerado evento de força maior a alteração da legislação tributária que torne mais oneroso o cumprimento do contrato pelo contratante*” (Essa situação é diversa do chamado “fato do príncipe”. O fato do príncipe já foi reconhecido pelos STJ como evento de força maior quando alterar substancialmente a capacidade de cumprimento do contrato pelo devedor. Ele pode ser, por exemplo, uma apreensão indevida de carga de mercadorias durante o transporte rodoviário) Ver: STJ. 4^a T. AgInt no REsp 1237376. Rel. Min. Marco Buzzi. J. 01/09/2016. DJe 08/09/2016.); “*o contratante não responde pela impossibilidade decorrente de sua culpa leve*”.

²⁵⁰ Por danos indiretos, não se entendem os danos imprevisíveis, que não são permitidos na responsabilidade contratual, em homenagem ao papel da vontade das partes. São considerados danos indiretos aqueles que não decorrem direta e imediatamente do ato ilícito, mas por reflexo. O Código Civil (Art. 402) estabelece que serão indenizados aquilo que o lesado perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar. Estes, em princípio, decorrentes diretamente do inadimplemento. É possível, no entanto, que haja danos reflexos ou indiretos, como quando o prejuízo não se limita ao contratante inocente, mas afeta pessoas a quem ele estava relacionado. (COUTO E SILVA, Clóvis do. “O Conceito de dano no Direito Brasileiro e Comparato”. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 2/2015, pp. 333-348, Jan-Mar/2015). É exemplo de dano indireto o descumprimento contratual que acarreta ao lesado a impossibilidade de cumprir outro contrato ao qual estava vinculado com terceiro.

²⁵¹ De acordo com a redação dada pelo Art. 393, eu parágrafo único: Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

²⁵² STJ. 4^a T. AgRg nos EDcl no REsp 844186/RS. Min. Antônio Carlos Ferreira. J. 19/06/2012. DJe 29/06/2012. DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO A MÃO ARMADA OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTACIONAMENTO MANTIDO POR AGÊNCIA BANCÁRIA.

Assim, por exemplo, em geral, não é considerada como força maior a ocorrência de greves internas²⁵³.

Porém, as partes podem estabelecer que determinadas circunstâncias, embora não preencham os requisitos da necessidade de ocorrência e inexorabilidade de seus efeitos, serão entendidas como eventos de força maior para fins de responsabilização do autor do ato lesivo. Dessa forma, incidirá também o art. 393 do Código, afastando o devedor do dever de responder pelos prejuízos decorrentes daquele ato ou fato. Isso ocorre comumente com as greves, que são inseridas no contrato como uma das hipóteses de força maior ou caso fortuito, embora não seja, pela aplicação subsidiária da lei, um evento com suas características. Sem a previsão expressa no contrato, o devedor seria integralmente obrigado a indenizar. Com ela, ele será então exonerado daquela indenização específica.

A respeito dessas disposições de equiparação de eventos a casos de força maior, entende PINTO MONTEIRO²⁵⁴ que apenas serão consideradas válidas²⁵⁵ se os eventos nelas descritos constituírem, em rigor, circunstâncias estranhas ao controle do devedor, do contrário estaríamos diante de uma impossibilidade imputável ao devedor de satisfação do direito dos credores. Assim, segundo ele, seria preciso, de um lado, que os acontecimentos equiparados à força maior pelas partes sejam suficientemente determinados e precisos; por outro lado, que estes acontecimentos não possam efetivamente ser imputados ao devedor.

Respeitosamente discorda-se de que tais requisitos sejam necessários para a equiparação ser válida. Se é possível à vontade das partes estabelecer quais são os eventos

OFERECIMENTO DE VAGA PARA CLIENTES E USUÁRIOS. CORRESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA E DA ADMINISTRADORA DO ESTACIONAMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. A instituição bancária possui o dever de segurança em relação ao público em geral (Lei n. 7.102/1983), o qual não pode ser afastado por fato doloso de terceiro (roubo e assalto), não sendo admitida a alegação de força maior ou caso fortuito, mercê da previsibilidade de ocorrência de tais eventos na atividade bancária. 2. A contratação de empresas especializadas para fazer a segurança não desobriga a instituição bancária do dever de segurança em relação aos clientes e usuários, tampouco implica transferência da responsabilidade às referidas empresas, que, inclusive, respondem solidariamente pelos danos. 3. Ademais, o roubo à mão armada realizado em pátio de estacionamento, cujo escopo é justamente o oferecimento de espaço e segurança aos usuários, não comporta a alegação de caso fortuito ou força maior para desconstituir a responsabilidade civil do estabelecimento comercial que o mantém, afastando, outrossim, as excludentes de causalidade encartadas no art. 1.058 do CC/1916 (atual 393 do CC/2002). 4. Agravo regimental desprovido da parte. 4. Agravo regimental não provido

²⁵³ STJ. 5ª T. AgRg no REsp 813024/RS. Min. Gilson Dipp. J. 18/04/2006. DJe 08/05/2006.

²⁵⁴ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, pp. 107/109.

²⁵⁵ Antônio Pinto Monteiro refere ser a “validade” da cláusula de equiparação de eventos a força maior atingida pela não-observância de tais critérios: determinação dos eventos e sua inimputabilidade ao devedor.

equiparados, o fato de ele estar ou não na esfera de controle do contratante apenas é relevante como motivação interna da contraparte. Juridicamente, estabelecer um critério como esse seria criar ainda mais insegurança à relação, mesmo porque há eventos sobre os quais o controle ou não da parte inadimplente não é tão claro. Além disso, evidentemente em caso de dolo ela não seria aplicável, como será tratado adiante.

Por evidente, a estipulação de tais cláusulas respeita as mesmas regras atinentes a qualquer outra cláusula limitativa. É por essa razão que Judith MARTINS-COSTA afirma que, embora muito no âmbito dos contratos internacionais, no direito interno ela deve ser admitida apenas quando não for possível verificar abusividade por violação da boa-fé ou do fim econômico-social do contrato (art. 187 e 422, Código Civil) ou a própria *obrigação fundamental*, sob pena de nulidade²⁵⁶.

Há autores que defendem que se trataria de uma cláusula de exclusão de responsabilidade propriamente dita, exonerando o devedor do pagamento da indenização em determinadas circunstâncias²⁵⁷⁻²⁵⁸. Isso porque, se uma situação é considerada como de força maior, então não haverá responsabilidade, e se não há responsabilidade, não poderá se afirmar que ela teria sido limitada – ao contrário, além da impossibilidade de lhe exigir a reparação dos danos, nenhuma das demais alternativas disponíveis ao credor em caso de responsabilidade poderão ser invocadas. Assim, fundamenta BANDEIRA²⁵⁹:

Para que as consequências da responsabilidade civil possam ser imputadas a um determinado sujeito é necessário que sejam preenchidos os pressupostos elencados no sistema normativo para tanto, ocasionando o fenômeno da incidência jurídica. Entretanto, por disposição normativa, é possível que determinadas circunstâncias sejam qualificadas como aptas a impedir o surgimento da responsabilidade civil e suas consequências, incluindo o – mas não se restringindo ao – surgimento do dever de indenizar. Noutra giro, são aquelas circunstâncias sem as quais o fenômeno da incidência ocorreria, de modo a constituir o dever de indenizar. A norma que prescreve a circunstância incide justamente para que não incida a norma que prevê a responsabilidade.

²⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. T. II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 223/224. Em relação à obrigação fundamental, a posição aqui esboçada guarda peculiaridades, veja-se item 3.2.4.

²⁵⁷ PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*. (1985) 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 106/107.

²⁵⁸ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016, pp. 170/171.

²⁵⁹ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016, pp. 170/171.

Não havendo responsabilidade, mas apenas força maior, o efeito será a resolução, sem reparação de perdas e danos, conforme prescreve o Código Civil, no artigo 393, desde que não haja cláusula pela qual a parte assume o risco do evento de força maior.

A crítica, embora relevante, não parece fazer sentido para os fins da análise de sua validade e limites, uma vez que o tratamento mais rigoroso atribuído às cláusulas de não indenizar, quanto à sua extensão e eficácia, se deve antes ao fato de que haveria, por parte do lesado, renúncia integral do seu direito à reparação, o que não ocorre no caso de limitação do evento que fundamente a responsabilidade, excluindo apenas certas e determinadas situações.

Além disso, parece de pouca relevância prática. Primeiramente, uma vez que as cláusulas de equiparação de certo evento a força maior leva em conta, frequentemente, as peculiaridades do caso concreto a fim de avaliar quais situações, naquele caso, podem vir a ser consideradas como de realização necessária e cujos efeitos não se poderia evitar. Ou seja, nenhuma obrigação será excluída, ao contrário, todas as obrigações são mantidas, e a responsabilidade será trazida à baila para resolver impasse quanto ao seu cumprimento. O que ocorrerá, isso sim, é a inclusão de um evento não ligado diretamente à ação das partes a ser interpretado como causador de um rompimento nonexo causal. Além disso, como visto até aqui, o estabelecimento de um teto indenizatório não é a única forma de limitar a responsabilidade; nesse particular, ela também estará sendo limitada se as partes estabeleceram situações de possível descumprimento em que a responsabilidade será apurada, porém não poderá ser imputada ao devedor.

É possível também que as partes afastem a presunção de culpa do devedor, devendo ela ser provada pelo credor (alterando, portanto, o ônus da prova – estipulação que é inserida, por exemplo, em negócios jurídicos processuais). Segundo PINTO MONTEIRO²⁶⁰, uma alteração como esta, pela dificuldade de produção de prova da culpa, pode ter como efeito afastar por completo o direito à indenização, salientando que ela deixará de ser válida quando tornar *excessivamente difícil* ao credor o exercício do seu direito.

²⁶⁰ PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*. (1985) 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p. 111.

c. Limitação da responsabilidade por atos de auxiliares e prepostos

Como regra geral, o devedor é responsável pelos atos de seus auxiliares e prepostos, nos termos do que dispõe o Art. 933 do Código Civil²⁶¹. Essa regra geral decorre do fato de ser boa parcela das atividades econômicas conduzida por empresas, de maneira que os auxiliares e prepostos confundem-se com ela própria, não se podendo considerar os respectivos empregados de cada parte como estranhos à relação contratual mantida entre elas.

Nesse sentido, seria irrazoável que a responsabilidade das partes decorrentes de atos dos empregados que atuam na linha de frente da execução do contrato sucedesse somente da violação do dever de vigilância ou de eleição.

Considerando a admissibilidade de limitação da responsabilidade da parte, tendo em vista a relação imbricada entre os auxiliares e prepostos com a própria contratante, não se poderia deixar de considerar também a possibilidade de limitação da responsabilidade do contraente pelos atos de tais auxiliares e prepostos, desde que respeitados, em princípio, os mesmos critérios impostos pelo ordenamento à cláusula de limitação da responsabilidade em geral²⁶².

Importa salientar posição doutrinária diversa. José de AGUIAR DIAS²⁶³, a esse respeito, reporta-se, de forma crítica, à ideia de *representação*, afirmando que a responsabilidade da empresa pelos atos de seus prepostos é por vezes equivocadamente identificada como os atos da própria empresa (“*culpa do patrão*”). Para ele, a justificativa estaria na “*autoridade exercida pelo representado sobre o representante*”²⁶⁴, conforme verificou-se inclusive em sua origem, nas grandes navegações inglesas, por meio das *negligence-clauses* (como visto na Introdução deste trabalho). Dessa forma, faz parte da atividade executada pelo chefe a atividade exercida pelo seu empregado, sob suas

²⁶¹ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

²⁶² FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 269/271.

²⁶³ AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, pp. 115/119.

²⁶⁴ Segundo AGUIAR DIAS: “(...), mas a explicação mais satisfatória é, realmente, essa autoridade, no sentido de que o preposto, representante, subordinado ou pessoa colocada sob ela, não age, na esfera dos atos em que existe a relação autoridade-dependência, com autonomia capaz de excluir a influência da pessoa principal ou detentora da autoridade.” (AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, p. 120.)

coordenadas e no âmbito da relação de subordinação. O fundamento, contudo, não altera a norma, admitindo-se, ainda assim, a limitação da responsabilidade pelo fato de outrem.

Pelo mesmo fundamento, a existência de cláusula de limitação de responsabilidade aproveita também aos prepostos e auxiliares, ou seja, não poderá o credor perquirir o seu ressarcimento diretamente perante o preposto, sem que seja observada a cláusula limitativa, salvo em caso de responsabilidade extracontratual não prevista na estipulação²⁶⁵.

Semelhantemente ao que ocorre no Brasil, no direito português, o art. 800º, n.º 1, do Código Civil estabelece que o devedor é responsável pelos atos dos seus representantes e demais pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais fatos tivessem sido praticados pelo próprio devedor. No segundo item do mesmo artigo, disposição que não consta do Código Civil brasileiro, o Código Português admite a exclusão de responsabilidade por atos de prepostos e terceiros²⁶⁶, desde que não haja violação à ordem pública. Essa é a única ocorrência, no Código Civil português, da cláusula que altera o regime de responsabilidade do devedor. Foi a partir dela que a doutrina iniciou a discussão a respeito dos seus requisitos de validade e fatores de eficácia²⁶⁷.

A questão controvertida no âmbito do direito português a esse respeito foi quanto à validade e eficácia da cláusula que limita a responsabilidade da parte por ato de seus auxiliares em caso de violação por dolo ou culpa grave de tais agentes. Em Portugal, PINTO

²⁶⁵ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, pp. 421/424.

²⁶⁶ ARTIGO 800º (Actos dos representantes legais ou auxiliares) 1. O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor. 2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública.

²⁶⁷ PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*. (1985) 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p. 104. Embora a resposta favorável à questão da validade e eficácia das cláusulas limitativas de responsabilidade por culpa tenha sido respondida com base no art. 809.º do Código Civil Português (“É nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no nº2 do artigo 800º”). Nesse particular, PINTO OLIVEIRA afirma: “[o] primeiro problema formulado – o de determinar se as cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade do devedor por actos próprios seriam inválidas mesmo que dissessem respeito à responsabilidade por culpa leve – encontrou já uma resposta: e uma resposta negativa. Interpretando-se restritivamente o art. 809.º do Código Civil, deve entender-se que as cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade por culpa leve são, em princípio, válidas.” (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, p. 40).

OLIVEIRA²⁶⁸ aponta para três diversas soluções: (i) a cláusula é *sempre inválida* em casos de incumprimento dos auxiliares por dolo ou culpa grave, por violação de deveres de ordem pública; (ii) ela é *válida*, em princípio; ou (iii) ela será em princípio válida ou sempre inválida se a violação dolosa ou gravemente culposa de dever for cometida por auxiliar independente/autônomo ou dependente, respectivamente.

Os defensores da linha (i) afirmam que o Direito teria como propósito primário a tutela de *interesse coletivos* – acima, inclusive, de interesses privados –, impedindo que fosse desfigurado o sentido jurídico de obrigação. Para estes autores, a permissão de que o devedor se isentasse de responsabilidade (ou fosse ela diminuída) em caso de atos dolosos de auxiliares e representantes seria uma forma de tal desfiguração²⁶⁹.

Partidários da linha (ii) fundamentam afirmando que não é aplicável aos casos de atos dolosos dos auxiliares e representantes legais a mesma justificativa para a invalidade das cláusulas que permitem a limitação de responsabilidade por dolo do contratante. Isto é, o argumento de que o Direito não admite “*pactos que dariam praticamente ao devedor liberdade para deixar de cumprir*”²⁷⁰ o contrato não seria aplicável aos atos de prepostos e auxiliares.

Por fim, a posição de item (iii) reflete o entendimento esboçado por Antonio PINTO MONTEIRO²⁷¹, segundo o qual as condições de validade das cláusulas limitativas para atos do próprio devedor ou de seus auxiliares dependentes devem ser idênticas. Porém, o mesmo não se aplicaria aos auxiliares independentes, visto que dele não se exigiria a mesma responsabilidade caso ele próprio cumprisse. O ponto, no entanto, cinge-se à percepção fática da “independência” ou “autonomia”.

²⁶⁸ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, pp. 40/41.

²⁶⁹ É o caso da posição esboçada por Ana PRATA, em *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 757/758.

²⁷⁰ VAZ SERRA, Adriano. “Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos” In: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 72, jan./1958, p. 289. Apud: OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 41.

²⁷¹ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*. (1985) 2.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p. 274.

PINTO OLIVEIRA²⁷², então, filia-se à primeira das teses aqui traçadas, inicialmente, porque ele entende que “o princípio da não exclusão ou limitação da responsabilidade do devedor em caso de incumprimento imputável a título de dolo ou de culpa grave é um princípio de ordem pública”; além disso, o item 1 do mesmo artigo legal (Art. 800º do Código Civil Português), “consagra a ficção de que os actos dos auxiliares ou dos representantes legais são actos do devedor”. Dessa forma, se o ato do auxiliar é considerado como ato do próprio devedor, e sendo a impossibilidade de limitação de responsabilidade por dolo ou culpa grave uma regra de ordem pública, não há como defender-se a possibilidade de limitação, em nenhuma circunstância. Para ele, ainda, não haveria sentido na diferenciação entre atos de auxiliares e representantes dependentes e independentes, pelos mesmos motivos, sobretudo o fato de que o terceiro, neste caso, incorpora-se na figura do devedor.

No direito brasileiro, raciocínio de PINTO OLIVEIRA é também defendido pela doutrina, que afasta a incidência da cláusula limitativa de responsabilidade pelos atos de prepostos ou auxiliares em caso de dolo ou culpa grave destes. Há, contudo forte contrariedade de José de AGUIAR DIAS, para quem, seguindo o fundamento de autoridade-subordinação, o ato doloso do preposto, fora da esfera de suas atividades, é de sua responsabilidade particular e não do contratante, que não haverá de por ela se responsabilizar – aliás, afirma que o risco do agir doloso é do comitente que aceita a responsabilidade pelo ato doloso do preposto ou auxiliar²⁷³. Essa posição de AGUIAR DIAS aproxima-se da vertente esboçada por António PINTO MONTEIRO, sendo necessário perquirir, no caso concreto, se haveria independência e autonomia dos prepostos ou auxiliares no exercício daquela atividade (ou ato lesivo).

²⁷² OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, pp. 46/52.

²⁷³ “Não há sinal de procedência desse critério. Nada pode autorizar a identificação do dolo do preposto com o dolo do proponente. Nem se deduza essa conclusão da expressão corrente de que a falta de um é a falta de outro, porque o que se quer expressar é que, por força das exigências de reparação do dado, a culpa do preposto é responsabilidade do proponente. E responsabilidade limitada a êsse efeito, não no sentido em que contenha imputabilidade.” (AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, p. 127, n.r. 24) E prossegue: “A culpa e o próprio dolo do preposto ou dependente constituem risco para o comitente e agravam as condições em que exercem a sua atividade. Se a alguém apraz aceita-lo, e já se vê o fará graciosamente, não está no poder dos juízes impedi-lo. Os efeitos salutareos da negligence-clause no direito marítimo estão a atestar que são imaginários indispensáveis, deve ser total, como estímulo à atividade industrial e como corretivo à progressiva exasperação da responsabilidade.” (AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, p. 131).

Wanderley FERNANDES²⁷⁴, seguindo esse entendimento e com a posição que parece ser a mais acertada ao caso, afirma que o critério é o da aceitação do risco pelo credor. No sentido de que, se o credor participou da escolha do subcontratado, por exemplo, ou porque impôs determinadas características do subcontratado que impedia o devedor de escolher seus fornecedores e prestadores de serviços, é razoável que o contrato estipule a limitação de responsabilidade do devedor por ato de terceiro, sendo o risco assumido em conjunto com o credor, mesmo em caso de dolo e culpa grave daquele subcontratado. Esse mesmo critério é aplicável aos casos em que não há subordinação ou dependência do preposto em relação ao devedor, como bem salientou AGUIAR DIAS.

3.1.3 Efeitos da cláusula de limitação da responsabilidade perante terceiros

Vige no direito contratual o princípio da relatividade dos contratos, de acordo com o qual, terceiros que não tiverem expressa ou tacitamente manifestado sua intenção de a ele vincularem-se, não estarão obrigados. Ocorre que é possível verificar-se situações em que a cláusula está inserida em contextos contratuais complexos e que acabam por, efetivamente, afetarem terceiros. É o caso dos contratos de seguros de responsabilidade, que garante o cumprimento de um contrato firmado com a inclusão de cláusula limitativa.

Com relação aos casos em que o contrato que contém a cláusula limitativa está garantido por um contrato de seguro de danos para indenização em caso de inadimplemento ou adimplemento defeituoso, a questão que se impõe é determinar se estará também a seguradora vinculada a tal cláusula, de modo que seu direito de regresso em face do devedor não poderá ultrapassar o montante previsto na cláusula de limitação.

O Art. 786²⁷⁵ do Código Civil, dispositivo que compõe o regime dos contratos de seguro de dano (Seção II, do Capítulo XV, Do Seguro), estabelece que, uma vez paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

²⁷⁴ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 286/288.

A compreensão do referido artigo requer a análise do sentido de sub-rogação no direito brasileiro. Contido em seu conceito está a ideia de substituição, ou seja, um terceiro à relação obrigacional inicialmente estabelecida ou um coobrigado assume, em razão de um pagamento feito, a posição do credor, mantendo-se na relação jurídica obrigacional. A substituição, nesse sentido, ocorre, pois é mantida a relação primitiva, considerando o conjunto de deveres e direitos de cada um dos polos da relação obrigacional. A sub-rogação, portanto, provoca a assunção da posição de credor por aquele que realiza o pagamento²⁷⁶. Ela se estabelece por força de lei (“sub-rogação legal”) ou em decorrência de acordo (“sub-rogação convencional”).

A previsão do Art. 786 do Código Civil constitui caso de sub-rogação legal, pela qual a seguradora, por meio do pagamento da indenização ao segurado correspondente ao dano sofrido pela coisa e nos limites do risco coberto, assume a posição de credor frente ao devedor. Com tal substituição, passa a ser devido à seguradora o valor da indenização que, naquela situação, o devedor pagaria ao segurado, caso não houvesse seguro. Em outras palavras, a seguradora se coloca na mesma condição que o segurado estaria, o que acaba por envolver todas as limitações e/ou exclusões existentes.

Esse posicionamento, decorrente da interpretação legal, tem sido observado por tribunais estaduais, que reiteradamente afirmam que a seguradora recebe os direitos – e tão somente os direitos – que o segurado teria, o que acaba por englobar a limitação de responsabilidade civil fixada em cláusula contratual própria. Muito embora o tema das cláusulas limitativas de responsabilidade civil e a sub-rogação da seguradora tenha sido poucas vezes enfrentado pelos tribunais.

É o caso da Apelação Cível n.º 1035142-88.2013.8.26.0100, julgada pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em 02 de outubro de 2014, tendo

²⁷⁵ Art. 786. Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

²⁷⁶ Assim o entendimento de Caio Mário da Silva PEREIRA (*Instituições de Direito Civil*, v. II, 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 252), segundo o qual “[s]e a etiologia da sub-rogação não encontra unanimidade na doutrina, seus efeitos não despertam as mesmas controvérsias: o sub-rogatário fica investido de todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo credor, seja contra o devedor principal, seja contra seus fiadores (...)”. E, ainda, afirma que “como o terceiro solvens substitui o credor na mesma relação obrigacional, guarda as mesmas vantagens atribuídas à prestação que pagou”.

como relator o Des. Vito Guglielmi²⁷⁷. O caso envolvia contrato de empreitada celebrado entre Racional Engenharia Ltda., como empreiteira, e Multiplan Empreendimentos Imobiliários S/A, como dona da obra, tendo como objeto a construção do empreendimento Park Shopping São Caetano. A Multiplan havia contratado seguro junto à Chubb do Brasil Companhia de Seguros e esta, em face de erros na execução do projeto, acabou arcando com indenização à Multiplan.

Ao firmarem o contrato de empreitada, as Partes estabeleceram (i) a obrigatoriedade de contratação de seguro para cobertura de riscos de engenharia e de responsabilidade civil geral e (ii) a limitação da responsabilidade de uma parte à outra até o valor não segurado, conforme item (i). Não obstante isso, a seguradora buscou ressarcir-se da empreiteira em relação à totalidade do valor por ela dispendido. A pretensão, porém, foi barrada pelo Tribunal. Segundo o Relator do acórdão, não havia pretensão da seguradora ao ressarcimento, justamente porque o contrato de empreitada dispunha de cláusula de limitação de responsabilidade, que limitava o valor devido às “perdas, danos ou sinistros eventualmente não cobertos pelos seguros previstos no Contrato”. O acórdão concluiu:

Se nos exatos termos do contrato apresentado pela própria demandante havia o impedimento expresso de cobrança de indenização, da segurada em face da ora demandada, quanto aos danos cobertos pelas apólices de seguro, impossível a pretensão regressiva da seguradora autora, cuja posição jurídica, repita-se, é de mera sub-rogada nos direitos e deveres da prejudicada no âmbito da relação contratual original.

Salienta-se que, em consideração ao tema da extensão da cláusula de limitação de responsabilidade contida no contrato coberto à seguradora, não há posicionamento claro do Superior Tribunal de Justiça, muita embora este já tenha manifestado entendimento que conduziria a resultado semelhante em casos em que o direito debatido pressupõe a análise do

²⁷⁷ TJSP. 6.ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n.º 1035142-88.2013.8.26.0100. Rel. Des. Vito Guglielmi. J. 02/10/2014. Com fundamentação semelhante, ainda que a decisão tenha sido pela sua não incidência, em razão da ocorrência de dolo ou culpa grave no caso concreto, encontra-se a TJSP. 27ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n.º 9076929-43.2008.8.26.0000. Rel.ª Des.ª Berenice Marcondes Cesar, j. 10/04/2010. Este se trata de caso de ação regressiva de reparação de danos ajuizada por Itaú Seguros S/A contra DHL Logistics do Brasil Ltda, que condenou esta a reparar àquela a totalidade da indenização paga pela seguradora à Motorola do Brasil, segurada que teve uma de suas cargas extraviada depois de tê-la devidamente entregue à DHL. Ao analisar o caso, o Tribunal não aplicou a limitação de responsabilidade civil prevista em cláusula própria do contrato entre Motorola e DHL exatamente em razão das excludentes de limitação constantes na própria cláusula. Nela, estava consignado que a limitação não seria aplicável se a DHL tivesse concorrido para o dano em razão de dolo ou culpa grave, o que, no entender do Tribunal, teria ocorrido no caso. Ou seja, a aplicabilidade da cláusula foi devidamente confirmada, sendo utilizada a exclusão de aplicabilidade contida nela própria.

conteúdo da sub-rogação operada. É o que se verifica em relação ao prazo prescricional aplicável à pretensão de regresso da seguradora frente ao devedor. Em tais julgados, o STJ se posicionou no sentido de que o prazo é o mesmo que seria atribuído à pretensão do credor. Dentre diversos outros, esse é o entendimento dos seguintes acórdãos: STJ, 3ª Turma, AgRg no RESP n.º 1.169.418/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 06/02/2014, DJe 14/02/2014 (unânime) e STJ, 3ª Turma, AgRg no RESP n.º 1.121.435/SP, Rel. Des. Sidnei Benetim, julgado em 13/03/2012, DJe 29/03/2012 (unânime). No primeiro desses casos, o Superior Tribunal de Justiça consignou expressamente que *“ao efetuar o pagamento da indenização do segurado em decorrência de danos causados por terceiro, a seguradora sub-roga-se nos direitos daquele, podendo (...) buscar o ressarcimento do que despendeu, nos mesmos termos e limites que assistiam ao segurado”* (grifos no original).

Portanto, tendo em vista os termos do Art. 786, caput, do Código Civil, bem como o entendimento dos tribunais acerca do tema, a cláusula de limitação/exclusão de responsabilidade eventualmente existente no contrato segurado é oponível à seguradora em caso de pretensão de regresso. Esse efeito decorre da própria compreensão da sub-rogação, como efeito próprio do pagamento feito pela seguradora. Havendo sub-rogação, só pode a seguradora receber aquilo que o segurado possuía, não podendo obter direitos maiores do que aqueles que o próprio segurado teria acaso o seguro não houvesse sido contratado.

Apenas para fins de esclarecimento adicional, passa-se à análise de pontos sensíveis da questão e que poderiam eventualmente impactar tal parecer, que são (i) a exceção contida no §2º do Art. 786, CC e (ii) a eventual alegação da seguradora de desconhecimento da existência da cláusula de limitação de responsabilidade.

Segundo o § 2º do Art. 786, do Código Civil, *“é ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo”*. A leitura deste dispositivo poderia conduzir à equívoca interpretação de que a estipulação contratual da cláusula de limitação de responsabilidade no contrato cujo adimplemento é objeto do seguro seria justamente a hipótese de ato do segurado que diminuiria ou extinguiria, em prejuízo da seguradora, os direitos de sub-rogação.

Essa não é a correta compreensão do dispositivo. Em verdade, ele visa à proteção da seguradora em relação aos atos posteriores ao recebimento da indenização securitária e,

portanto, também posteriores à sub-rogação referida no *caput*. É o que tem decidido os tribunais²⁷⁸.

Ernesto TZIRULNIK, Flávio CAVALCANTI e Ayrton PIMENTEL²⁷⁹ referem as duas hipóteses mais recorrentes de aplicação do referido § 2º: a) o segurado recebe do terceiro e quita a dívida antes do pagamento da indenização (hipótese que seria válida a quitação); ou b) o segurado recebe do terceiro e quita após o pagamento da seguradora. Nessa segunda hipótese, o ato do segurado não impede a prossecução do direito de regresso pela seguradora, uma vez que a sub-rogação já se operou.

No caso das cláusulas limitativas de responsabilidade civil, a regra não se aplica, na medida em que elas já encontram no contrato, ao qual a seguradora tinha acesso previamente a assumir o risco.

Nesse diapasão, a eventual arguição de desconhecimento da seguradora dos termos do contrato (em especial, a cláusula limitativa ou excludente de responsabilidade), autoriza-a a exigir a resolução do contrato ou o aumento do prêmio, nos termos do Art. 766²⁸⁰, do Código Civil, afetando a relação entre seguradora e segurado.

A ciência, pela seguradora, de todas as condições do negócio é essencial para avaliação do risco coberto e, por decorrência, do valor do prêmio. Isso porque, dentre os principais fundamentos objetivos do contrato de seguro está a mutualidade e o cálculo de probabilidades²⁸¹. A mutualidade se consubstancia na necessária cooperação entre seguradora e a comunidade de segurados, a fim de formarem um fundo de recursos capaz de suportar o(s) sinistro(s) eventualmente ocorrido(s) a determinado(s) segurado(s). Tal cooperação não seria possível sem informação, a mais completa possível, de parte à parte.

²⁷⁸ Esse é o entendimento emanado nos seguintes arestos, e.g., TJ/SP, 25ª Câmara, Apelação s/ Revisão n.º 906.699-0/9, Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, julgado em 06/03/2007, e TJ/SP, 35ª Câmara de Direito Privado, Apelação n.º 992.09.078210-0, Rel. Des. Mendes Gomes, julgado em 29/11/2010.

²⁷⁹ TZIRULNIK, Ernesto. CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B., PIMENTEL, Ayrton. O Contrato de Seguro de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro (2002). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

²⁸⁰ Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

O cálculo de probabilidades, a seu turno, é o recurso ao qual a seguradora se apoia para fins de cálculo do prêmio²⁸², tendo em conta o risco coberto e a probabilidade de ocorrência do sinistro, a gravidade do dano, o valor da indenização, e todos os fatores que possam afetar diretamente o fundo formado pela comunidade de segurados e que possa, ainda que potencialmente, desequilibrar o contrato.

Dessa forma, a alegação de que a cláusula de limitação de responsabilidade não era do conhecimento da seguradora só pode decorrer de uma de duas hipóteses: (i) ou decorreu de omissão do segurado em apresentar todas as informações relativas ao objeto garantido, o que, além de não poder ser imputado a ato do terceiro devedor, enseja as consequências previstas no art. 766 do Código Civil; ou (ii) decorre de negligência da própria seguradora, o que igualmente não pode ser imputada ao terceiro devedor.

Portanto, ainda que pertinentes tais argumentos, eles não implicam a não sujeição da seguradora à cláusula de limitação de responsabilidade inserida no contrato segurado, como efeito da sub-rogação operada em razão do pagamento da indenização.

No âmbito internacional, em um caso julgado pela *United States Court of Appeals*²⁸³ que envolvia contrato de prestação de serviços para a instalação de um sistema de alarme contra roubos, o qual continha cláusula estabelecendo que a responsabilidade da contratada por quaisquer perdas ou danos atribuíveis à falha de seus sistemas ou serviços seria limitada à taxa anual paga pela contratante ou US\$ 10.000,00 (dez mil dólares), o que fosse menor. Após um roubo no estabelecimento da contratante, os prejuízos sofridos foram suportados por uma seguradora que ficaria sub-rogada no direito de regresso contra a empresa de alarmes. A seguradora, então, ingressou em juízo, a fim obter ressarcimento do montante pago à contratante, alegando que o sinistro ocorrido seria diretamente atribuível a um defeito do

²⁸¹ Sobre o tema: TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 563.

²⁸² Segundo TZIRULNIK, “o risco é elemento sine qua non para a formação da taxa a ser aplicada para o cálculo do prêmio”. TZIRULNIK, Ernesto. CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B., PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro* (2002). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 38. Também em VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Contratos em Espécie*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 417.

²⁸³ ESTADOS UNIDOS. *United States Court of Appeals; First Circuit. 907 F2d 1274 Eh Ashley Co Inc v. Wells Fargo Alarm Services*. LEVIN H. CAMPBELL, Circuit Judge. Decided July 16, 1990.

sistema de alarme instalado pela contratada e que, por estar sub-rogada, não seria vinculada à cláusula de limitação de responsabilidade do contrato de prestação de serviços. No julgamento, a Corte entendeu que o contrato em questão é regido pelas leis do estado de Rhode Island, cuja interpretação é de que uma seguradora, pelo direito de sub-rogação, assume tão somente os direitos do segurado no contrato, podendo recuperar apenas o montante que o próprio segurado recuperaria, nos termos da cláusula de limitação de responsabilidade. A seguradora, portanto, não possuiria qualquer direito adicional perante o terceiro devedor, no mesmo sentido até aqui tratado.

A discussão da eficácia da cláusula de limitação perante terceiro também ocorre no âmbito das redes de contratos, assim entendida a coligação entre contratos em que há uma relação de dependência entre eles, de modo que a invalidade, ineficácia ou extinção de um pode afetar o outro²⁸⁴, como ocorre, por exemplo, em contrato que tinha como objeto o fornecimento de materiais para a execução de obra, sob a égide de um contrato EPC. Extinguindo-se o contrato EPC, seja por qual for o motivo, não haverá também razão de ser do contrato de fornecimento subcontratado.

Nesses casos de coligação contratual, cláusula inserida em um dos contratos pode tanto eventualmente aproveitar aos demais contratos, como também pode explicitamente prever o limite de responsabilidade de cada uma das partes da relação de contratos complexos. Nesse sentido, Wanderley FERNANDES²⁸⁵ cita o exemplo das cláusulas “canequinha”, “baldinho” ou “batente”, utilizado com frequência em grandes obras de engenharia, em que as partes envolvidas no polo devedor da obra distribuem, de forma proporcional a suas respectivas atividades, perante o dono da obra, a responsabilidade pela não realização do empreendimento:

É curioso que, na linguagem informal, típica dos brasileiros, a cláusula tem sido nominada como da ‘canequinha’, ‘baldinho’ ou ‘batente’, no sentido de que cada empresa tem uma ‘canequinha’ ou ‘baldinho’ proporcional ao volume de seu contrato, que, uma vez cheia – pelo valor da indenização – deixa vazar a

²⁸⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133, segundo o qual “o vínculo entre os contratos coligados possui índole funcional (normalmente) e finalística. Na coligação unilateral, este fim tem como principal ponto de referência o contrato principal, ao qual está ligado. Na coligação com dependência recíproca, o fim tende a ser equidistante em relação aos contratos coligados.”. Também: KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 277/278.

²⁸⁵ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 289, n.r. 46.

responsabilidade para as demais ‘canequinhos’ ou ‘baldinhos’, até que seja atingido o limite (‘batente’) de cada uma. Trata-se de uma cláusula complexa e sofisticada, mas que se torna plenamente compreensível pela criatividade e bom humor do advogado brasileiro.

Para o autor, esse tipo de cláusula é absolutamente admissível, contribuindo, inclusive, “com a própria viabilização dos negócios”, seja quando inseridas em cada um dos contratos ou em um contrato guarda-chuva, que estabelece as condições de coordenação de todo o grupo de contratos, desde que das circunstâncias em causa se verifique que houve pelas partes a socialização da responsabilidade.

A respeito do tema, há um caso julgado pela Corte de Apelação do Novo México, nos Estados Unidos, que envolveu o litígio entre o contratado de um contrato guarda-chuva e um subcontratado, estabelecendo uma relação contratual para reger a construção de uma parede de estabilização mecânica de solo²⁸⁶. O contrato principal continha cláusula de limitação de responsabilidade. O subcontrato, por sua vez, continha (i) cláusula de incorporação por referência, que exigia que o subcontratado realizasse o trabalho em estrita conformidade com o contrato principal, (ii) cláusula de ordem de precedência dos documentos da seguinte forma: (1) a edição aprovada mais recente dos documentos de construção; (2) modificações ao subcontrato; (3) o subcontrato, a menos que o contrato principal imponha um padrão melhor às partes, caso em que prevaleceria o contrato principal; (4) o contrato principal, a menos que as disposições do item (3) sejam aplicáveis; (iii) cláusula de remissão ao contrato guarda-chuva (“*flow-down clause*”), estabelecendo que, salvo disposição em contrário, o subcontratado teria, perante o subcontratante, todos os direitos, obrigações, riscos e responsabilidades que o subcontratante possuía perante o contratante do contrato guarda-chuva, e (iv) cláusula de responsabilidade geral, tornando o subcontratado responsável por custos de reformulação, construção e contratação adicionais para corrigir erros ou omissões causados pelo subcontratado.

Após um ano do início da obra, a parede de estabilização mecânica começou a apresentar falhas, danificando diversas estruturas adjacentes e elementos apoiados no solo. Além de demandar o subcontratado para reparar os danos na construção, a subcontratante ainda teve de desembolsar quantia milionária com a contratação de outras empresas para

²⁸⁶ ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of New Mexico. 32,331 Centex/Worthgroup, LLC v. Worthgroup Architects, L.P. KENNEDY, Judge. Decide September 10, 2015.

auxiliar nos reparos da obra, mas teve ressarcida somente metade do montante pela seguradora. A subcontratante ajuizou ação contra a subcontratada para reaver o montante gasto com as contratações adicionais. Um dos argumentos utilizados pela defesa da subcontratante foi a cláusula de limitação de responsabilidade do contrato principal. No julgamento do caso, a Corte entendeu que deveria prevalecer a cláusula de responsabilidade geral contida no subcontrato, sendo amplamente aceito na jurisprudência que quando disposições específicas de subcontratos conflitarem com disposições do contrato principal, os termos do subcontrato prevalecem. Além disso, a própria cláusula de ordem de precedência do subcontrato determinava expressamente que nas hipóteses em que as cláusulas do subcontrato e do contrato principal não puderem ser interpretadas complementarmente, prevaleceriam as condições daquele.

Portanto, admite-se a eficácia das cláusulas limitativas perante terceiros, desde que das circunstâncias do caso seja possível verificar, pela lei (sub-rogação legal) ou pela manifestação de vontade das partes, que há consentimento com relação à sua sujeição.

3.2 Abrangência da Cláusula de Limitação de Responsabilidade inseridas em Contratos Empresariais

Uma vez analisadas as situações em que há estipulação de cláusulas de limitação de responsabilidade, suas espécies e os limites gerais à autonomia privada que a ela são necessariamente incidentes, passa-se a analisar os fatores que refletem na sua validade ou eficácia. Como já dito, no capítulo atinente à interpretação de tais cláusulas, toda a análise até então realizada estabeleceu um relevante recorte e que afasta diversas discussões já travadas na doutrina especializada. Em especial, excluiu-se da análise os contratos de adesão e os contratos firmados com consumidores. Também foram excluídas da análise as cláusulas de exclusão integral da obrigação de indenizar.

Passa-se, então, para o exame das balizas impostas pela doutrina à estipulação de cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos empresariais negociados.

3.2.1 Violação da obrigação principal: contexto do debate doutrinário

No campo doutrinário, respeitável doutrina tem afastado de antemão a validade ou eficácia das cláusulas de limitação ou exclusão de responsabilidade nos casos em que a obrigação de indenizar tiver como fonte a violação da *obrigação principal* do contrato. O principal fundamento é a proteção do vínculo estabelecido, de maneira a impedir que se retire do contrato sua força obrigatória ao devedor, que estaria autorizado a, discricionariamente, optar entre o cumprimento ou o descumprimento do contrato.

Nesse sentido, Judith MARTINS-COSTA²⁸⁷ afirma que a obrigação fundamental é intangível, não podendo ser quebrada ou retirada do contrato, sob pena de este *deixar de ter um significado enquanto tal*. Por esse motivo, é necessária “a decretação de ineficácia da cláusula exoneratória (resguardando-se quanto às demais o contrato, com fundamento no princípio da conservação dos negócios jurídicos), ou até mesmo a nulidade do inteiro pacto, se a cláusula exoneratória vedar, desde a formação do contrato, o equilíbrio mínimo que

²⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. “Contrato de Construção. “Contratos-Aliança”. Interpretação Contratual. Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar (parecer)”. In: *Revistas de Direito Civil Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 1. Out-dez/2014, pp. 315-351.

deve haver entre prestação e contraprestação nos pactos bilaterais, sinalagmáticos e comutativos”.

Essa posição é chave na análise da validade e eficácia da cláusula de limitação de responsabilidade nos contratos empresariais paritárias. Como se verá no Capítulo 3.2.2, ou a cláusula compõe o próprio sinalagma do contrato e então sua eficácia não poderá ser negada, ou ela deve ser aplicada com a parcimônia requerida no caso concreto.

Também Antônio Junqueira de AZEVEDO²⁸⁸, vai além, e afirma que tais cláusulas seriam nulas por incidência do art. 122²⁸⁹ do Código Civil, que proíbe a estipulação de cláusulas puramente potestativas. Com relação à posição de Antônio Junqueira de AZEVEDO, Wanderley FERNANDES²⁹⁰ afirma que o autor não fez referência à cláusula limitativa, mas apenas à exoneratória, tendo sido “*preciso em sua afirmação (...) quando fulmina de nulidade as cláusulas que ‘isentem de indenização o contratante, em caso de inadimplemento da obrigação principal’.*”

Na doutrina portuguesa, Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA²⁹¹, por outro lado, nenhuma referência faz à obrigação fundamental, afirmando apenas a impossibilidade de a cláusula atingir a indenização devida em razão de inadimplemento com dolo ou culpa grave do devedor, e quando tal inadimplemento importar em violação à ordem pública.

Sem desconsiderar tais relevantes trabalhos que foram tratados, ousa-se parcialmente discordar, como também fizeram Wanderley FERNANDES e Luiz Octávio Villela de Viana BANDEIRA.

A crítica formulada por Wanderley FERNANDES encontra respaldo na *obrigação fundamental*, que será especificamente tratada no item 3.2.3, abaixo.

²⁸⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não-indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro” (parecer). *In: Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.

²⁸⁹ Art. 122. 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.

²⁹⁰ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 254/255.

²⁹¹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015.

Luiz Octávio Villela de Viana BANDEIRA entende, tendo em vista não ser o direito à reparação pelo pagamento de uma indenização o único remédio à disposição do credor para que faça valer o vínculo obrigacional, não haver justificativa para a sua invalidade ou ineficácia *prima facie* em razão da violação da obrigação principal. Desse modo, ele afirma não haver “puro arbítrio” do devedor quando o credor ainda puder exigir, judicialmente, a execução específica da obrigação, oposição da exceção do contrato não cumprido, direito de retenção²⁹² ou a resolução do contrato.

Ele assume, no entanto, que seu próprio argumento pode se demonstrar *ineficaz* para a tutela da posição jurídica do credor em determinadas situações contratuais. Para ilustrar, ele analisa um julgado²⁹³ (vários semelhantes podem ser encontrados na jurisprudência) envolvendo contrato de depósito de coisa celebrado entre pessoa física e instituição financeira (a chamada *locação de cofre*)²⁹⁴. Nesses casos, a exclusão²⁹⁵ de responsabilidade pela violação do dever de guarda e segurança do bem depositado, importando em dispensa de cumprimento, deixaria o credor *desprovido de qualquer proteção jurídica*, porque de nada adiantaria a execução específica, exceções ou direito de retenção, se não lhe fosse possível a restituição do bem depositado. Nesse caso, em que a cláusula retira do contrato qualquer força obrigatória, seria admissível a ineficácia da cláusula quanto à obrigação principal.

Ainda no mesmo exemplo, mas incluindo a característica do sigilo ao depósito, a cláusula limitativa de responsabilidade parece não ter mais o mesmo efeito. Ele afirma que “*estando o depositário impossibilitado de avaliar o risco ao qual estará exposto, seria legítimo que a cláusula de não indenizar, em sua modalidade limitativa, fosse admitida. Isso porque a limitação do valor da indenização, mesmo que referente à obrigação principal, forneceria a proteção necessária à posição jurídica do devedor*”²⁹⁶.

²⁹²BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 166.

²⁹³ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 167.

²⁹⁴ Não se trata de um contrato empresarial. O próprio autor reconhece que situações semelhantes se repetem com mais frequência com relação aos contratos de adesão e relações de consumo. BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 167.

²⁹⁵ Mais uma diferença: o exemplo refere a exclusão completa da responsabilidade e não apenas a limitação.

²⁹⁶ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016, pp. 168/169.

Embora o autor não tenha feito essa relação direta, na linha do que foi por ele tratado e como será tratado no item 3.2.2, a limitação da obrigação principal nesse caso pode ser interpretada como compondo o próprio sinalagma do contrato, uma vez ter sido considerando o risco estimado ao qual estaria exposto o depositário para que ele formulasse todas as condições do depósito.

A solução abstrata dada pelo autor, no entanto, é diversa. Segundo afirma, a cláusula de limitação deverá ser admitida no caso de inadimplemento de obrigações principais quando houver outros instrumentos jurídicos que sejam capazes de atribuir eficácia ao vínculo obrigacional, concluindo:

Do ponto de vista normativo, não é possível vislumbrar que há uma vedação previamente estabelecida que proíba que cláusula de não indenizar verse sobre as obrigações principais do contrato. As perspectivas acima abordadas têm o grande mérito de ressaltar tal argumento. A circunstância de haver, no caso concreto, outros mecanismos jurídicos dispostos ao credor para garantir a eficácia do vínculo representa, afinal, um critério mais objetivo para saber, interpretativamente, se a limitação que diz respeito às obrigações principais terá como consequência ou não o aniquilamento do vínculo, caso em que não poderá ser considerada eficaz.²⁹⁷

Muito embora absolutamente pertinente a avaliação da existência de outras vias para exigir o cumprimento da obrigação, ora adiciona-se ainda mais elementos à análise. A defesa da validade e eficácia da cláusula de limitação de responsabilidade em caso de inadimplemento da obrigação principal neste trabalho deve-se a dois principais fatores. Em primeiro lugar, porque, em se tratando de contratos firmados entre iguais que negociaram seus termos, a inserção de cláusulas limitativas visa, acima de tudo, prevenir a parte eventualmente inadimplente da condenação em perdas e danos que poderá vir a incorrer. Concorde-se, assim, com Wanderley FERNANDES²⁹⁸ quando afirma que tal estipulação perderia por completo seus efeitos se dela se excluíssem as hipóteses de violação da obrigação principal. Ora: se de empreitada o contrato, o empreiteiro busca estabelecer um limite para a sua responsabilidade em caso de não entrega ou entrega deficiente da obra; da mesma forma, se de prestação de serviços, busca a limitação da indenização para o não cumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação dos serviços. Além disso, em segundo lugar, a simples referência à

²⁹⁷ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 169.

²⁹⁸ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 254.

obrigação principal parece ser insuficiente para criar um critério aplicável de forma geral, sendo sempre necessário o recurso à casuística.

Permeia toda a análise, além disso, o entendimento segundo o qual à cláusula limitativa de responsabilidade deve ser garantido o máximo efeito, tendo em vista a autonomia da vontade – a vontade livre dos contraentes em incluí-la no contrato – e a segurança jurídica, na medida em que os contratantes não serão surpreendidos com a sua invalidade ou ineficácia após ter confiado na sua plena execução. É nesse sentido que se faz referência ao fundamento da força obrigatória dos contratos de Jacques GHESTIN²⁹⁹, de justiça e utilidade.

Segundo o autor, deve haver um equilíbrio entre justiça e utilidade, de forma que, se de um lado o desequilíbrio excessivo entre as prestações justifica a intervenção judicial, com fundamento na justiça comutativa aplicável aos contratos, é preciso ter também em conta as necessidades da finalidade do negócio e da segurança jurídica no tráfico. Assim, o contrato como um “ato de previsão”, não pode ser modificado arbitrariamente pelo juiz. Assim, segundo ele, “*o cuidado de fazer respeitar a justiça e a boa-fé não deve entrar as trocas que são indispensáveis às relações sociais*”³⁰⁰. Nesse sentido, o autor afirma ser o contrato obrigatório quando for justo e útil, e esses mesmos critérios intervêm no conteúdo do contrato (interpretação e qualificação do contrato), na sua execução e nos efeitos que deverá produzir.

É por esse motivo que, partindo da premissa de que as partes (paritárias e em igualdade de condições de negociação dos termos do contrato) buscaram estabelecer as condições de eventual responsabilidade, independentemente da obrigação violada (seja principal ou acessória), procurou-se outros critérios que pudessem, em abstrato, trazer segurança quanto à proibição de iniquidades e enriquecimento sem causa no direito brasileiro. São eles: a necessidade manutenção do sinalagma do contrato; o tratamento a ser dado em caso de violação da obrigação fundamental; e como a obrigação fundamental e o sinalagma interagem para o cálculo do montante indenizatório, demandando que se analise, sob o ponto de vista da indenização, o interesse que será indenizado e, a partir dele, a rubrica indenizatória

²⁹⁹ GHESTIN, Jacques. “Le Juste et l’Utile dans les Effets du Contrat”. In: *Contratos: actualidades e evolução*. Porto: UCP, 1997. pp. 123/165.

³⁰⁰ Tradução livre. No original: “*Le souci de faire respecter la justice et la bonne foi ne doit pas entraver les échanges qui sont indispensables aux relations sociales. Un équilibre doit être trouvé entre le juste et l’utile.*”

que será e/ou não será limitada pela cláusula. Todos eles a serem tratados nos capítulos que seguem.

3.2.2 O sinalagma contratual

Em se tratando de contratos comerciais negociados, a cláusula de limitação de responsabilidade ora figura como parte do próprio sinalagma contratual, integrando a economia contratual, ora ela é meramente acessória à transação principal e sua aplicação poderá ser instrumento de afronta ao sinalagma funcional³⁰¹. Embora pareça que, entre partes sofisticadas, a segunda situação seja menos recorrente em relação à primeira, não se pode dela descuidar para as finalidades deste estudo, sobretudo porque é justamente quando a incidência da cláusula puder acarretar a quebra do sinalagma funcional do contrato que sua aplicação deve ser interdita.

Antes de adentrar nas peculiaridades de cada uma dessas situações, é importante estabelecer-se o conceito aqui adotado de causa sinalagmática, que será o fio condutor da análise que toca este capítulo.

Parte-se da ideia de que o sinalagma, ao lado do consentimento³⁰², tem papel de atribuição de força obrigatória ao contrato, atribuindo-lhe juridicidade, uma vez que reflete a *justificativa patrimonial*³⁰³ a que as partes visavam ao concluírem o contrato, devendo o Direito garantir sua vinculatividade e exequibilidade.

Em: GHESTIN, Jacques. “Le Juste et l’Utile dans les Effets du Contrat”. In: *Contratos: actualidades e evolução*. Porto: UCP, 1997, pp. 123/165

³⁰¹ O sinalagma funcional é o fator de manutenção dos contratos durante a sua fase de execução, “para que os efeitos queridos sejam mantidos e alcançados”. Ele se diferencia do sinalagma genético pelo momento em que verificado, este surge com o próprio contrato, em que a obrigação de uma parte justifica a obrigação da outra. (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 76.)

³⁰² “O longo percurso que vai desde antes do ressurgimento do *Corpus Juris Civilis* até os primórdios da codificação do direito civil na Europa, marcada pelo advento do *Code Civil* francês, traduz uma modificação no papel do sinalagma como fonte da relação obrigacional, substituído, fundamentalmente, pela prevalência e suficiência do consentimento (traduzido na máxima *solus consensus obligat*.” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.43)

³⁰³ “Não se está, de forma alguma, negando que a vontade desempenhe este papel e que ela ainda seja central nos ordenamentos vigentes. O que se sustenta, entretanto, é que, apesar de o consentimento ser o móvel da juridicidade nos contratos, subjaz uma justificativa patrimonial que cumpre funções próprias na vida contratual. Tanto que, como se tentará demonstrar, mesmo em ordenamentos como o francês, admite-se uma projeção do conceito de causa para a fase de execução do contrato, explicando-se a manutenção ou não da

Quando se fala em justificativa patrimonial não se está, neste momento, a tratar da causa em sua função econômico-social, no qual a causa poderia vir a ser confundida com o próprio objeto ou com a obrigação principal do tipo – discussão que será relevante para os fins tratados no próximo capítulo, acerca da obrigação fundamental (item 3.2.3) –, mas do deslocamento patrimonial que justifica a execução de uma contrapartida, uma *reciprocidade* entre um dar com um dar, de um dar com um fazer ou de um dar com um não-fazer.

A esse respeito, importante retomar a teoria do fato jurídico de Antônio Junqueira da AZEVEDO, já oportuna e brevemente esboçada e que vem sendo adotada neste trabalho, no sentido de que o art. 104 do Código Civil estabelece os requisitos para o negócio jurídico válido; ao fazê-lo, acaba também por definir os elementos de existência (agente, objeto e forma)³⁰⁴. Os fatores de eficácia são, assim, elementos externos ao contrato, que lhe atribuem ou retiram os efeitos. Em nenhum momento a causa aparece como elemento ou requisito. Por esse motivo, entende Luis Renato FERREIRA DA SILVA³⁰⁵ que, nos contratos sinalagmáticos, trata-se de um fator de eficácia, extrínseco ao contrato, que dispensa prescrição legal, mas que tem como função a manutenção da reciprocidade do contrato ao longo de sua execução, conforme as partes estabeleceram ao concluírem o contrato. A causa sinalagmática seria, assim, *fator para que os efeitos queridos sejam mantidos e alcançados*.

eficácia obrigatória do contrato pela ideia de causa.” SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 23.

³⁰⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 75/76.

³⁰⁵ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 76. Luis Renato FERREIRA DA SILVA trata a causa sinalagmática em situações em que falta um liame contratual ou delitual, embora esteja presente um deslocamento patrimonial. A hipótese por ele formulada é que não é no contrato ou no delito que está a fonte da obrigação, mas precisamente no deslocamento patrimonial, atribuindo à relação obrigatoriedade do tipo contratual. É o que ocorre, no exemplo dado por ele, no estacionamento de shopping centers. (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 39.) No estacionamento de shopping centers, segundo ele, a obrigação “encontra justificativa menos no consenso, e mais nas vantagens que as partes pretendem retirar da relação que mantêm”. Nesse sentido, ele questiona se “não haveria um dever recíproco de responder pelos danos oriundos do veículo na justa medida em o estabelecimento se locupleta com a vinda do freguês e usa isto como meio de captação de clientes?” Concluindo que “o oferecimento do estacionamento é feito com um fim interessado e dos resultados deste interesse (vantagem auferida pelo dono do estacionamento) sobrevém a corresponsiva obrigação de efetivar a referida segurança”. (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 24.)

Para que não restem dúvidas a respeito da prevalência, para fins da presente análise, do contrato como unidade sobre os seus elementos, requisitos e fatores considerados isoladamente, reporta-se ao conceito de *regulamento contratual* de Vincenzo ROPPO³⁰⁶. Para ele, os elementos do contrato (elementos identificados a partir de um exame *analítico* do contrato) diferem-se da economia do contrato, do próprio *regulamento contratual* – a *realidade global do contrato*, representado por um esforço de *síntese* de tais elementos, por meio do qual se depreende a sistematização dos interesses das partes, isto é, “*o modo como o contrato sistematiza os interesses das partes*”. Essa distinção já foi tratada quando abordada a interpretação da cláusula de limitação de responsabilidade (item 2.1.2, acima). A sua repetida referência aqui se presta a salientar a importância da consideração do contrato como um todo e da interação da cláusula limitativa no programa de riscos e responsabilidade, possuindo, se corretamente analisada, uma justificativa para sua inserção a ser aferida da economia do contrato – a causa sinalagmática.

Essa justificativa ou causa sinalagmática é referida por José de AGUIAR DIAS³⁰⁷ como “*a vantagem oferecida por uma parte e em vista do qual a outra contrata*”. Essa relação de interesses mútuos e benefício/prejuízo recíproco é bem evidente na doutrina anglo-saxã da *consideration*, comumente entendida como o conjunto de regras que limitam a autonomia das partes em estabelecerem promessas vinculantes³⁰⁸. Ela se resume em duas principais características: de um lado, a promessa será juridicamente vinculante se ela for feita em contraprestação a benefício (a ser) auferido pelo promitente; de outro, ela se torna vinculante se o promissário (aquele a quem a promessa foi feita) confia na promessa e, em razão disso, altera sua posição de forma que se a promessa não for cumprida ele estará em uma situação pior que estaria se a promessa nunca tivesse sido feita³⁰⁹.

³⁰⁶ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2ª ed. Milão: Editora Dott A. Giuffrè, 2011, pp. 311/312.

³⁰⁷ AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de Não-Indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, p. 50.

³⁰⁸ ATIYAH, P. *An Introduction to the Law of Contract*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1981, p. 91.

³⁰⁹ ATIYAH, P. *An Introduction to the Law of Contract*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1981, pp.91/92: “As will be seen in greater detail later, the doctrine of consideration has traditionally rested on two main legs. The first of these is the idea that a promise is legally binding if it is given in return for some benefit which is rendered, or to be rendered to the promisor. The second is the notion that a promise becomes binding if the promise detrimentally relies upon it, that is, if he changes his position in reliance on the promise in such a way that he would have been if the promise had never been made at all.”

A respeito da doutrina da *consideration*, Luis Renato FERREIRA DA SILVA³¹⁰ salienta, como uma de suas mais interessantes questões, não bastar a existência de reciprocidade entre promessa e prejuízo, é preciso que haja barganha para que a promessa seja vinculante. Ele ressalta que, embora não haja necessidade de se verificarem ambos benefício e detrimento nas mesmas pessoas, como ocorre na estipulação em favor de terceiro, o elemento da *bargain* nunca está ausente. Para ele, a *bargain* parece estar para a *common law* como o *consentimento* está para o direito continental, no sentido de que a proposta e aceitação podem ser verificadas na *necessidade de um ajuste*, na *consideration*. Nesse sentido há, aqui também, tanto um elemento volitivo como um elemento de reciprocidade para que haja vinculatividade da obrigação³¹¹.

O que é relevante destacar a respeito do tema da *consideration* e sua aproximação com a causa sinalagmática e o regulamento do contrato é que não há necessidade de o benefício de uma das partes e o detrimento da outra serem idênticos, nem de existirem mutuamente. É o que acontece com as garantias. O ponto é que, quando o detrimento de uma parte é maior que o benefício daquela mesma parte, há no direito inglês uma certa tendência em diminuir a responsabilidade desse agente. Nesse sentido, veja-se comentário de ATIYAH³¹² a respeito, tratando do tema em relação aos garantes:

The simplest example of this is the ordinary contract of suretyship whereby one person guarantees repayment of a debt to be made by the promisee to a third party. The surety may receive no benefit from this transaction (at any rate that sort of benefit which is normally regarded as relevant) but the promise incurs a detriment

³¹⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 59.

³¹¹ A respeito da frequente associação entre a *consideration* e a *bargain*. ATIYAH salienta situações nas quais não há barganha e, ainda assim, geram obrigações e responsabilidade: “*Another nineteenth-century development which has largely fallen by the wayside in more modern times was the tendency to associate the doctrine of consideration with the concept of bargain. Now many contracts are without doubt bargains, and the benefit element in the doctrine of consideration may be thought to reflect the notion that a promise ought only to be binding if it is part of a bargain. But it is much harder to associate the element of detrimental reliance with the notion of bargain, unless the reliance is part of an ordinary contract in which benefit is also rendered to the promisor. Detrimental reliance without benefit is not readily reconcilable with the idea of bargain. For instance, if a person promises to guarantee his son’s bank overdraft, there is no doubt that he will be liable if the bank acts on the promise by advancing overdraft facilities to the son, but it is not evident that this can be said to be a bargain. First, the bank makes no promise (it is an unilateral contract) and second, the promisor gets no direct benefit out of the arrangement. Still further removed from bargains are cases where the promise acts on the promise in a way in which the promisor had no interest, and for which he did not bargain. Yet here too, as we shall see, the modern trend is towards greater protection of the promisee’s interests in such cases, sometimes through the doctrine of consideration, sometimes through other legal devices such as ‘estoppel’.* ATIYAH, P. *An Introduction to the Law of Contract*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1981, p. 95.

³¹² ATIYAH, P. *An Introduction to the Law of Contract*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1981, p. 101.

by acting in reliance on the promise. There is no doubt that in principle this suffices to create a binding contract. Nevertheless, there are some particular rules about contracts of guarantee which may be partly explained by the fact that a guarantor derives no benefit from the transaction. For example, a contract of guarantee is one of the few contracts which cannot be sued upon in the absence of writing; there are also many special rules, often felt to be highly artificial and technical, as a result of which a guarantor may escape liability.

E se poderia dizer que no direito brasileiro isso também se verifica em certa medida, por exemplo, no teor do art. 392, segundo o qual, *nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a que o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.*

É evidente que quando se afirma não haver correspondência exata entre benefício e detrimento, não necessariamente se está a tratar de contratos puramente benéficos. É possível, assim, que haja contratos onerosos em que o benefício de uma parte é menor do que o seu detrimento. No direito inglês, isso é absolutamente aceitável. Afirma-se que o valor da *consideration* é imaterial³¹³, no sentido de que não há necessidade de equivalência perfeita, a sua simples existência já é suficiente para a atribuição de jurisdição ao contrato, do contrário se estaria violando a liberdade de contratar.

No direito brasileiro, uma das evidências de que, assim como no *common law*, a não necessidade de perfeita correspondência entre benefício e detrimento também é aceita é a estipulação de cláusula de limitação de responsabilidade. A existência de uma cláusula limitativa que altera o equilíbrio hipoteticamente ideal entre as prestações não é, por si mesma, inválida ou ineficaz. A avaliação do sinalagma (ou da *consideration*), demanda o exame da totalidade do regulamento contratual.

Além disso, há na própria cláusula de limitação de responsabilidade uma avaliação de vantagens/desvantagens, benefício/detrimento, que justificou a sua inserção no contrato sob o ponto de vista do credor e que é capaz de lhe garantir a exequibilidade. É dizer, ao firmar a cláusula limitativa, no comum das negociações de contratos empresariais paritários, houve um acerto de obrigações contrapostas que fundamentou a aceitação do credor³¹⁴.

³¹³ ATIYAH, P. *An Introduction to the Law of Contract*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1981, p. 104.

³¹⁴ AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de Não-Indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, pp. 50/51: “Ora, não se pode considerar causa senão o motivo por que o

Isso significa, *a contrario sensu*, não haver qualquer evidência de que a sua mera inserção em contratos onerosos quebre o sinalagma do contrato, ainda que aplicável às situações de inadimplemento da obrigação principal, de modo a ser inadmissível *per se*. Ao contrário, ela (i) ou compõe a própria economia do contrato, como no caso em que o preço do contrato foi ajustado a menor considerando que o prestador do serviço não se responsabilizaria por determinados danos, justificando a sua validade e eficácia (ou, no exemplo descrito no item anterior, a instituição financeira limitou sua responsabilidade pelo depósito, porque não tinha conhecimento do bem que seria depositária); ou (ii) pode ser estipulada para ser aplicada apenas quando sua eficácia não importar quebra do sinalagma funcional.

Com relação ao item (i), havendo evidências de que a negociação do contrato se deu tendo em vista a alocação dos riscos que cada uma das partes estaria disposta a assumir e, ainda, o limite da responsabilidade a ser assumida pelo devedor em caso de inadimplemento culposos, ainda que se trate de violação da obrigação principal, não se poderia afastar a sua aplicação.

Esse é o caso do contrato de compra e venda de quotas na modalidade porteira fechada, em que o comprador teria assumido integralmente a responsabilidade pelas contingências sociais (identificadas ou não no processo de *due diligence*), tendo como contraprestação um preço mais baixo. Se a inclusão de uma cláusula de limitação de responsabilidade foi inserida no contrato não apenas como um recurso para eventual responsabilidade, mas como parte do próprio sinalagma, de modo que a sua inserção diminuiu efetivamente o preço de compra, não há se falar em ineficácia em caso de quebra da obrigação principal. Salienta-se que nem sempre a inserção de cláusula limitativa está relacionada à economia em razão de uma alteração no preço do contrato. Trata-se de exemplo argumentativo. Não raramente são verificadas situações em que o risco envolvido é tão alto e difícil de previamente se prever que o contratado apenas adere ao mercado em razão da limitação de responsabilidade. Nesse sentido, o risco alto é assumido e dividido entre ambas

credor consente na exoneração, isto é, a vantagem, diversa da obrigação, em vista da qual o credor acha razoável aceitar a cláusula. Tem, por força, de ser, perante o espírito do credor, pelo menos o equivalente subjetivo da prestação original, porque, de outra forma, não teria sido aceita. Parece-nos certo que, no caso da cláusula de exoneração, a licitude deve ser apurada em vista à vantagem pela qual o credor se decidiu a consentir naquela estipulação.”

as partes: o contratante, porque tem interesse naquela prestação, mesmo que isso importe na assunção de determinados riscos; o contratado, porque seguro quanto a limitação de seu risco.

Por evidente que esse entendimento não pode ser levado a cabo quando a cláusula for invocada em violação ao objetivo das partes ao inseri-la no contrato. Nesse sentido, se houver inadimplemento absoluto porque o vendedor recusa-se a firmar a alteração do contrato social que efetiva a transferência das quotas e registrá-la na junta comercial, está-se diante de um caso em que as soluções possíveis são a execução específica judicial, ou a resolução do contrato. Se houver a resolução, como será visto no Capítulo 3.2.4, item b (i), a responsabilidade pelo ressarcimento integral do preço pago não poderá ser limitada, porque, de um lado, a restituição das prestações realizadas é eficácia própria do regime resolutivo, e, de outro, a cláusula não comporia o sinalagma nessa circunstância.

Por outro lado, se o controle da empresa houver sido transferido como se a empresa detivesse determinadas características, mas, durante o exercício da atividade empresária, se percebe que, sem que tenha havido dolo ou culpa grave do vendedor, tais características não se confirmaram, então o vendedor poderá invocar a cláusula limitativa e impedir que dele lhe seja exigida qualquer indenização adicional, mesmo que decorrente do cumprimento defeituoso da obrigação principal.

Passa-se, então, à análise da segunda hipótese (item (ii)). Defende-se que a manifestação expressa de que há, no direito brasileiro, proteção ao sinalagma funcional, está nas figuras do *exceptio non adimpleti contractus* e *exceptio non rite adimpleti contractus*³¹⁵. Ou seja, a busca, durante a execução do contrato, do fim visado pelas partes ao firmarem o contrato – que diferencia-se dos motivos –, de maneira que as partes tenham *interesse na execução da prestação da contraparte e devam prestar suas obrigações*, está na inexigibilidade da prestação de uma parte se a outra estiver em mora com suas obrigações contratuais.

Em ambos os institutos, a falta de prestação (ou prestação defeituosa) de uma parte, autoriza o credor a também deixar de cumprir a sua obrigação, acarretando a resolução do contrato. Daí fica clara a relevância jurídica da *reciprocidade* nas relações obrigacionais. Em

³¹⁵ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 88.

outras palavras, só há razão para a exigibilidade de uma prestação, mantendo-se o fim buscado pelas partes, se houver também a correspectiva obrigação, simultaneamente. Do contrário, o remédio jurídico é pôr termo à relação, retornando as partes ao *status quo ante*, em razão da falta de sinalagma.

Nesse sentido, sempre que a cláusula tiver sido incluída no contrato sem que seja possível a verificação concreta que ela compôs o sinalagma, ela apenas poderá ser aplicada se sua invocação não rompê-lo, de maneira a impedir a consecução do fim visado pelas partes. Por exemplo, se, no contrato de prestação de serviços, houver pagamento do preço, mas não houver a prestação dos serviços, não seria admissível, *prima facie*, fazer incidir a incidência da cláusula limitativa e impedir o credor de receber, no mínimo, o montante já efetivamente despendido.

Tendo em vista essa situação é que se buscou, no item 3.2.4, abaixo, estabelecer as balizas segundo as quais a cláusula limitativa deve ser aplicada e produzir efeitos, de um lado, cumprindo sua finalidade como parte do esquema contratual como um todo e, de outro, sem que isso implique rompimento injustificado do sinalagma funcional.

Portanto, dada a necessidade de segurança jurídica no tráfico, a fim de garantir máxima efetividade ao regulamento contratual estabelecido pela vontade comum dos contraentes, por meio do qual estabeleceram mutuamente o feixe de direito e deveres a serem cumpridos para a realização dos respectivos interesses na transação, é que se deve procurar a manutenção da cláusula limitativa, observados os limites ora tratados (ordem pública, dolo ou culpa grave). Porém, se isso implicar o rompimento do sinalagma contratual, a sua incidência demandará um exame pontual, cujos critérios serão tratados no item 3.2.4, abaixo.

3.2.3 Obrigação Fundamental

Antes de se adentrar nos critérios defendidos neste trabalho para incidência da cláusula limitativa, quando ela puder importar em rompimento do sinalagma, é importante explicitar

relevante e respeitável argumento já antes tratado pela doutrina nesse particular: a impossibilidade de incidência da cláusula quando o inadimplemento resultar da violação da obrigação fundamental.

Segundo respeitável doutrina, não seria admissível que a cláusula de limitação de responsabilidade excluísse a *obrigação fundamental*³¹⁶, ou seja, aquela que atribui significado ao contrato enquanto *regulação de interesses econômicos*³¹⁷. A fim de avaliar tal importante posição doutrinária, faz-se necessário adentrar no conceito de *obrigação fundamental* e como ela interage com a cláusula de limitação de responsabilidade.

Judith MARTINS-COSTA³¹⁸, com base em Ruth SEFTON-GREEN³¹⁹, afirma que a obrigação fundamental seria uma espécie de núcleo duro do vínculo obrigacional, o núcleo irredutível que não pode ser *quebrado, apagado ou extirpado*, sob pena de perda do significado do contrato enquanto regulação de interesses econômicos. Diferencia-se da obrigação essencial abstrata do tipo contratual considerado³²⁰, na medida em que ela apenas pode ser analisada concretamente, especialmente quando inserida em uma rede de contratos conexos, em vista da verificação *in casu* do efetivo fim econômico-social daquele contrato ou rede de contratos. A sua verificação permite ao intérprete invalidar ou resolver o pacto, em caso de violação do equilíbrio mínimo entre as prestações de parte à parte ou inadimplemento, respectivamente.

³¹⁶ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 256 e ss.

³¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. V, Tomo II: Do Inadimplemento das Obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 321.

³¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. V, Tomo II: Do Inadimplemento das Obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 224 e ss.

³¹⁹ SEFTON-GREEN, Ruth. La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise. Paris: LGDJ, 2000, p.6 *Apud* : MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. V, Tomo II: Do Inadimplemento das Obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 224 e ss.

³²⁰ A obrigação essencial típica, nesse caso, seria aquela entendida pela doutrina italiana como a causa objetiva do negócio, a função econômica e social típica. Isto é, a obrigação que integra determinado tipo legal de forma expressa, constante e vinculante entre as partes, constituindo, o fundamento jurídico da obrigação e a razão objetiva da proteção legal da eficácia do negócio jurídico. Na visão de Emílio BETTI (BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, Tomo I, p. 340.) – não sem críticas de seus pares, tendo como pressuposto de juridicidade a própria vontade das partes (a autonomia privada como causa geradora de relações jurídicas), a causa objetiva é o interesse social e econômico objetivo e socialmente verificável a que o negócio jurídico deve salvaguardar (veja-se, a respeito: SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 102/106).

O termo teve origem nos países de cultura anglo-saxã, a partir do conceito de *fundamental term*, e foi tomando espaço nos países de tradição continental com o avanço e progressiva internalização da Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (a “CISG”)³²¹, a qual contém a figura do *fundamental breach* – derivação do termo *fundamental term*, que demonstra a ligação do instituto com o direito de resolução decorrente do seu inadimplemento, embora não haja identidade entre o que seria o inadimplemento causador do *fundamental breach* (em português, violação ou quebra fundamental) e o inadimplemento da obrigação fundamental.

A CISG, em seu art. 25, estabelece que apenas uma violação que prive substancialmente a outra parte daquilo que lhe era razoável esperar do contrato será considerada uma violação fundamental a ensejar a resolução contratual. No direito nacional, Ruy Rosado de AGUIAR Jr.³²² afirma que a violação fundamental da CISG se equiparava, no Código Civil de 1916, ao inadimplemento absoluto. Ele afirma:

Nas suas linhas gerais, assim também ocorre no Brasil. Os arts. 955 e 956, parágrafo único e 1.056 do Código Civil, lhe definem a mora, o incumprimento que torna inútil a prestação e o efeito da inexecução, controem (sic) um regime jurídico onde a resolução surge como a consequência do inadimplemento qualificado pela inutilidade da prestação, só decretável quando desaparecido o interesse do credor em recebe-la.

Também nós não distinguimos entre as diversas espécies de obrigações ou deveres, pois há o inadimplemento sempre que o devedor deixar de cumprir a obrigação ‘pelo modo e no tempo devidos’ (art. 1.056 do Código Civil). E toda a desatenção ao que for devido, pela lei, pelo contrato ou pelo princípio da boa-fé, significa incumprimento ou cumprimento imperfeito, que consistirá em violação fundamental ao contrato quando tornar inútil a prestação para o credor.

Veja-se que a referência à “violação fundamental” é mais próxima ao conceito jurídico de inadimplemento absoluto do que de violação estrita da obrigação principal, uma vez que o inadimplemento absoluto pode decorrer não apenas da quebra da obrigação fundamental do negócio jurídico, mas de qualquer obrigação ou dever que tornar inútil a prestação ao credor, nos termos do § único do Art. 395 do Código Civil.

³²¹ Artigo 25 da Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias: “A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.” Ver: FRADERA, Vera Maria Jacob de. “O conceito de inadimplemento fundamental no art. 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 11, pp. 55-66, 1996.

Com relação à interação entre a obrigação fundamental e a cláusula de limitação de responsabilidade, Judith MARTINS-COSTA afirma que a intangibilidade da obrigação fundamental decorre de sua *essencialidade*, no sentido de que a sua ausência, em razão da quebra ou supressão deliberada, acarretará a extinção do vínculo, que poderá se dar inclusive por nulidade, “*como pode ocorrer com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade civil: em certos casos a inserção dessas cláusulas, ainda que permitida, pode levar à quebra de tal ordem no sinalagma que a ‘obrigação fundamental’ se tem por violada, ensejando a extinção do vínculo*”³²³.

Ilustrativamente, trouxe à tona decisão proferida pela Corte de Cassação francesa, citada pela autora Ruth SEFTON-GREEN, assim ementada³²⁴:

Visto que nenhum contrato pode existir se não contemplar obrigações que são de sua essência, e se não constitui um vínculo jurídico para constranger as partes a executá-las; visto que é da essência do contrato de locação que o locador se obriga a deixar o locatário gozar (faire jouir) a coisa locada, e a manter a coisa, durante toda a duração da locação, em condições de servir ao fim a que se destina (arts. 1.709 e 1.709-2 do Código Civil); Visto que essas obrigações (do locador) implicam, para o locatário, o direito de acionar judicialmente o locador, se ele se recusa a cumpri-lo voluntariamente; Visto que pela cláusula 4 do contrato, foi estipulado que ‘o locatário renuncia a reclamar, durante todo o curso da locação, qualquer reclamação de perdas e danos contra Cohen-Scali, locador, e a intentar contra ele qualquer ação, seja qual for, diante dos tribunais ou Cortes, sejam quais forem, por qualquer causa que possa existir’; Visto que esta cláusula insólita não é apenas modificativa ou restritiva das obrigações impostas pela lei ao locador, mas que ela o livra (l’affranchit) de todo e qualquer dever, de toda a responsabilidade, mesmo a responsabilidade por seus próprios fatos; Que uma tal disposição, estando em oposição manifesta com as regras essenciais do contrato de locação e mesmo com o princípio de qualquer contrato, foi com justa razão que a decisão recorrida declarou sua nulidade.

Respeitosamente, permita-se parcialmente discordar da análise da decisão da Corte de Cassação, sobretudo à afirmação de que faça referência à cláusula de não indenizar. Como já referido, as cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade não têm como função excluir todos os remédios jurídicos disponíveis ao credor para tornar obrigatório o contrato,

³²² AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. “A Convenção de Viena e a Resolução do Contrato por Incumprimento”. In: *Revista de Informação Legislativa*. V. 31, n.º 121, pp. 211/225, jan./mar., 1994

³²³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. V, Tomo II: Do Inadimplemento das Obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 225.

³²⁴ Tradução livre da própria autora. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. V, Tomo II: Do Inadimplemento das Obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 225, n.r. 253.

em especial a possibilidade de o credor exigir o cumprimento específico da obrigação. Ao contrário, ela apenas reflete-se no regime da responsabilidade pela reparação dos danos, permanecendo intactas as possibilidades de execução específica das obrigações, resolução, remoção do ilícito e demais medidas processuais disponíveis ao credor para fazer valer seus direitos perante os Tribunais.

Não por outro motivo, há uma distinção entre a cláusula que exclui ou limita a responsabilidade pela reparação do dano *in pecunia* e a cláusula de exclusão de determinadas obrigações típicas e necessárias ao equilíbrio contratual daquele negócio. No caso do contrato de locação, se houver exclusão da obrigação do locador de permitir o uso e gozo da coisa pelo locatário, a hipótese será de exclusão de obrigações – nesse caso, trata-se de obrigação fundamental, cuja exclusão poderá acarretar a desconfiguração do contrato como sendo de locação, acarretando a invalidade do pacto, nos termos do quanto explicitado acima – e não de limitação/exclusão de responsabilidade.

Portanto, embora correta a decisão francesa de anulação da cláusula referida, por retirar do contrato a obrigatoriedade de cumprimento de obrigações que são *fundamentais* à persecução do interesse econômico visado pelas partes aos concluí-lo; em verdade, contrariamente ao dito, não se tratava de cláusula de limitação ou exoneração de responsabilidade. De toda sorte, se houvesse cláusula de limitação de responsabilidade ou exoneração de responsabilidade em caso de violação da obrigação do locador de disponibilizar a posse e o gozo do bem ao locatário, a mesma objeção não tem lugar nessa hipótese, porque deteria ainda o credor a possibilidade de exigir do devedor a execução específica, sem prejuízo da resolução do contrato, acaso lhe faltasse interesse na sua manutenção.

Seguindo linha distinta a respeito da eficácia das cláusulas limitativas em face da violação da obrigação principal, Wanderley FERNANDES³²⁵ afirma a necessidade de atribuição de efeitos à cláusula limitativa, ainda que implique a redução ou exclusão da indenização devida pela violação da obrigação principal. Exceção, no entanto, ele faz quando a aplicação de tal cláusula for invocada para impedir a indenização pela violação da obrigação fundamental (*breach of fundamental term*). Para ele, quando verificada a violação da função

³²⁵ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 252 e ss.

econômico-social do contrato (o *fundamental term* anglo-saxão), será necessário avaliar concretamente a sua incidência ou não, sob o postulado interpretativo de que a obrigação fundamental ou função econômica-social deve ser mantida.

Sua conclusão parte da análise da evolução da jurisprudência inglesa e americana acerca do tema, analisando, dentre outros, o caso *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seed Ltd.*(1981)³²⁶, no qual a parte obrigada à entrega de sementes de repolho entrega semente diversa e imprópria para consumo, não possuindo qualquer finalidade econômica. Segundo o autor, a cláusula de exclusão de responsabilidade prevista naquele contrato não pode ser aplicada, porque ela havia sido pensada para danos decorrentes da venda de sementes de repolho e não para a entrega de sementes completamente diversas. Ou seja, uma situação é a entrega do objeto pactuado, sem que haja adimplemento satisfatório da obrigação, outra, muito diversa, é ignorar-se por completo as condições do pacto original.

Embora razoável a conclusão, a análise demanda importante dose de casuística, não podendo ser de simples subsunção às demais hipóteses práticas de violação de obrigação fundamental. Por esse motivo, apesar de coadunar-se ao propósito do direito e da manutenção dos vínculos, neste trabalho defende-se que a solução deverá ser perquirida com base na manutenção do sinalagma, como visto acima, no item 3.2.2. Para tanto, adota-se critério diversos quando houver reparação do interesse positivo e manutenção do vínculo, reparação do interesse positivo e resolução; ou quando indenizado o interesse negativo, como será analisado no item 3.2.4, abaixo.

3.2.4 Possibilidade de limitação de indenização decorrente do inadimplemento de obrigação fundamental de acordo com a rubrica indenizatória

Com relação às cláusulas limitativas de responsabilidade que estabelecem um patamar máximo a ser pago a título de reparação de danos em caso de responsabilidade contratual, além da necessidade de sempre ser respeitado o sinalagma contratual (analisado no item 3.2.2), no que diz respeito aos contratos comutativos entre partes iguais, também deve ser observado atentamente tanto o interesse que está sendo indenizado, como a *rubrica*

³²⁶ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257.

*indenizatória*³²⁷, porque é a partir dela que se poderá determinar qual a extensão da eficácia da cláusula limitativa nos contratos empresariais paritários. Esse método de análise se justifica como uma forma de, abstratamente, estabelecer critérios para uma intervenção judicial segura nos contratos empresariais, evitado o recurso reiterado à casuística.

Para melhor abordar-se a matéria, este capítulo será dividido entre as hipóteses em que há indenização pelo interesse positivo (Capítulo 3.2.4, item a) e as hipóteses em que há indenização pelo interesse negativo (Capítulo 3.2.4, item b)³²⁸.

a. Indenização pelo interesse positivo

A indenização pelo interesse positivo constitui a busca pela colocação do lesado na situação em que estaria se o contrato do qual era parte houvesse sido cumprido. Constituem eventos jurídicos que acarretam a reparação do interesse positivo a falta culposa de cumprimento e o cumprimento defeituoso³²⁹. Nesse sentido, é necessário que haja um contrato válido e apto a produzir os seus efeitos e que haja também uma expectativa econômica legítima a partir do seu cumprimento, uma vantagem, a ser auferida daquele contrato, tutelável pelo Direito.

³²⁷ O termo não é um conceito jurídico, mas antes um conceito funcional para a finalidade deste trabalho. Adota-se, assim, a tese de Renata STEINER (STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.) que diferencia, no âmbito da indenização pelo rompimento do negócio jurídico, a parcela referente à convenção pelo equivalente pecuniário e a referente às perdas e danos, quando diante de uma obrigação de dar, e a parcela pela transação substitutiva e pelas perdas e danos, quando se tratar de uma obrigação de fazer. O tema será aprofundado ao longo do capítulo.

³²⁸ Não se pretende adentrar no conceito ou natureza jurídica do conceito de “interesse” no Direito Privado brasileiro. Termo multifacetado e plurissignificativo, com diversas referências esparsas no Código Civil, podendo ser entendido como um elemento exterior ao direito, autônomo e natural ou humano, que se manifesta como a vontade dirigida à “*satisfação de uma necessidade, para obtenção de um bem ou para a realização de uma ação idôneos (sic) para aquela satisfação. (...) A posição dominante parece ser hoje, justamente, a que identifica o interesse especificamente com a referida relação, ou vínculo conectivo, entre o sujeito e o bem que o satisfaz, ou que é apto a satisfazer, a necessidade em causa – numa concepção, aliás, que não é meramente econômica, pois está em causa apenas a relação entre o sujeito e o bem que seja juridicamente relevante (incluindo não só interesses ‘que são’, mas interesses que juridicamente ‘devem ser’.*” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 493/498). Na seara da responsabilidade contratual, o “interesse” é usado como método/fórmula de cálculo do dano sofrido pela parte lesada pelo inadimplemento, de acordo com as características do dever violado – diferenciando-se interesse contratual positivo (“*situação que acompanha à conclusão de um contrato válido, (...), dirigida à execução da prestação*”) e interesse contratual negativo (“*a situação ligada à estipulação de um contrato inválido por culpa da contraparte*”) (PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 508/510). Este último é o sentido utilizado no presente estudo.

Depreende-se dos artigos 389 e 395, § único³³⁰ que o direito brasileiro assume a indenização pelo interesse positivo como a regra geral para a reparação de danos do credor lesado, sendo as hipóteses de indenização pelo interesse negativo, por outro lado, mais restritas (correspondem ao interesse decorrente do retorno das partes ao *status quo ante* em relação ao contrato ou às negociações havidas entre as partes, como ocorre em caso de responsabilidade pré-contratual e invalidade do negócio jurídico).

A reparação de danos pelo interesse positivo se justifica na medida em que há, desde a conclusão do contrato, confiança legítima das partes direcionadas ao cumprimento do contrato, ao adimplemento da obrigação, assim “*mesmo se se pretender reconduzir a expectativa do credor à promessa constante da declaração negocial do devedor, sempre estará em causa uma expectativa dirigida à execução do prometido, isto é, uma ‘confiança no cumprimento’*”³³¹.

A primeira ressalva que se faz para tutela da expectativa legítima ao cumprimento do avençado é que o lesado não esteja em mora no cumprimento de suas próprias obrigações³³². Ou seja, a indenização pelo interesse positivo também pressupõe o cumprimento da prestação pelo lesado e, conseqüentemente, a manutenção do sinalagma contratual, conforme vimos no item 3.2.2, acima.

É importante que se esclareça nesse aspecto que a indenização pelo interesse positivo distingue-se da execução específica. Embora ambas busquem a manutenção da vantagem que seria auferida pela parte adimplente se o contrato se mantivesse, trata-se de remédios com diversas funções: a execução específica constitui a busca pelo cumprimento *in natura*. A

³²⁹ PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 871.

³³⁰ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

³³¹ PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 881.

³³² STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 145. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito Privado*. Tomo XXIII. Rio de

execução específica está expressamente consubstanciada nos Arts. 497³³³ e 499³³⁴ do Código de Processo Civil, que materializam o princípio da primazia da tutela específica. Como regra, a execução deve ser específica, o que significa possibilitar ao credor o cumprimento *in natura* da obrigação, ou seja, de forma idêntica ao que ocorreria se ela tivesse sido voluntariamente adimplida pelo devedor³³⁵. Não se trata, nesse caso, de indenização, mas de efetiva *prestação coercitiva*.

Já a indenização pelo interesse positivo, que ocorre pelo *ressarcimento* ou pela *indenização pelo equivalente pecuniário*, em ambos os casos acrescidos de perdas e danos, constitui um substitutivo do cumprimento, uma prestação diversa, porém decorrente. Nas palavras de BIANCA³³⁶, um “*ato de reintegração do interesse por meio de uma prestação diversa e sucedânea em relação àquela prevista na obrigação*”.

Se, por um lado, a primazia da tutela específica preocupa-se com a “*integridade do direito*”, por outro, a tutela pelo equivalente pecuniário, implica, como o próprio nome remete, a conversão da tutela específica em seu correspondente monetário³³⁷.

As perdas e danos a que o Art. 499 do Código de Processo Civil se refere correspondem à tutela pelo equivalente em dinheiro. No entanto, em que pese o referido dispositivo legal autorize que o credor opte pelo equivalente pecuniário, tal opção somente é possível nas demandas de reparação de danos, sob pena de violação do sistema de obrigações e da autonomia privada, já que permitiria ao credor modificar de forma unilateral a natureza

Janeiro: Borsói, 1958, p. 193, § 2.809: “*A indenização pelo inadimplemento é a indenização pela falta da prestação. Se a pede o credor, não se exige de contraprestar, nem, se já contraprestou, pode repetir*”.

³³³ Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

³³⁴ Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

³³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7.ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 71; ARAÚJO, Luciano Vianna. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Crames (coord.). 2.ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 747. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 844.

³³⁶ BIANCA, Massimo. *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1218-1229. Seconda Edizione. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1979, p. 315. *Apud*: STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, pp. 145/146.

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 815.

da prestação contratada³³⁸. Nos casos que envolvam o inadimplemento de obrigações, portanto, a prestação apenas pode ser convertida monetariamente quando a tutela específica e o resultado prático equivalente forem inúteis ao credor ou se tornarem impossíveis.

Por esse motivo, diz-se que a indenização é o dever secundário do devedor, quando já não há mais interesse do credor na manutenção do vínculo e no dever primário, qual seja, a obrigação de prestar (dar, fazer ou não fazer). Essa diferenciação ressalta a natureza diversa da prestação de prestar e da prestação de indenizar, sendo a segunda o substitutivo daquela, que inclui, ainda, as perdas e danos decorrentes da não prestação da obrigação³³⁹.

No entanto, embora reconheça-se a natureza distinta entre o dever de prestar e o dever de indenizar pelo equivalente pecuniário (ou seja, a parcela indenizatória correspondente à própria obrigação convertida em pecúnia), entende-se que o segundo é um *prolongamento* ou um *subsequente* do primeiro, havendo uma relação indissociável entre si e entre eles e o próprio contrato que originou o primeiro³⁴⁰.

Esse entendimento é o que será adotado daqui em diante, muito embora se reconheça a existência de posição divergente a respeito, no sentido da inexistência de “*dever secundário decorrente da violação de dever primário*”, mas apenas dever de prestar e dever de indenizar. Sendo impossível ou não havendo mais interesse do credor no primeiro, haverá o segundo, que deverá ser o “*ressarcimento pelo dano causado pelo inadimplemento*”³⁴¹.

³³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 844-845.

³³⁹ STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 146.

³⁴⁰ STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 146. Também em: LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 324 e ss.

³⁴¹ Tal posição contrária à vinculação entre a obrigação primária de prestar e a secundária ou substitutiva de indenizar é esboçada por COMPARATO, Fábio Konder. “A mora no cumprimento das obrigações contratuais pecuniárias e suas consequências”. In: *Direito Empresarial. Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 370-371. Segundo ele, a responsabilidade nada tem a ver com a origem do dever (que pode ser um ilícito absoluto ou um relativo), prossegue, afirmando que “[e]la funda-se no prejuízo e visa a, de um lado, reparar os seus efeitos no patrimônio do prejudicado; de outro lado, tende ela, tal como em seu nascimento histórico, também a punir o causador do dano, como medida sancionados do ocorrido e preventiva do que poderá ocorrer no futuro” e, afirma conclusivamente que “uma coisa é a prestação prometida pelo devedor e por ele não cumprida; outra coisa é o montante a pagar à outra parte como ressarcimento do dano causado pelo inadimplemento.”

Pois bem, assumindo-se não haver mais interesse do credor na execução específica de um contrato válido e eficaz, ele poderá optar entre (1) buscar a indenização a ser apurada pelo que ele teria direito caso o contrato fosse cumprido, o que inclui o equivalente pela própria prestação que deveria ter sido cumprido *in natura* (quando aplicável) e todos os danos incorridos em razão do descumprimento contratual ou perquirir (2) a resolução contratual, com perdas e danos.

A composição da indenização (1), no entanto, é diferente quando se está diante de uma obrigação de dar, de fazer e de não fazer. É por esse motivo que, para que se possa analisar os elementos que compõem a indenização com o propósito de, ao fim e ao cabo, verificar quais são os lindes para a incidência de eventual cláusula limitativa da indenização, dividir-se-á a análise entre cada uma das espécies obrigacionais³⁴².

Além disso, com relação à resolução (2), embora haja divergência a respeito do interesse indenizado, assumir-se-á, para fins do presente, a posição de PONTES DE MIRANDA³⁴³, segundo o qual mesmo em caso de resolução, com retorno das prestações, as perdas e danos podem buscar a recolocação do credor no estado em que se encontraria se o contrato houvesse sido cumprido. A indenização pelo interesse positivo é adotada tendo em vista a orientação de que o interesse negativo é associado à *culpa in contrahendo*, remetendo ao momento anterior à conclusão do contrato; ao passo que a resolução decorre do inadimplemento durante a fase de execução. De todo modo, não se nega a possibilidade de

³⁴² As espécies de obrigações previstas no Código Civil são aquelas referentes a contratos comutativos: *dar, fazer e não fazer*. As dificuldades ficam ainda maiores quando se está diante de contratos de natureza associativa ou organizativa, como os contratos de *joint venture* ou mesmo, em determinadas situações, contratos empresariais que importem em uma relação mais duradoura e próxima entre as partes (os chamados contratos relacionais), como os contratos de distribuição, franquia e representação comercial. Nesse sentido, afirma Renata STEINER: “*Há pactos que envolvem, por exemplo, a realização de uma atividade empresarial. Embora haja neles prestação e contraprestação, a verdade é que não há um conteúdo prestacional que possa ser isolado e, muito menos, objeto de uma conversão em termos patrimoniais. Ou, ainda que possível, essa transformação não é tão simples. / É o que esse (sic) passa, com evidência, em contratos que envolvam uma licença de exploração de marca (p. ex. franchising), uma parceria empresarial complexa (p. ex. joint venture) ou mesmo a prestação de serviços em forma de empresa (p. ex. representação comercial). Neles, a noção de recondução à situação de cumprimento confunde-se com a própria manutenção do contrato, nos termos ajustados. / É possível que as partes ajustem uma garantia de lucratividade ou mesmo um prazo de vigência determinado para sua manutenção, hipóteses nas quais se poderia aventar o cálculo do ‘equivalente’ à prestação.*” (STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 150).

³⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Atual. por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 465, § 4.248.

que, no caso concreto, se verifique ser o interesse negativo o que melhor compõe a indenização devida ao credor³⁴⁴.

Assim, o capítulo será dividido entre os efeitos da cláusula de limitação da responsabilidade em caso de violação de obrigações de dar (i); obrigações de fazer (ii); e obrigações de não fazer (iii), considerando a busca do lesado pelo equivalente pecuniário à prestação inadimplida; e (iv) em caso de optar a parte inocente por resolver o contrato, exigindo perdas e danos.

(i) *Obrigações de dar*

Circunscrevendo-se apenas às perdas e danos que visam à colocação da parte inocente na posição em que estaria se cumprido o negócio, em caso de violação de uma obrigação de dar, elas serão calculadas tendo como base não apenas o equivalente pecuniário à própria prestação que deixou de ser cumprida (ou deixou de ser cumprida adequadamente), mas também os demais danos sofridos pelo lesado em razão do inadimplemento, conforme dispõe o art. 236 do Código Civil³⁴⁵ – incluindo o que efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar em razão do inadimplemento³⁴⁶.

Defende Renata STEINER³⁴⁷ que essa parcela da indenização que corresponde ao equivalente pecuniário da obrigação primária é uma das rubricas que compõe o todo unitário da indenização. Nesse sentido, ela afirma que, embora exista uma unidade *externa*, há uma dualidade interna, composta de *dois elementos diversos e complementares*: as perdas e danos *no lugar* do cumprimento, ou seja, são calculadas de acordo com a efetiva prestação; e as perdas e danos *ao lado* do incumprimento, que visam ressarcir os prejuízos decorrentes da prestação a destempo ou de forma diversa da acordada.

³⁴⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004, p. 268.

³⁴⁵ Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos. E Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.

³⁴⁶ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

³⁴⁷ STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 148.

Essa lógica fica evidente a partir da interpretação do Art. 236, que expressamente prevê que o credor poderá exigir (1.) *o equivalente*; e mais (2.) *indenização por perdas e danos*. Ou seja, a existência de duas rubricas diversas que compõem a reparação dos danos em razão do inadimplemento da obrigação é decorrência da própria lei.

Evidência dessa dualidade interna é a necessidade de que, havendo cumprimento *in natura*, por meio da execução específica, a indenização devida pelo devedor ao credor pelo inadimplemento contratual jamais poderá ser em montante idêntico à indenização que abrange as perdas e danos *no lugar e ao lado*. De fato, cumprido o objeto da prestação, a única indenização devida será aquela destinada a reparar os danos causados pela prestação intempestiva, nunca incluindo o equivalente do próprio dano, sob pena de enriquecimento ilícito³⁴⁸.

Sendo assim, é possível se afirmar que há, no montante a ser indenizado em razão do inadimplemento absoluto da obrigação de dar, duas diversas rubricas indenizatórias, correspondentes respectivamente ao equivalente pecuniário da obrigação primária e as perdas e danos que componham os prejuízos enfrentados pelo credor em razão da demora no pagamento. Assumindo que cada uma dessas rubricas é razoavelmente cognoscível³⁴⁹, é preciso avaliar se a cláusula de limitação de responsabilidade poderá produzir seus efeitos em ambas as rubricas.

Como visto, a cláusula de limitação da responsabilidade jamais poderá violar o sinalagma contratual. Por esse motivo, se houve contraprestação do credor, não é possível que a cláusula de limitação o impeça de receber, no mínimo, o equivalente pecuniário à vantagem

³⁴⁸ A respeito desse tema, Renata STEINER ressalta que no direito alemão, a solução fundamenta-se no momento em que ocorre o inadimplemento absoluto: antes dele, os danos seriam moratórios e sempre cumuláveis ao cumprimento *in natura* a destempo (§286 BGB); depois dele, os danos são compostos pelas consequências da falta definitiva de cumprimento (§§280 I e 281 BGB). No direito brasileiro, no entanto, essa distinção não se justifica segundo a autora, “*uma vez que a menção à indenização por prejuízos constante do art. 389 CC permite que o credor recobre todos os danos sofridos, inclusive os moratórios havidos antes do inadimplemento absoluto, sem socorro ao art. 395, caput, CC.*” (STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 148, n.r. 460).

³⁴⁹ Nem sempre essa avaliação será passível de ser feita com exatidão, seja porque houve valorização ou desvalorização do bem objeto da prestação, seja porque ele ainda não era determinado (embora determinável) no momento do inadimplemento.

que teria direito em razão do contrato³⁵⁰. Nesse sentido, em uma obrigação de dar, a cláusula de limitação de responsabilidade não poderá ser inferior ao montante devido a título de equivalente pecuniário da obrigação de dar descumprida, embora possa, por outro lado, impedir ou diminuir o montante a ser pago sob a rubrica de perdas e danos. Considerando que, na hipótese de mora, a prestação devida é efetivamente cumprida, ainda que a destempo, a cláusula de limitação de responsabilidade será plenamente aplicável nessas hipóteses, porque, considerando o cumprimento *in natura*, há apenas cálculo de perdas e danos.

Dessarte, seria possível concluir que, havendo mora, o credor – se permanecer o interesse – será titular do direito ao recebimento da prestação *in natura*, acrescido de perdas e danos pelos prejuízos decorrentes da demora. Nesse caso, mantido o sinalagma, não se poderia cogitar de inaplicabilidade de uma cláusula validamente firmada pelas partes, não havendo, com isso, qualquer violação à obrigatoriedade dos contratos (antes, ao contrário, afirmando a máxima eficácia à vontade da partes no momento de sua conclusão).

Seguindo o mesmo raciocínio, em caso de inadimplemento absoluto, a cláusula limitativa jamais poderia atingir o montante correspondente ao ressarcimento pelo equivalente pecuniário da obrigação de dar. Poderia, contudo, limitar os demais prejuízos decorrentes do incumprimento, ainda que sejam consequência da violação da obrigação principal.

Assim, por exemplo, uma cláusula de limitação de responsabilidade, que limita o montante indenizatório até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), que está inserida em contrato de fornecimento de grandes componentes, como hélices e geradores, para a operação de usina eólica, considerando que tal fornecimento é periódico, tendo em vista a natural deterioração de tais peças, e que o comprador realizou parcial pagamento de forma adiantada para a início da produção das turbinas, que serão entregues em até três meses. Se, em determinado momento da relação, os grandes componentes não foram entregues no prazo

³⁵⁰ É discutível se o equivalente pecuniário seria idêntico ao montante pago ou se corresponderia à avaliação da contraprestação inadimplida, que poderia ser de valor diverso: Porém, Renata STEINER critica o ponto de vista de quem afirma que haveria equivalência entre prestações, afirmando que “[d]ogmaticamente, não parece plausível distinguir-se de forma absoluta o dano e a prestação não cumprida, como propõem os autores. Afinal, a falta de cumprimento é um dano indenizável de per se e a demanda pela falta de cumprimento, quando indenizatória, volta-se sempre e inevitavelmente à reparação de um dano. (...) Ora, o credor que demanda o cumprimento tem direito à vantagem esperada do contrato, no que se inclui de maneira evidente o direito ao recebimento da prestação ajustada. A possibilidade de exigir sua conversão em pecúnia decorre direta e imediatamente do fato do inadimplemento, o qual é fundamento suficiente para tanto.” (STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 153.)

estipulado e, em razão disso, a usina seja obrigada a interromper temporariamente a operação de alguns de seus aerogeradores, reduzindo a produção energética do parque eólico, duas soluções são possíveis, de acordo com a situação fática.

É possível que haja efetiva entrega e o credor aceite receber os componentes em atraso, exigindo, no entanto, a indenização pelas suas perdas e danos do período de atraso, equivalentes a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). Nessa hipótese, havendo simples mora, a cláusula limitativa é plenamente aplicável, implicando a redução da indenização até o seu valor nominal, qual seja, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Se, por outro lado, a prestação ao devedor se tornar impossível por sua culpa, ele então poderá ser responsabilizado tanto pelo pagamento do equivalente pecuniário pela obrigação de dar descumprida, nos termos do Art. 234 do Código Civil, estimada em R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais)³⁵¹, mais a reparação das perdas e danos, estimada em R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). Considerando a existência de cláusula limitativa, que, após incidir sobre o valor total do cálculo indenizatório, não poderá diminuir o valor referente ao equivalente pecuniário, sob pena de violação do equilíbrio contratual, a indenização devida pelo devedor será de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais).

Essa é a lógica que se verifica do regime da evicção no Código Civil brasileiro. De acordo com o Art. 448³⁵², as partes podem convencionar cláusula que *reforce, diminua ou exclua a responsabilidade pela evicção*. No entanto, o próprio código já estabelece, no dispositivo seguinte, a impossibilidade de exclusão do recebimento pelo adquirente do preço que pagou pela coisa evicta, contanto que ignorasse o risco de evicção ou não tivesse assumido o risco de sua verificação:

Art. 449. Não obstante a cláusula que excluir a garantia contra a evicção, se esta se der, tem direito o evicto a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu.

Ou seja: há clara proteção do Código Civil à manutenção do sinalagma, em oposição inclusive da autonomia privada das partes. A diferença, nesse caso, está em que o citado

³⁵¹ Que não necessariamente corresponde ao preço pago pelo credor pelas mercadorias.

³⁵² Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção.

dispositivo não menciona o ressarcimento pelo equivalente pecuniário do bem evicto, mas o valor referente ao preço. A solução legal, nessa hipótese, aproxima-se mais à situação de resolução contratual (tratada no item b, do Capítulo 3.2.4, abaixo), do que à de cumprimento da avença. Ela corrobora, contudo, a preocupação do legislador com o equilíbrio das relações e a impossibilidade de as partes, contratualmente, estipularem cláusula que implique assunção desproporcional e irrazoável dos riscos contratuais³⁵³.

Diferenciando-se do preço pago, o cálculo do *equivalente pecuniário* deverá considerar a influência do tempo sobre a prestação do devedor: se o valor do bem tende à valorização com o tempo, como ocorre com o preço de um imóvel, por exemplo, o equivalente pecuniário será, em números absolutos, quantia superior à prestação do credor (o preço), embora corresponda, ainda assim, ao valor objetivo da prestação inadimplida³⁵⁴. Além do valor objetivo do bem, é preciso que se considere também o valor que aquele bem tem no patrimônio do credor, ou seja, como ele interagiria e alteraria o patrimônio do lesado³⁵⁵. Não se trata, portanto, de simples devolução do que se pagou, mas de efetiva avaliação do valor equivalente à prestação do devedor³⁵⁶.

³⁵³ Não se nega que a inserção de cláusula limitativa de responsabilidade em um contrato paritário poderá resultar em uma desproporção na alocação de riscos e responsabilidade, como acontece também com a cláusula penal. Ocorre que nem sempre essa situação é irrazoável e desequilibrada juridicamente, no sentido de que impõe a uma das partes um risco superior ao que estava disposta a assumir no momento da assinatura do contrato. Isso porque, no exemplo dos aerogeradores, o comprador assumiu a responsabilidade por danos superiores a um milhão de reais pelo atraso na entrega, mas jamais de realizar o pagamento e não receber a respectiva contraprestação – caso em que seus danos partiriam do montante pago, descontados um milhão de reais a título de indenização.

³⁵⁴ Teori ZAVASCKI, em comentário ao art. 627, caput e §§ 1º e 2º do CPC, afirma que “[o] valor devido a esses títulos será apurado “em liquidação”, diz o §2.º. Isso significa que, verificada situação descrita no caput do art. 627, o exequente requererá, antes de mais nada, incidentalmente, a fixação da quantia em dinheiro, adotando-se o procedimento da liquidação por arbitramento ou por artigos, conforme seja mais adequado. Pode ocorrer, embora seja pouco provável, que o valor da coisa esteja fixado no título executivo, hipótese em que a liquidação limitar-se-á a apurar eventuais prejuízos. Por outro lado, se a coisa for de impossível avaliação, o valor será fixado por arbitramento judicial a partir de estimativa do credor (§ 1.º). Impossibilidade, aqui, significa ausência de parâmetros objetivos com razoável grau de aptidão para apurar o valor mediante procedimento tradicional. O arbitramento judicial, que então se impõe, é modo peculiar de liquidação, que, certamente, não dispensa a prévia ouvida do executado e nem a adequada motivação por parte do juiz. O valor, com efeito, apura-se por arbitramento, mas não arbitrariamente.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. 8: do processo de execução, arts. 566 a 645. Ovídio Araújo Baptista da Silva (coord.). 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 421.)

³⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. 3.ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 209, §2.722. “O valor objetivo, o *verum rei pretium*, nem sempre corresponde ao valor que tem o bem no patrimônio do ofendido. Não indenizaria o patrimônio o que se prestasse, como reparação, tomando-se por base só o *verum rei pretium*.”

³⁵⁶ Discute-se se tal indenização corresponderia ao lucro cessante ou ao dano emergente. A esse respeito, Renata STEINER salienta que “[n]ão há maiores controvérsias do que o equivalente, neste caso específico e desde que não haja parâmetro contratual diverso, deva ser calculado à data da condenação ou da liquidação. A lógica da conversão é permitir ao credor a aquisição de um bem equivalente àquele que lhe era devido. É discutível, porém, se esse pagamento seria qualificável como lucro cessante ou, ao contrário, se seria um dano

O valor correspondente à “valorização” da prestação inadimplida, no entanto, não poderia ser considerado como perdas e danos – lucros cessantes, por exemplo. Se assim fosse, poderia haver limitação desse valor. O tema é sensível e não assente na doutrina. Renata STEINER³⁵⁷ afirma:

Dito de outra forma, o comprador tem direito a exigir o pagamento do valor atualizado do bem independentemente de comprovar que o imóvel poderia ser revendido por esse melhor preço caso houvesse sido entregue: essa vantagem se confunde com o cálculo de conversão da própria prestação devida, pois é uma prestação que substitui o seu valor ou ao que representaria, ao lesado e naquele tempo, o cumprimento.

O problema que se coloca, no Direito brasileiro, refere-se muito mais ao parâmetro aplicável à conversão – lacuna sensível da lei brasileira – do que à comprovação do direito à sua realização. Esse é depurado do direito de crédito lesado, o qual apenas se converte ou se modifica na prestação da indenização respectiva.

Dificuldades na operação de conversão, contudo, não se mostram impeditivos da indenização que, em última análise, poderá ser realizada por arbitramento. De toda sorte, e sem pretender conferir uma solução definitiva a essa questão específica, mostra-se essencial diferenciar a operação de conversão da comprovação que se deve exigir, em regra, para indenização de danos emergentes ou de lucros cessantes.

Esse entendimento se justifica no fato de que todo contrato tem uma função econômica específica, uma vantagem econômica a que visava o credor quando da sua assinatura, que deve ser resguardada. Isto é, não basta a garantia de que a prestação descumprida seja indenizada pelo equivalente pecuniário correspondente à contraprestação

emergente.” (STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 154) Nesse particular, a autora ressalta decisões do Superior Tribunal de Justiça que ora entende que o patrimônio que o credor disporia caso o contrato houvesse sido cumprido seria lucro cessante, ora dano emergente (respectivamente, STJ, 3ª T., AGRG no AREsp 486.194/BA, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 04/08/2015, DJe 14/08/2015 e STJ, 3ª T., REsp 1003429/DF, Rel.ª Min.ª Nancy Andriighi, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Benetti, j. 28/04/2009, DJe 26/05/2009). Mais adiante, no entanto, aponta para a subsidiariedade dessa discussão para fins de análise da composição das perdas e danos e da conversão do equivalente (estrito) da prestação: “Na medida em que se admita que o não cumprimento da prestação é, ao mesmo tempo, o fato do qual se presume a ocorrência de danos e o próprio dano experimentado pelo lesado, não haveria razão para se exigir qualquer qualificação suplementar, muito menos a fazer para operação de conversão depender da prova do prejuízo, que se presume.” (STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 155).

³⁵⁷ STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 156. Definindo o método de avaliação do *id quod interest*, PONTES DE MIRANDA: “Têm-se de considerar o patrimônio do ofendido no momento a (momento em que ocorreu a ofensa) mais o que seria se o ato (ou fato) não houvesse ocorrido e o que é no momento da indenização. Tal é *id quod interest*.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. 3.ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 208, §2.722.)

(como, por exemplo, o preço previsto no contrato pelo imóvel que deixou de ser entregue, como ocorre na evicção, por determinação legal), é preciso que a vantagem econômica buscada pelo credor por meio do contrato também seja resguardada (ou seja, mantendo-se o exemplo, o efetivo valor do imóvel, valorizado pelo decorrer do tempo)³⁵⁸, sob pena de enriquecimento ilícito³⁵⁹ do devedor/vendedor que esteve na posse do imóvel por determinado tempo, após já ter recebido o seu respectivo pagamento, podendo, após o encerramento do contrato, aliená-lo pelo valor adequado com os parâmetros de mercado³⁶⁰.

É possível, porém, que a o imóvel tenha se desvalorizado com o decorrer do tempo, e o valor equivalente ao bem segundo parâmetros de mercado acabe por representar, aparentemente, prejuízo ao credor. O prejuízo nesse caso, no entanto, é apenas ilusório. Houvesse recebido o imóvel na data aprazada, também teria sofrido um prejuízo com o decorrer do tempo. Assim, o valor atualizado do bem – a menor que o preço pago – seria ainda o mínimo indenizatório o qual a cláusula limitativa não poderia suplantar.

Portanto, nas obrigações de dar, na hipótese de reparação do interesse positivo, a cláusula limitativa de responsabilidade incidirá sobre o montante total indenizatório, não podendo, no entanto, impedir o ressarcimento integral da parcela correspondente ao equivalente pecuniário da coisa decorrente do inadimplemento da prestação de dar.

³⁵⁸ Nesse particular, segundo ROPPO, a análise jurídica do contrato precisa considerar a operação econômica que lhe dá o devido suporte, isto é, a razão pela qual as partes decidiram regular seus direitos e obrigações e ingressar em determinada operação econômica concreta. Esse exame deve avaliar o contrato singularmente considerado (e não o tipo ou a classe do contrato) para fins de identificar fidedignamente o que motivou os participantes a adentrar naquela relação contratual, assumindo deveres e gerando direitos em prol de sua contraparte (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 72-73).

³⁵⁹ Segundo Cláudio MICHELON Jr., o enriquecimento sem causa admite pelo menos dois sentidos propriamente jurídicos. O primeiro deles relaciona-se a sua aceção principiológica e sua utilidade como critério interpretativo do direito; o segundo como instituto do direito privado, mais especificamente como fonte que regula a formação de certas relações obrigacionais. Para os fins do presente tópico, interessa destacar o fundamento que embasa o instituto, qual seja, “*o princípio da conservação estática dos patrimônios, corolário da justiça corretiva aristotélica. Segundo esse princípio, as atribuições patrimoniais só podem ser alteradas por um conjunto de causas materiais justificativas. Se a alteração ocorre sem que ocorra a causa, o princípio ordena, na maior medida possível, a restituição ao estado de coisas anterior.*” (MICHELON JR., Claudio. *Direito Restitutivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 176-181).

³⁶⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. “Perdas e danos”. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. O autor cita o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., autuado sob o número REsp 403.037/SP, que envolvia o inadimplemento de contrato de promessa de compra e venda, e afirma que basta a valorização do bem para justificar uma indenização em valor superior ao seu preço, sem necessidade de prova da perda de oportunidade ou de lucros cessantes.

(ii) *Obrigação de fazer*

Nas obrigações de fazer, as dificuldades são diferentes. Isso porque a avaliação do montante pecuniário equivalente à prestação descumprida (e aqui se faz referência também ao cumprimento defeituoso³⁶¹ e à mora) é de mais complexa apuração.

Iniciando a análise pelos casos de inadimplemento absoluto da obrigação de fazer: casos em que há recusa na execução (art. 247, Código Civil³⁶²) ou impossibilidade com culpa (art. 248, Código Civil³⁶³). Nesses casos, em que há obrigação de fazer, o devedor ficará obrigado a perdas e danos, nos termos dos referidos dispositivos, que poderá ou não compreender o valor referente ao ressarcimento pela execução do fato por terceiro, conforme determina o Art. 249 do Código Civil³⁶⁴.

Como se depreende, o diploma civil estabelece que o equivalente pecuniário haverá de ser apurado concretamente, considerando a transação substitutiva efetivamente contratada pelo credor. Ou seja, não pode o credor exigir abstratamente o valor equivalente à prestação não cumprida, com base em uma avaliação média da vantagem econômica auferida a partir do contrato, como ocorre com as obrigações de dar, mas poderá exigir o ressarcimento pela operação que se viu compelido a contratar, dada a falta de execução da obrigação do devedor.

Segundo Renata STEINER, “*não se mostra defensável que o credor possa receber o equivalente ao serviço descumprido de forma abstrata*”³⁶⁵. O fundamento dessa posição reside no fato de que, diferentemente do que ocorre nas obrigações de dar, a obrigação descumprida não aderiria ao patrimônio do credor, embora possa agregar valor a ele, ainda que imensurável.

³⁶¹ Cumprimento defeituoso se verifica na ocorrência de um “*defeito ou uma inexatidão na própria prestação, quando ocorre uma discrepância entre o ser e o dever ser da prestação. (...) O núcleo está, pois, na noção de defeito ou inexatidão, a ser concretizada não apenas em abstrato, mas concretamente, tendo em conta o fim do contrato, segundo o que foi fixado pelas partes e, na sua falta, segundo o que normalmente acontece (concepção subjetiva-concreta de defeito).*” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 237/238.)

³⁶² Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

³⁶³ Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

³⁶⁴ Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Por exemplo, se um agente compra um equipamento que não lhe foi entregue, ele precisa, para manter o patrimônio que obteria com o cumprimento do contrato, o equivalente pecuniário ao equipamento que pretendia ter adquirido. Ao contrário, se um agente contrata uma empresa especializada na manutenção daquele equipamento, a não prestação da obrigação de fazer pelo contratado não poderia ser convertida em pecúnia, pelo interesse positivo, porque não há valor diretamente agregado ao patrimônio ao qual poderia equivaler em abstrato (não há dúvidas que há uma vantagem econômica na prestação da obrigação de fazer, ela não é, contudo, apurável em comparação ao patrimônio do credor). Por evidente, o credor poderia eventualmente lançar mão da resolução contratual e, então, retornar ao *status quo ante*, recebendo pelo que pagou.

Por outro lado, porém, se o contratante buscar no mercado um outro prestador de serviços para realizar a manutenção que o devedor estava obrigado a prestar, então sim, a contraprestação por tal transação substitutiva pode ser exigida em face do prestador de serviços inadimplente. A discussão aqui é se haveria a possibilidade de limitação dessa indenização.

Não parece estar de acordo com o direito que o credor que tenha contratado uma transação substitutiva esteja em posição privilegiada em relação ao credor que não fez a mesma transação, ambos lesados pelos mesmo inadimplemento. Assim, a solução a ser apresentada não poderia ser de que havendo transação substitutiva, a limitação de responsabilidade não poderia atingir o montante equivalente ao ressarcimento por essa transação (embora dessa primeira parte da solução não se discorde) e, não havendo, não haveria o mesmo mínimo indenizatório.

Assumindo que há um mínimo indenizatório para o credor de obrigação de fazer que contrate uma prestação substitutiva, é de se pensar os reflexos da limitação de responsabilidade nos casos em que tal contratação não foi realizada.

³⁶⁵ STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 162.

A primeira questão é se poderia ser acordada cláusula de limitação em montante inferior ao valor do contrato ou ao valor pago pelo contrato, no sentido de que, mesmo que o credor tenha pago pelos serviços que não foram prestados o montante de x , o devedor apenas estará obrigado a indenizar os danos comprovadamente incorridos até o montante $x/2$.

A solução se encontra na relação de liquidação que se segue ao inadimplemento, determinando que, com relação aos pagamentos pelo credor cujos serviços correspondentes não tenham sido prestados pelo devedor sejam efetivamente devolvidos ao credor. As perdas e danos decorrentes do inadimplemento, essas sim, estarão abrangidas e limitadas pela cláusula de limitação de responsabilidade.

Nesse sentido, é a posição de Wanderley FERNANDES, que analisa o exemplo do contrato de empreitada:

Nos contratos de empreitada, tem sido comum a estipulação de limites para o valor da indenização em caso de inadimplemento. Imaginemos que um empreiteiro, tendo concluído 80% da obra, deixe de terminá-la, e as partes tenham negociado um limite para a indenização devida ao dono da obra. Trata-se, aqui, não há dúvidas, de descumprimento da obrigação principal, diríamos, mesmo, essencial, pois é da essência do contrato de empreitada o recebimento da obra. O principal prejuízo do dono da obra, neste caso, será a diferença dos custos por ele incorridos ou do preço por ele pago a terceiros para a conclusão da obra. Nem sempre será possível a execução específica como remédio contra o devedor e, no entanto, entendemos razoável a estipulação de limite para a diferença paga ao terceiro. A nosso ver, não há nenhuma violação às normas de ordem pública, e seria perfeitamente admissível a convenção de que a indenização devida pelo empreiteiro em caso de inadimplemento ficaria restrita a, por exemplo, 50% do que a ele seria devido para a conclusão dos trabalhos. Ou seja, o dono da obra poderia pagar ao terceiro um preço 50% maior do que aquele que seria devido ao empreiteiro, o que é absolutamente factível.

Observe-se que ele está considerando que até o momento da entrega não houve quantia paga pelo serviço não executado, ou seja, o empreiteiro executou apenas 80% e recebeu o pagamento de apenas 80%, ficando responsável, contudo, pelas perdas e danos decorrentes de seu inadimplemento³⁶⁶. Não havendo violação do equilíbrio contratual, no

³⁶⁶ Tanto isso é verdade, que afirma, mais adiante, que a limitação exemplificativa de até 50% do valor devido para execução do restante da obra representaria, para o credor, a possibilidade de contratação de um novo empreiteiro cujo preço equivalesse a 1,5 vezes o preço do empreiteiro original: “É evidente que um terceiro cobraria um valor maior pelos mesmo trabalhos de conclusão da obra – maior risco para conclusão de obras iniciadas por outra empresa, custos adicionais com mão de obra (sic) e equipamentos para manutenção de prazos ou correções de imperfeições etc. Consideramos, assim, perfeitamente válida a cláusula que limite o valor da diferença paga a terceiro, o que corresponde, aliás, ao incentivo do dever de mitigar os efeitos do

sentido de que o contratante recebeu tudo pelo que efetivamente pagou pelo contrato, a incidência de cláusula de limitação de responsabilidade, de fato, não contraria o direito, sendo aplicável ao montante integral da indenização, que inclui as despesas para a conclusão da obra e as perdas e danos incorridas em razão da possível demora na conclusão.

Ocorre, no entanto, que, se houve pagamento integral do preço pela mesma obra, mas ela foi entregue incompleta, então haverá incidência do Art. 249 caput e parágrafo único, do Código Civil, ao qual o devedor não pode se escusar do ressarcimento pelo restante da obra – em condições e especificidades razoavelmente equivalentes às que ele próprio prestaria, sob pena de violação do sinalagma contratual. Contudo, da mesma forma como ocorre nas obrigações de dar, as perdas e danos complementares poderão ser limitadas, observados os demais requisitos tratados neste trabalho.

(iii) *Obrigação de não fazer*

São de três tipos as obrigações de não-fazer: as obrigações de abster-se de praticar determinado ato, como o dever de não levantar o prédio acima de determinada altura e não divulgar informações confidenciais da outra parte; as obrigações de tolerar determinado fato ou ação, como a obrigação prevista no Art. 1.288 do CC³⁶⁷; e a obrigação de consentir com determinado ato, como a do empreiteiro de permitir a regular vistoria da obra pelo dono da obra³⁶⁸.

A obrigação de não-fazer é cumprida pela inação da parte que a ela se obriga, ou pela ação para sanar eventual obstrução ou dificuldade à prestação negativa. Por conseguinte, é inadimplida quando a omissão é praticada ou quando a remoção não é realizada. Nesse sentido, a forma de reparação mais comum para o descumprimento de obrigação de não-fazer é o desfazimento do ato que não deveria ter sido praticado, e a realização da remoção do ato ou fato que esteja obstando ou dificultando a inação.

inadimplemento, não deixando ao dono da obra o poder de terminá-la a qualquer preço, impondo, eventualmente, um ônus excessivo ao devedor inadimplente.” Em: FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 264.

³⁶⁷ Art. 1.288. O dono ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, não podendo realizar obras que embarcem o seu fluxo; porém a condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior.

As consequências do inadimplemento da obrigação de não-fazer, segundo Judith MARTINS-COSTA³⁶⁹, são de três principais ordens: a responsabilidade por perdas e danos, o desfazimento do ato e a resolução do contrato.

Como já antes analisado, a cláusula de limitação de responsabilidade apenas atinge o direito do credor à reparação dos danos *in pecunia* – o seu direito à indenização. Os remédios resolutórios e de remoção do ilícito permanecem intactos, como formas de atribuir vinculatividade ao contrato – sob pena de invalidade, inclusive³⁷⁰.

Nas obrigações de não-fazer, o Código Civil expressamente estabelece ao credor o direito de exigir do devedor o desfazimento do ato, podendo, ainda, executar diretamente, à custa do devedor, “*ressarcindo o culpado perdas e danos*”³⁷¹. O parágrafo único ainda salienta a possibilidade de execução direta, sem autorização judicial ou interpelação, em caso de urgência.

O termo “perdas e danos”, nesse caso, parece fazer referência, de um lado, às despesas incorridas para a remoção do ilícito diretamente pelo credor, e, de outro, aos demais danos incorridos em razão da execução do ato a que estava obrigado a não praticar. Veja-se, no

³⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 246 e ss.

³⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 248.

³⁷⁰ Nos casos da obrigação de não fazer, a remoção do ilícito equivaleria à prestação *in natura* das obrigações de dar e fazer, decorrentes da impossibilidade de prestação do débito no modo e tempo corretos. Veja-se: “*Não se deixe de notar, aliás, que a prevalência fática da reparação pecuniária no âmbito da responsabilidade civil decorre justamente da sua flexibilidade, o que se dá mesmo se reconhecendo que a recomposição in natura é (idealisticamente) mais adequada à finalidade de tornar o dano indene, pois serve à remoção do ilícito.*” (STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 169). E prossegue: “[n]esse contexto, elucidativa a lição de António Pinto Monteiro, para quem as medidas que sirvam à eliminação da situação ilícita, atuando diretamente sobre o dano real e como forma de remover a sua causa, não são propriamente medidas de reparação de danos. Além do evidente caso do cumprimento específico da obrigação (cuja tutela não é indenizatória), coloca-se aí a restituição *in natura*, que no Direito Português é prioritária nos termos do art. 566º, n. 1 do Código Civil português. Ao final, arremata o professor catedrático, sobre a obrigação pecuniária pelo equivalente ‘sendo esta forma de indenização (...) a mais divulgada na prática, até pela natural aptidão do dinheiro para substituir, em regra, qualquer obrigação.’” (PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas...*, pp. 87-90).” (STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 169, n.r. 522).

³⁷¹ Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaza, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

entanto, que essa diferenciação é relevante para fins de incidência de eventual cláusula limitativa.

Por exemplo, em acordo de confidencialidade, em que as partes assumem o dever de não divulgar informações confidenciais da outra parte, a divulgação de tais informações causará danos, possivelmente inestimáveis, à parte lesada. A cláusula de limitação de responsabilidade inserida em contrato dessa natureza, então, deverá observar as peculiaridades da espécie de obrigação.

Como analisado com relação à obrigação de dar, tendo em vista a proteção do direito ao sinalagma contratual, a limitação de responsabilidade não deve impedir o ressarcimento pelas despesas para fazer cessar a divulgação de informações confidenciais, sob pena de estar inviabilizando a exigibilidade do próprio contrato. Por outro lado, não vislumbra-se razão para não haver limitação quanto aos demais danos decorrentes do inadimplemento contratual.

Isto é, considerando que as perdas e danos referidas pelo art. 251 contemplam as despesas incorridas para cessação do descumprimento (que poderão ser incorridas pelo devedor ou diretamente pelo credor, com pedido de ressarcimento) e mais as demais perdas e danos eventualmente verificadas em razão da divulgação das informações confidenciais, estas que dependerão de prova, a cláusula limitativa apenas incidiria até o limite para o ressarcimento integral das primeiras.

O direito do credor à remoção do ilícito também é previsto no Código de Processo Civil, no art. 497³⁷², que outorga ao juiz o poder de conceder a tutela específica ou de determinar as providências que assegurem a obtenção do resultado prático equivalente que, nos casos de remoção ou inibição do ilícito, independente da prova do dano, podendo ainda ser estabelecida multa diária para forçar o seu cumprimento – as chamadas astreintes.

As astreintes constituem uma espécie de multa periódica imposta pelo julgador como forma de coerção do réu ao cumprimento da decisão (seja ela a determinação de uma

³⁷² Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

obrigação de fazer ou não fazer³⁷³)³⁷⁴. Elas têm natureza processual, no sentido de atribuir efetividade às decisões judiciais, e não material. Isso significa que elas não compõem o montante indenizatório, diferenciando-se nesse sentido, das multas convencionais (as cláusulas penais) que não se sobrepõem e não substituem as astreintes, com aplicações absolutamente distintas.

Por sua natureza, as *astreintes* não são passíveis de serem limitadas pela vontade das partes, porque sua finalidade não é compensatória, mas coercitiva, a fim de compelir o devedor ao cumprimento da decisão judicial. Elas estão vinculadas à decisão e ao cumprimento desta, e não à indenização devida em razão do inadimplemento³⁷⁵. Diferenciam-se, portanto, da indenização para reparação dos danos incorridos em razão da divulgação das informações.

Além disso, na prática, determinadas obrigações de não-fazer tem o seu cumprimento difícil de ser executado. O exemplo do Acordo de Confidencialidade reflete de forma clara essa circunstância: havendo obrigação de não divulgação de segredo industrial altamente confidencial, uma vez divulgado para qualquer terceiro, não haverá como desfazer a divulgação. Por outro lado, se não houver segredo industrial, mas o acordo de confidencialidade prevê que a transação a ser entabulada entre as partes não pode ser objeto de divulgação em meio de comunicação de médio/grande circulação antes da aprovação final pelo CADE, então eventual divulgação a um jornal poderá ser interdita ainda no prelo.

No primeiro caso, da divulgação a terceiro de segredo industrial, haverá apenas a possibilidade de indenização por perdas e danos³⁷⁶, passíveis de serem limitadas pela cláusula

³⁷³ A utilização de astreintes para cumprimento na tutela de obrigações de pagar quantia (forma que se reveste a obrigação de dar) é controvertida: “*Havendo na doutrina posicionamentos favoráveis e contrários à utilização das astreintes para a tutela das obrigações de pagar quantia, o mesmo não se pode dizer da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se definiu no sentido da inaplicabilidade da multa processual em tais hipóteses, ressalvados os casos de “falsas obrigações de pagar”, ou seja, situações em que a obrigação contida na sentença é, em verdade, de fazer, não obstante seu conteúdo patrimonial aparente.*” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o Processo Civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 126.)

³⁷⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o Processo Civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 27.

³⁷⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o Processo Civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 101.

³⁷⁶ Judith MARTINS-COSTA, ao tratar das obrigações de não-fazer e da tutela de remoção do ilícito prevista no diploma processual, afirma que “se se tratar de prestação instantânea, que, de regra, inviabiliza a tutela específica, gerando ilícito irreversível, cabe tão-somente o pagamento de perdas e danos.” Em: MARTINS-

inserida no Acordo de Confidencialidade. No segundo caso, em que foi possível a inibição do ilícito, as despesas incorridas para recolhimento de todos os jornais, antes da sua distribuição, e eventuais *astreintes* estabelecidas judicialmente para cumprimento da obrigação pelo devedor não serão passíveis de limitação.

Outro exemplo de obrigação de não-fazer é o direito de exclusividade do corretor no contrato de corretagem. Caso envolvendo o tema foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Barros Monteiro, nos autos do Recurso Especial de n.º 107.426/RS³⁷⁷. Considerando ser a contraprestação ao direito de exclusividade uma obrigação do contratante de abster-se de contratar por intermédio de terceiros, não há que se falar em equivalente pecuniário – como ocorre nas obrigações de dar –, mas apenas em perdas e danos e, no máximo, as despesas para inibição ou remoção do ilícito. Sendo, nesse caso, impossível o desfazimento das transações que ocorreram pelo intermédio de outras corretoras, apenas são devidas as perdas e danos.

Não se pretende adentrar aqui na discussão quanto à necessidade de comprovação dos danos incorridos ou se eles se presumem pelo simples descumprimento contratual. O ponto de relevo, *in casu*, é que, uma vez devidas apenas perdas e danos, eventual cláusula de limitação de responsabilidade inserida no contrato de corretagem seria aplicável, limitando o valor da indenização a ser verificada pela corretora.

COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 251.

³⁷⁷ STJ. 4.ª T. RESP 107.426/RS. Rel. Min. Barros Monteiro. J. 20/02/2000. DJ 30/04/2001.

(iv) *Resolução contratual por inadimplemento*³⁷⁸

Havendo inadimplemento absoluto, nos termos dos Arts. 474 e 475 do Código Civil, estará o credor autorizado a pedir a resolução do contrato, com pedido de perdas e danos, se não preferir exigir-lhe o cumprimento ou o equivalente.

Nesse caso, duas são as consequências da resolução por inadimplemento: a incidência dos efeitos resolutórios – todos aqueles destinados a colocar fim à relação contratual e ao retorno ao *status quo ante*³⁷⁹ – e o nascimento da obrigação do devedor inadimplente de indenizar o credor pelos danos eventualmente incorridos, desde que devidamente provados.

A fim de diferenciar a relação original e a relação que se origina do inadimplemento, Karl LARENZ³⁸⁰ aponta para dois diversos deveres que nascem no gérmen da obrigação. O primeiro, o débito (*Schuld*), que nasce com a obrigação e corresponde ao dever de prestar – a prestação primária; e o segundo, a responsabilidade (*Haftung*), prestação secundária, de

³⁷⁸ Importa salientar que o termo “resolução” será utilizado apenas no sentido de resolução em sentido estrito. Não estão incluídos os outras formas de extinção do vínculo obrigacional sem satisfação que, comumente, são compreendidas como espécies de resolução *lato sensu*. A fim de esclarecer essa diferenciação, veja-se: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao Novo Código Civil. Da extinção do contrato. Vol. VI. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 453, para quem “o termo resolução tem sido usado amplamente para designar todos os modos de extinção por último enumerados (quanto ao modo, alíneas a, b e c), mas a verdade é que cada um deles tem características próprias, em mais de um aspecto contrastantes entre si. Por ora, convém indicar que a superveniente e inimputável impossibilidade absoluta da prestação determina de pleno direito a extinção do contrato, por atuação da lei e da própria natureza das coisas, situando-se o tema na ‘teoria do risco’; de sua vez, a condição resolutiva, também de atuação ipso iure, atende à disposição previamente inscrita no contrato; o inadimplemento do devedor, já na fase da execução, é modo de inexecução previsto no art. 475 como causa da resolução; enquanto a resolução por alteração da base do negócio se distingue por não derivar do inadimplemento e caber a qualquer das partes, credora ou devedora, que tenha sido afetada pela modificação.. A ‘resolução em sentido estrito’, que aqui mais nos interessa, é um modo de extinção derivado da lei (resolução legal) ou do contrato (resolução convencional), que tem sua causa no fato superveniente do incumprimento da obrigação ou da modificação da base do negócio, produzindo efeitos retroativos (ressalvados os efeitos já produzidos nos contratos duradouros); depende de manifestação de vontade do interessado, e é efetivada mediante procedimento judicial (resolução legal, art. 475; resolução por onerosidade excessiva, art. 478) ou extrajudicial (resolução convencional, art. 474).

³⁷⁹ Segundo Antunes VARELA, a resolução cria novas obrigações às partes, não mais visando ao cumprimento do contrato, mas ao retorno das partes às posições que se encontravam antes dele: “A resolução goza, em princípio, de eficácia retroactiva (art. 434.º; cfr. Porém, quanto aos contratos de execução continuada ou periódica, o disposto no n.º 2). Não podendo, porém, prejudicar os direitos adquiridos entretanto por terceiro (salvo nos casos e nas condições previstas no n.º 2 do art.º 435), a resolução tem apenas, em princípio, eficácia obrigacional entre as partes. Isto quer dizer que a resolução cria, em regra, obrigações para as partes – as obrigações necessárias ao regresso dos contraentes ao status quo ante.” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. Vol. II. 6ª Ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 275).

³⁸⁰ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 34.

ressarcimento das perdas e danos³⁸¹ em caso de descumprimento da primeira. Segundo ele, o inter-relacionamento entre eles é tão intenso e sua consecução automática que chega a afirmar que a responsabilidade “segue” o débito, “como a sombra segue o corpo”³⁸².

Em caso de resolução contratual, tais perdas e danos (a responsabilidade) devem necessariamente incluir as “obrigações destinadas à restituição das prestações recebidas”³⁸³, o que significa, por exemplo, nos casos de prestação de serviços, a restituição do valor a ele correspondente. LARENZ intitula essa relação nascida da resolução e incluída na responsabilidade de “relação legal de liquidação” e as obrigações dela emanadas devem ser cumpridas simultaneamente, por ambas as partes.

Há, portanto, no momento da resolução culposa, tanto uma relação de liquidação, em que ambas as partes devem cumprir com a respectiva obrigação para retorno *ao status quo ante*, como também, uma relação de reparação de perdas e danos, devidas pelo devedor infringente ao credor inocente³⁸⁴.

Havendo, no contrato, previsão de cláusula de limitação de responsabilidade, as questões a serem respondidas são a respeito da efetividade da cláusula de limitação de responsabilidade, mesmo após a resolução do contrato e, permanecendo em vigor, qual seria a sua extensão.

³⁸¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 168.

³⁸² Não se está a fazer referência expressa à doutrina dualista alemã de Bekker e Brinz, aperfeiçoada por Von Gierke (final do séc. XIX e início do século XX), segundo a qual se decompunha a obrigação em dois momentos: “a dívida (*Schuld*) e a responsabilidade/garantia (*Haftung*) conferida ao seu cumprimento, daí nascendo a relação de responsabilidade que é independente da vontade do devedor. Quando constituída a obrigação, o devedor restaria induzido ao dever de efetuar determinada prestação positiva e negativa. Este dever, no entanto, por si só, não permitiria ao credor exigir, coativamente, a sua execução. Esta pertenceria ao campo da *Haftung*, pela qual a pessoa do devedor ou de terceiro ficam sujeitos à agressão patrimonial do credor, em caso de inadimplemento.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 206). Karl LARENZ foi adiante em relação a essa dualidade, para elaborar o conceito de obrigação como totalidade e como processo.

³⁸³ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 391.

³⁸⁴ “en realidad se trata sólo de una representación ideológica auxiliar, que no puede ser extendida más allá de lo que exige su finalidad. Cuando una de las partes del contrato ha sufrido un daño adicional o suplementario a consecuencia del cumplimiento defectuoso o de la infracción de otro deber de conducta de la otra parte, prescindiendo de su interés en la prestación, entonces la pretensión de indemnización de daños (y en virtud de la denominada ‘infracción contractual positiva’) causados por aquel incumplimiento o cumplimiento defectuoso subsiste a pesar de la anulación (retroactiva) de los deberes de prestación. Ya que dicha pretensión

A fim de responder a primeira ordem de questionamentos, é preciso avaliar a possibilidade jurídica de que uma cláusula de limitação de responsabilidade inserida em um contrato permaneça em vigor mesmo após a sua resolução.

A respeito da permanência em vigor de determinados deveres contratuais, mesmo após a resolução do contrato, Antônio Junqueira de AZEVEDO³⁸⁵, com base nos estudos de Corinne RIGALLE-DUMETZ (*La resolution partielle du contrat*, Dalloz, 2003), esclarece que a resolução produz seus efeitos não sobre o contrato em si (o que extinguiria todas as obrigações e deveres nele originados), mas apenas a obrigação principal (também referida como *relação contratual básica*). Nesse sentido, mesmo após resolvido um contrato de prestação de serviços, determinadas cláusulas permaneceriam em vigor e seriam plenamente exigíveis, como as cláusulas de não-concorrência e de sigilo. Sendo que, continua o autor, o descumprimento de tais cláusulas acarretaria a responsabilidade contratual e, até mesmo, o pagamento de cláusula penal. Ele afirma, assim, que “quando se diz ‘resolução contratual’ não é propriamente o contrato que é resolvido, e sim, a obrigação principal, que ele fez surgir”.

Esse posicionamento se justifica na inserção da resolução como fase do *processo obrigacional*. O conceito parte da premissa de que uma relação obrigacional compreende, não apenas as obrigações principais de prestação (na compra e venda, a entrega da coisa e o pagamento do preço), mas também os deveres acessórios à obrigação principal (que permitem a efetivação da obrigação principal), os deveres secundários de prestação autônoma (como o dever de indenizar em caso de inadimplemento), os deveres laterais ou anexos (também chamados deveres de conduta, derivados do princípio da boa-fé) e os estados de sujeição (correspetivos aos direitos formativos)³⁸⁶. Todos esses deveres são, antes, um todo unitário, que visam a um *fim*, que é a satisfação dos interesses do credor. Isso significa que a realização do fim não se esgota na efetiva prestação da obrigação principal, mas transmuda-se ao longo da execução do vínculo, sem que com isso deixe de ser o todo, mas buscando novos caminhos

sirve igualmente para el restablecimiento del status quo.” LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 392.

³⁸⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 832, p. 115-137, fev. 2005.

³⁸⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao Novo Código Civil. Da extinção do contrato. Vol. VI. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 478/479.

de realização, o tanto quanto possível, daqueles mesmos interesses. Essa situação de mudança é bastante clara em caso de impossibilidade culposa, que acarrete a resolução do contrato, e a satisfação do credor não mais será alcançada pela prestação da obrigação principal, mas pela prestação da obrigação secundária, qual seja, a reparação das perdas e danos³⁸⁷.

Pode-se afirmar, assim, que a resolução do contrato não acarreta a extinção de todo o trame de deveres e direitos correspectivos, considerados como o todo obrigacional, mas apenas a obrigação principal. Essa é substituída pela obrigação secundária – o dever de reparação – cujo regime foi estabelecido pelas próprias parte no contrato, permanecendo aplicável todos os demais deveres, inclusive deveres acidentais (como o pagamento de cláusula penal ou a limitação da responsabilidade), deveres laterais de conduta, decorrentes da boa-fé, e os estados de sujeição perante o exercício de um direito formativo, até que haja a definitiva satisfação do credor³⁸⁸ – ³⁸⁹.

A esse respeito, ainda, MENEZES CORDEIRO afirma que há quatro espécies de obrigações jurídicas mesmo após a extinção do vínculo obrigacional: (1) pós-eficácia aparente, “*quando os efeitos sejam imputados, por disposição legal expressa e específica, à extinção de certas obrigações*”; (2) a pós-eficácia virtual, “*sempre que a fonte da obrigação tida por extinta postule deveres secundários eficazes apenas depois da execução da*

³⁸⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 38/39.

³⁸⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao Novo Código Civil. Da extinção do contrato. Vol. VI. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 479.

³⁸⁹ Seguindo esse entendimento, afirma LARENZ, a respeito das obrigações que remanescentes à relação de liquidação: “*La obligación de indemnizar daños por infracción de una obligación contractual presupone necesariamente que la obligación infringida ha existido. De ahí que después no pueden ser tratadas como si no hubieron existido todas las obligaciones derivadas de la relación contractual, sino solamente las que establecen la prestación objeto del contrato. Por el contrario, las obligaciones de diligencia y otros deberes de conducta fundados en la relación contractual no son eliminados igual que si no hubiesen existido. Antes bien, puede decirse que una vez que se ha producido el desistimiento puede considerarse como no originada o nascida la prestación debida por el vendedor; pero continua subsistente su obligación de atender debidamente los intereses de la otra parte, y por ello si esta ya cumplió su prestación ha de omitir toda actuación negligente que le ocasione un daño. Y responde por la infracción de estos deberes aunque haya tenido lugar después del desistimiento (después de la redhibición exigida), y además de la indemnización de los danos por ello causados. La afirmación de la doctrina dominante de que la ‘total relación obligatoria’ queda retroactivamente anulada no puede, pues, mantenerse. No la exigen las disposiciones legales, y excede en cierto modo de lo objetivo pretendido. Son anulados y considerados en verdad como si no hubiesen existido (es decir, ‘retroactivamente’) únicamente las obligaciones contractuales propiamente dichas en que se establece la prestación. Al contrario, los deberes de diligencia, así como los de indemnización de danos originados a causa de su infracción, subsisten posteriormente. Por lo demás, la relación obligatoria anulada, incluso respecto a las obligaciones de prestación – pero solo respecto de estas –, continua en la denominada relación de liquidación, la cual en cierto modo representa su reversión.*” LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 393/394.

obrigação principal”; (3) eficácia continuada, ou seja, a “*manutenção, para lá do cumprimento da prestação principal, de deveres secundários já anteriormente manifestados*”; e (4) a pós-eficácia estrita, “*limitada à sobrevivência, perante a obrigação [principal], de deveres acessórios*”. Pode-se afirmar que a cláusula limitativa produz seus efeitos após a extinção do vínculo por força da própria vontade das partes ao estabelecer o regime de responsabilidade, constituindo hipótese, na classificação de MENEZES CORDEIRO, de *pós-eficácia virtual*.³⁹⁰

Portanto, mesmo em caso de resolução do contrato e retorno ao *status quo ante*, a cláusula de limitação de responsabilidade permanece e deve produzir seus efeitos, até que haja a extinção definitiva do vínculo obrigacional, com a efetiva realização do interesse do credor, que, na hipótese de impossibilidade culposa, corresponde à efetiva prestação do dever secundário de reparação dos danos, considerando a vontade das partes em estabelecer e alterar o seu regime, no momento da conclusão válida do contrato.

Com relação à sua extensão, tratamos nos itens acima que o respeito ao sinalagma funcional impõe que a parcela da indenização referente ao ressarcimento pelo equivalente pecuniário (nas obrigações de dar), pela prestação substitutiva (nas obrigações de fazer) ou pela remoção do ilícito (nas obrigações de não fazer), não poderiam ser atingidas pelas cláusula de limitação de responsabilidade. Ou seja, havendo uma cláusula de limitação, ela deverá compreender, no mínimo, a responsabilidade pela integralidade de tais rubricas.

Também assim, em caso de resolução, a cláusula de limitação de responsabilidade não poderá atingir a “liquidação” da relação, conforme denominada por LARENZ, ou seja, o retorno das obrigações primárias de parte à parte. Nesse sentido, o efeito da resolução decorrente de descumprimento culposo de um contrato com cláusula de limitação de responsabilidade deverá ser, no mínimo, o mesmo efeito da impossibilidade sem culpa. Ou seja, a resolução, com retorno ao *status quo ante* das parcelas das obrigações contratuais recíprocas. A cláusula de limitação de responsabilidade poderá, no entanto, diminuir ou até afastar o dever de pagamento da indenização pelo devedor inadimplente, se a cláusula limitativa contiver valor estipulado menor ou idêntico à parcela de retorno ao *status quo ante*.

³⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, António. “Da Pós-Eficácia das Obrigações”. In: *Estudos de Direito Civil*. Vol. I. 2.^a reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, pp. 143-197.

Portanto, é válida e eficaz a cláusula limitativa inserida em contrato que venha a ser resolvido por uma das partes em razão do descumprimento da outra, não podendo, porém, atingir o valor referente à *relação de liquidação*.

b. Indenização pelo interesse negativo (responsabilidade pré-contratual e invalidade)

Menos frequentes são as hipótese de indenização pelo interesse negativo, com retorno das prestações já realizadas, busca-se colocar o credor na situação que ele estaria se não houvesse contrato algum. Ou seja, não se busca indenizar os danos decorrente do não cumprimento, mas os danos decorrentes da conclusão de um contrato descumprido. Essa forma de apuração de danos é chamada interesse negativo³⁹¹. Ela é também verificada nas situações de reparação de danos decorrentes da violação do interesse na confiança e nos casos de invalidade do negócio jurídico por erro imputável ou dolo do devedor. Questões a serem abordadas nos itens que seguem.

Partindo dos estudos de JHERING (da *culpa in contrahendo*, de 1861)³⁹², tem-se entendido ser o interesse negativo relacionado à situação jurídica protegida pelo dever pré-contratual de boa-fé, isto é, a pretensão de um comportamento probo e diligente prévia à conclusão do contrato, criando uma “*confiança objetiva*” tutelável para ambas as partes, que garanta às partes a *liberdade contratual* (“*no livre desenvolvimento da autonomia contratual das partes*”³⁹³). Ou seja, o interesse negativo está na pretensão de que não haja qualquer intervenção ilícita que impeça a conclusão de um contrato válido e eficaz. A reparação dos danos causados durante essa fase inicial se dá, portanto, pela reparação do interesse negativo, chamado “interesse na confiança”.

São duas as hipóteses de reparação de danos pelo regime da *culpa in contrahendo* no Direito Brasileiro: casos em que houve exercício abusivo do direito de não contratar, rompendo a confiança estabelecida na contra-parte; e os casos e que houve nulidade do

³⁹¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. “Perdas e danos”. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 663/667.

³⁹² TURCO, Cláudio. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, 1990. *Apud*: PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 508/510.

³⁹³ PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 511.

negócio jurídico³⁹⁴, com culpa ou dolo do devedor, que deverá reparar também aí os “danos da confiança”.

Em ambas as situações, a indenização se dá pelo montante efetivamente gasto pelo credor por ter confiado na realização (ou execução) do negócio³⁹⁵. Isso significa que não haverá reparação do lesado a fim de colocá-lo na situação em que estaria se o contrato houvesse sido cumprido, mas, ao contrário, haverá ressarcimento das despesas da confiança. Nesse sentido, Judith MARTINS-COSTA³⁹⁶ ilustra a hipótese com o exemplo do contraente que recebeu informações incorretas ou inverídicas, tendo sido induzido a erro, e do comprador lesado por vício redibitório, “*que tem o direito formativo de escolha entre enjeitar a coisa ou pedir o abatimento do preço (arts. 441 e 442)*”.

Segundo ela, nesses casos, o lesado deverá ser recolocado na “*situação em que o credor se encontraria, se não tivesse celebrado o contrato, ou entrado em negociações que se viram injustamente frustradas por qualquer dos casos em que pode ocorrer a violação do dever pré-contratual*”. Citando Mário Júlio de ALMEIDA COSTA³⁹⁷, ela refere que, na culpa *in contrahendo*, a reparação deve incluir também, à vista do que dispõe o art. 402 do

³⁹⁴ *Ex vi* do Art. 182 do Código Civil: Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente. Segundo Paulo Mota PINTO: “*O interesse negativo, enquanto interesse na liberdade negocial – o interesse da parte lesada a uma livre escolha negocial –, seria lesado nas diversas hipóteses de responsabilidade pré-contratual, desde a ruptura das negociações e da conclusão de um contrato inválido ou ineficaz, aos casos de responsabilidade pré-contratual em caso de contrato válido e eficaz, seja por violação de deveres pré-contratuais (quer deveres de segredo, quer de custódia, garantia ou protecção), sejam em certa hipóteses de erro e dolo de terceiro, seja, ainda, no caso de as negociações terem sido proteladas incorrectamente.*” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 511).

³⁹⁵ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 103.

³⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. “Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para um sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro”. In: *A Evolução do Direito no Século XXI: Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnoldo Wald*. Almedina, 2007, p. 353.

³⁹⁷ Ela cita, referindo que a indenização deve compreender: “*danos que representem desvalorizações ou perdas patrimoniais e danos que se configurem como não valorização ou frustrações de danos. O que importa é que tais prejuízos derivados da ruptura das negociações se liguem, numa ‘relação etiológica’ à confiança; quer dizer, devem ter-se verificado depois e por causa da própria confiança do lesado, que alicerça a responsabilização pré-contratual do lesante.*” Em: ALMEIDA COSTA, Mario Julio. *Responsabilidade Civil na Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. Apud: MARTINS-COSTA, Judith. “Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para um sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro”. In: *A Evolução do Direito no Século XXI: Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnoldo Wald*. Almedina, 2007, p. 353.

Código Civil, os danos emergentes e lucros cessantes proporcionais ao *interesse da confiança*³⁹⁸.

Ocorre que, em um acordo preparatório que verse sobre determinadas obrigações de uma parte a outra durante o período das tratativas (ou seja, sem que contenha os elementos próprios do contrato que será firmado), a inclusão de uma cláusula de limitação de responsabilidade acarretará na prévia liquidação do interesse da confiança. É dizer, a inclusão de uma cláusula de limitação de responsabilidade tem um efeito na confiança que está depositada por uma parte: ela sabe, *a priori*, qual será o montante máximo que poderá vir a ser indenizada caso as negociações sejam frustradas.

Isso fica claro, por exemplo, na situação em que os negociadores concluíram cláusula que estabelecia determinado montante máximo indenizatório em memorando de entendimentos que precedia a conclusão do contrato de prestação de serviços. Se, no contexto das negociações, não se tratar tal memorando de entendimentos de propriamente um contrato, a ruptura injusta e lesiva das negociações poderá ser fundamento para a responsabilidade pré-contratual. Nesse caso, no entanto, razoavelmente se espera que o negociador diligente não tenha realizado investimentos acima do montante estabelecido na cláusula de limitação de responsabilidade, porque nela já estava consignado uma espécie de *limite do interesse na confiança*, no sentido de que, *grosso modo*, não poderia o contratante confiar mais do que lá previa; do contrário, estaria agindo sob seu próprio risco.

É importante, no entanto, que se considere a não ocorrência de dolo na ruptura das negociações. Havendo dolo, a cláusula limitativa não produzirá seus efeitos, como será tratado no item 3.2.5, abaixo.

O mesmo, no entanto, não se poderia falar dos casos de indenização por erro ou dolo na formação do consentimento. Não há dúvida de que a indenização por dolo na formação do consentimento é integralmente devida, pelo mesmo fundamento de ela ser integral no caso de dolo na violação do contrato – o devedor não pode estar autorizado a, dolosamente,

³⁹⁸ “O interesse negativo corresponde ao dano que surge por o lesante ter criado a aparência de uma relação específica existente ou de uma prestação correcta, e ter assim fundado no lesado uma confiança injustificada (...) o lesado é de colocar (sic) como estaria de não tivesse confiado na declaração ou no restante comportamento do lesante.” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 877, n.r. 2.454).

descumprir o contrato e ter vantagem contratualmente ajustada para tal hipótese. Bem assim, uma parte não pode estar autorizada a dolosamente induzir o co-contratante a erro, fazendo-o concluir um contrato que sabidamente não servia à finalidade buscada pelo credor. Nesse sentido, eventual responsabilidade decorrente da invalidade do contrato por dolo na formação do consentimento não poderá ser limitada.

No caso de erro imputável, não parece fazer sentido que a cláusula limitativa produza efeitos, considerado que o contratante lesado, soubesse das condições efetivas do negócio, não a teria concluído, ou a teria em condições diversas. Portanto, o consentimento já estava viciado não apenas em relação à obrigação principal, mas também quanto à cláusula de limitação de responsabilidade, que não deve produzir seus efeitos.

Portanto, nos casos de reparação de danos decorrente da *culpa in contrahendo*, à cláusula de limitação de responsabilidade deve ser garantida a eficácia, se inserida em instrumentos preliminares de negociação, mas, diversamente, não terá efeitos quando a reparação decorrer de vício na formação do consentimento, qual seja, dolo e erro imputável.

3.2.5 Dolo na violação do contrato

Outro limite à incidência da cláusula de limitação de responsabilidade é a hipótese de inadimplemento por dolo. Como já antes referido, é pacífico – não sem diversas discussões que serão abordadas a seguir – o entendimento que ela não deve produzir efeitos (seja porque inválida, seja porque ineficaz), em caso de violação das obrigações negociais por dolo próprio ou de terceiro ao qual se era responsável.

O dolo é a vontade de violar uma obrigação, legal ou contratual, intencionalmente causando um mal à outra parte. Ele é mais grave que a culpa, porque verificada a partir de uma decisão voluntária e consciente do agente, sendo, desse modo, reprovada de forma mais intensa pelo Direito.

Essa intencionalidade de praticar o ato inclui tanto a representação das consequências lesivas do ato, de acordo com a *normal previsibilidade das consequências naturalistas ou*

*jurídicas do ato (isto é, os efeitos do inadimplemento)*³⁹⁹ e a sua assunção, embora sem necessariamente desejá-lo (dolo eventual), quanto à intenção de causar o resultado (dolo direto)⁴⁰⁰. Nos exemplos citados por Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR⁴⁰¹, há dolo eventual quando o contratante assume novos compromissos, que superem a sua capacidade produtiva, representando e aceitando conscientemente que provavelmente não terá condições de cumprir com o primeiro contrato. Há dolo direto quando o devedor destrói o bem devido ao credor.

Conforme amplamente tratado pelos autores do tema (Capítulo 2.1.1, item d), a cláusula de limitação de responsabilidade não poderá atingir a indenização devida pelo devedor que agiu com dolo. Essa proibição decorre de uma análise valorativa da concretização dos princípios que norteiam o Código Civil, em especial, a impossibilidade de uma parte estar autorizada a deliberadamente deixar de cumprir os pactos a que se vincula e beneficiar-se da própria torpeza⁴⁰², tendo em vista que o vínculo obrigacional tem como fim a satisfação do interesse do credor, por meio do adimplemento ou, subsidiariamente, da responsabilidade⁴⁰³.

Nesse sentido, afirma Wanderley FERNANDES⁴⁰⁴, a respeito das cláusulas exonerativas, que “*retirar do devedor a responsabilidade pelo descumprimento intencional da prestação seria reduzir o vínculo a uma simples obrigação natural, (...). A função da tutela do crédito restaria integralmente comprometida*”. O autor ressalva, no entanto, a diferença entre resilição e arrependimento e o dolo, dado que no caso deste há intencionalidade de causar o mal, ausente naqueles⁴⁰⁵.

³⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 194.

⁴⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 194. Diferencia: “[o] critério distintivo está, pois, na consciente assunção do risco: no primeiro caso (dolo direto) há assentimento para praticar o ilícito; no segundo, há a confiança do agente de que o evento danoso não se produziria, acompanhada, todavia, da assunção do risco vir a ser produzido. Em ambos, porém (dolo direto e dolo eventual), há intencionalidade.”

⁴⁰¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 104.

⁴⁰² O chamado *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, por MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 628 e ss.

⁴⁰³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 167.

⁴⁰⁴ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 211/212.

⁴⁰⁵ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215.

Para ele, ademais, mais do que uma violação à ordem moral e a preservação do vínculo obrigacional, permitir a limitação da responsabilidade em caso de dolo pode ser ainda mais pernicioso sob o ponto de vista da função econômico-social do contrato concretamente considerado, uma vez que impediria a tutela do crédito pelo Direito.

Sob o ponto de vista da ordem legislativa, a conclusão não poderia ser diversa, sobretudo tendo em vista que, para além da cláusula de limitação de responsabilidade – não expressamente regulada pelo código civil – também outros institutos têm sua aplicação limitada pelo dolo da parte que dele se beneficiaria: (a.) a mora do credor apenas pode ser oposta pelo devedor para ressarcimento das despesas para conservação da coisa quando este não tiver atuado com dolo⁴⁰⁶; (b.) com relação à responsabilidade do alienante pela evicção, estará ele isento de responder por ela em caso de dolo do adquirente na deterioração da coisa⁴⁰⁷; e (c.) o Código Civil reputa nulo o contrato de seguro que garanta risco proveniente de ato doloso do segurado ou beneficiário ou respectivos representantes⁴⁰⁸, ademais, se o segurado agravar intencionalmente (com dolo) o risco objeto do contrato, perderá o direito à garantia⁴⁰⁹.

Além dessas situações, o dolo também aparece no Código Civil no art. 392, segundo o qual, nos contratos benéficos, responde o contratante a quem o contrato não favoreça por culpa e, por dolo, aquele a quem o contrato não beneficia. Nos contratos onerosos, ambas as partes respondem por culpa, salvo as exceções da lei. Ou seja, mesmo nos contratos em que apenas uma das partes, por mera liberalidade, compromete-se exclusivamente com o ônus da execução do contrato, o seu agir doloso em vistas ao descumprimento acarretará a responsabilidade pelos danos causados ao beneficiado pelo contrato.

Acerca de tal dispositivo legal, é interessante delinear-se algumas características. São contratos benéficos aqueles em que não há, para uma das partes, um correspondente

⁴⁰⁶ Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela preservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empresadas em conservá-la, e sujeita-o a recebe-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

⁴⁰⁷ Art. 451. Subsiste para o alienante esta obrigação, ainda que a coisa alienada esteja deteriorada, exceto havendo dolo do adquirente.

⁴⁰⁸ Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.

⁴⁰⁹ Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

patrimonial, abrangendo os contratos gratuitos e desinteressados, como a doação pura e o comodato gratuito⁴¹⁰.

O privilégio no tratamento do contratante dos contratos benéficos pela parte não beneficiado pelo negócio, manifestada pela *variação no grau do fator de imputação da responsabilidade*⁴¹¹ em relação à regra geral da responsabilidade (respondendo apenas por dolo), se justifica na medida em que não há uma distribuição equivalente dos sacrifícios e vantagens patrimoniais entre os contraentes do contrato benéfico. Neles, ainda que uma parte seja de certa forma interessada na realização do negócio, não auferirá a vantagem econômica direta da outra parte, mas haverá de suportar os ônus. Dessa forma, a parte que não se beneficia do contrato apenas será *considerada inadimplente* quando deixar intencionalmente de cumprir o contrato e causar dano à outra parte.

Ainda sobre a inadmissibilidade de incidência da cláusula de limitação em caso de dolo do devedor, importa ressaltar relevante raciocínio de Wanderley FERNANDES⁴¹² que, ao comparar a cláusula limitativa com a cláusula penal (considerando o papel desta de pré-fixação de danos e, na eventualidade de verificação de danos maiores em montante do que o previsto da cláusula, também contando com função de limitação da indenização), considerando que a cláusula penal é também aplicável em caso de dolo, afirma que não se poderia assumir como um truísmo que sempre será nula a cláusula de limitação do dever de indenizar em caso de dolo. Afirma:

O teto do valor da indenização poderá ser fixado também com base em uma previsão de dano potencial, não tendo caráter irrisório. Assim, sendo razoável o planfond acordado, o efeito será simétrico ao da cláusula penal quando o dano for superior à penalidade, não havendo razão para que seja recusada a validade à cláusula de limitação de responsabilidade nessas condições.

⁴¹⁰ O mesmo não se aplica aos contratos gratuitos, porém interessados. Exemplo é o contrato de transporte: Art. 736. Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia. Parágrafo único. Não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas. Nesse sentido, salienta Judith MARTINS-COSTA que o transporte por amizade ou cortesia se distingue do contrato de transporte, constituindo um ato não-negocial e sendo a ele aplicável as regras relativas à responsabilidade extracontratual. Por outro lado, quando auferir vantagens indiretas, sendo, portanto, um negócio jurídico, o regime da responsabilidade civil (no qual incide o disposto no Art. 392) será plenamente aplicável. (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 281, n.r. 383.)

⁴¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 282.

⁴¹² FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 219/222.

Ao final, contudo, afirma que mesmo nessa hipótese (em que a cláusula limitativa dispõe um montante razoável), os argumentos da tutela do crédito e da confiança, impossibilitando que o devedor possa intencionalmente violar o contrato e causar um dano à outra parte, devem prevalecer, considerando-se nulas as cláusulas de limitação do dever de indenizar em caso de dolo.

Portanto, é possível afirmar a proteção do ordenamento a um equilíbrio mínimo entre as partes, que tem como limite, mesmo em atos de liberalidade, o agir doloso. Porque o Direito não autoriza qualquer parte a delinquir, é inadmissível a incidência de cláusula de limitação de responsabilidade quando a parte inadimplente tiver agido com dolo. Assim, mesmo nos contratos benéficos, a cláusula limitativa não será aplicável em caso de dolo.

Por fim, questão controvertida parece ser quanto ao ônus da prova de que houve dolo (o mesmo aplicando-se à culpa grave, que será analisada no capítulo seguinte). Autores como PINTO MONTEIRO⁴¹³ defendem que o ônus de provar a inoccorrência de dolo ou culpa grave recairia sobre o devedor, de forma que a indenização seria devida, desde que o devedor, ao arguir a existência de cláusula limitativa de responsabilidade, também estivesse apto a provar a ausência de dolo ou culpa grave na produção do resultado danoso.

Ousa-se discordar. Na linha tratada por PINTO OLIVEIRA⁴¹⁴, a presunção civil na responsabilidade contratual é da ocorrência de culpa. Isso significa que, exceto se houver prova em contrário por parte do credor, presume-se a culpa do devedor na causação do dano. Tendo em vista, conforme analisado neste trabalho, que a cláusula limitativa de responsabilidade tem aplicação em caso de culpa, uma vez presentes os demais requisitos ora tratados, a defesa do devedor será a alegação de fato impeditivo do direito, qual seja, a existência de cláusula de limitação de responsabilidade. O credor, por sua vez, terá o ônus de

⁴¹³ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, pp. 420/421, segundo o qual: “[p]ensamos, com efeito, que a cláusula de exclusão exonera o devedor da obrigação de indemnizar, mas não o liberta da presunção de culpa que sobre si recai, nos termos do art. 799.º, n.º1. Não bastará ao devedor, para se furtar à obrigação de indemnização, descansar na cláusula de irresponsabilidade. Vimos que a validade desta cláusula só poderá afirmar-se nos limites da culpa leve. Assim, presumindo a lei a culpa do devedor, terá de ser este a provar, para a cláusula exoneratória produzir os seus efeitos, que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procedem de dolo ou culpa grave. Ou seja, não bastará ao devedor defender-se com a cláusula de exclusão, antes terá de ser ele próprio a carrear para tribunal todos os elementos suscetíveis de gerar a convicção – correndo este risco por conta dele, devedor – de que o seu comportamento (ou dos agentes, recorde-se), não extravasa as fronteiras da culpa leve”.

provar a existência de fato impeditivo do fato impeditivo (com o perdão pela tautologia, apenas aparente), qual seja, a ocorrência de dolo ou culpa grave. Bem assim, caberá também ao credor alegar qualquer das demais balizas ora abordados.

Não poderia ser diversa a interpretação nesse particular. Exigir do devedor a prova de todas as situações em que há limitação da incidência da cláusula que altera o dever de indenizar seria negar eficácia à vontade das partes manifestada no contrato, condicionando-a à realização de uma prova complexa e, em diversas situações, impossível, porque negativa. Lembre-se, nesse particular, que, no âmbito de contratos empresariais paritários, considera-se a cláusula limitativa como inserida na própria estrutura econômica e sinalagmática do negócio jurídico considerado, de forma que a ela deve-se buscar a máxima eficácia, guardadas as limitações aqui aventadas.

Portanto, inadmissível a eficácia da cláusula de limitação de responsabilidade em caso de violação dolosa do contrato, sendo, no entanto, ônus do credor de provar o dolo do devedor.

3.2.6 Culpa grave

Os autores têm equiparado dolo e culpa grave para fins de impedir a incidência da cláusula limitativa de responsabilidade. Para se compreender esse entendimento é preciso, antes, determinar as gradações da culpa e como ela se verifica concretamente.

Por “*equiparação*” não se está referindo identidade de conceitos ou características, mas de aplicação do mesmo regime jurídico às figuras. Essa equiparação doutrinária não ocorre abstratamente para todos os casos em que há culpa grave e dolo – há casos, aliás, que o dolo deve, por determinação legal, ser punido de maneira mais severa do que a culpa, como os exemplos antes abordados –, mas especificamente em relação às cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade⁴¹⁵. Ocorre que, no âmbito de tais cláusulas, a limitação da

⁴¹⁴ OLIVEIRA, Nuno Manual Pinto. *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar e Cláusula Penais*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 53/56, n.r. 119.

⁴¹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração de culpa grave em caso de responsabilidade profissional (parecer)”. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

responsabilidade em caso de culpa grave teria efeitos semelhantes à sua incidência nos casos de inadimplemento por dolo, estimulando o devedor a atuar em negligência e desatenção, em violação da ordem pública contratual⁴¹⁶.

A culpa nada mais é do que a infração de um dever de diligência ou dever de cuidado, sem que tenha havido intencionalidade de causar o dano, como ocorre no dolo. Tradicionalmente, diz-se que ela é verificável sob três formas: negligência, imperícia ou imprudência. Há, no entanto, autores⁴¹⁷ que a reconduzem apenas ao conceito de negligência, dado que tanto imperícia como imprudência são também decorrência da violação do dever de diligência de todo contratante.

O dever de diligência não está descrito no diploma legal, que não prevê todas as ações a serem adotadas pelas partes para que o cumpram adequadamente. Ele inclui todos os atos ou omissões que devem ser verificados na execução do contrato para que a obrigação do devedor seja cumprida no tempo, lugar e forma adequada, inclusive com relação aos deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva⁴¹⁸.

É possível a afirmação, embora não sem críticas doutrinárias⁴¹⁹, de que há gradações ou níveis de culpa admitidos no direito. Esse reconhecimento decorre, em linhas gerais, da disposição contida no parágrafo único do Art. 944 do Código Civil, que possibilita ao julgador a redução equitativa da indenização se houver excessiva desproporção entre a *gravidade da culpa* e o dano. Adota-se aqui a existência de diversos graus de culpa.

Há culpa simples quando houver violação do dever de diligência extraído da relação obrigacional. A culpa grave, a seu turno, é aquela em que houve uma violação de um dever

⁴¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração de culpa grave em caso de responsabilidade profissional (parecer)”. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. Também: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011, pp. 235/236.

⁴¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 191.

⁴¹⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, pp. 105/106.

⁴¹⁹ Fábio Henrique PERES afasta a ideia de gradação da culpa e afirma que não há diferença de grau entre dolo e a culpa, mas de natureza. (PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 168 e ss.)

elementar de diligência⁴²⁰, na qual o agente é capaz de prever o resultado, provável a partir do seu ato, e, não o querendo diretamente, acredita de forma pueril que ele não se realizará⁴²¹.

Ademais, Mauro BUSSANI⁴²², a partir da análise das características do agente (tanto características físicas, como características profissionais e experienciais), analisa casos em que, não fossem tais características, estar-se-ia caracterizada a culpa leve, mas a sua presença implicam a configuração de culpa grave.

Um exemplo abordado pelo autor é um caso julgado pela Corte de Cassação francesa, em 1956, no qual *“Tício, que, num pulo inesperado, desmonta de seu cavalo, numa escola de equitação, num recinto em que são mantidos alguns potros; o gesto repentino provoca a reação dos animais, que se descontrolam e ferem gravemente o incauto indivíduo.”* Nesse caso, não há dúvidas quanto à responsabilidade de Tício, no entanto, a Corte de Cassação vai mais longe, e afirma que, em razão das condições do cavaleiro, ele teria condições de prever, *com certeza*, a reação dos animais e as consequências disso para as pessoas que se encontraram no local, tendo, por isso, assumido o risco do dano. Assim, a conduta de Tício, segundo o autor, teria superado o limite da culpa simples e caracterizado culpa grave.

O autor analisa o *standard do homem médio*, como critério objetivo para caracterização da culpa, somado às características próprias do agente, como critério subjetivo.

⁴²⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 106.

⁴²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 283. Também: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, pp. 104/105, exemplifica: *“(…) a parte, sem o propósito finalístico dirigido contra o cumprimento da obrigação, pratica ato ilícito, ou omite ato devido, com violação ao dever de diligência, produzindo o resultado previsível de incumprimento da prestação (por seu descuido, as mercadorias perecem). (...) ou previsto (culpa consciente), mas confiando o descuidado em que o resultado danoso não ocorra.”*

⁴²² BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado*. Tradução de Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 23 e ss. Embora seja necessária a referência ao autor para as finalidades da presente análise, é relevante estar consciente de que, diferentemente da abordagem aqui realizada, ele exclui da sua análise a “culpa contratual”, por três motivos: (i) *“entre os dois institutos, resultam bastante diferentes as ‘condições de emprego’ da noção de culpa: esta, em âmbito aquiliano, funciona como elemento de conexão (entre o dano injusto e a obrigação de ressarcir) no interior de um conflito de interesses, cuja definição e comparação é frequentemente possível somente em sede de juízo; sobre o terreno contratual, ao contrário, os conteúdos da culpa (...) são voltados a garantir o respeito de um arranjo de interesses (...) que muitas vezes é planejado de modo completo antes, e fora da controvérsia judicial”*; (ii) *“é somente a este [juiz do ilícito extranegocial] que é demandada per intero a decisão de atribuir relevo, ou não, às peculiaridades psicossíquicas do agente”*; e (iii) *“é no juízo extracontratual, à diferença do juízo ex contractu, que uma decisão do gênero torna-se capaz de influenciar o equilíbrio (mas também a escolha de qual premiar) entre os interesses em conflito”*. (BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de*

Os parâmetros *objetivo* e *subjetivo* somam-se, assim, para determinar, à luz do caso concreto, a gravidade da culpa do agente⁴²³. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR aponta para essa dualidade de critérios, afirmando a existência de divergência doutrinária a respeito da posição prevalecente (critério subjetivo ou critério objetivo) e filiando-se ao princípio da culpa em concreto, com a limitação afirmada por Karl LARENZ⁴²⁴:

Frente à dita posição, a jurisprudência defende, desde há tempo, um critério objetivado ou tipificado da culpa, segundo a qual, para a responsabilidade civil, interessam só os conhecimentos e a aptidão típicos de uma pessoa pertencente à mesma profissão ou a idêntico grupo de pessoas (por exemplo, condutores de automóveis), e partindo deste modo se avalia a aptidão mais elevada do sujeito em questão. Por conseguinte, o que exerce a profissão de médico, de artesão, de agricultor, de comerciante, deve, pelo menos, responder pela aptidão e conhecimentos médios e segundo a diligência medida a teor dos ditos conhecimentos.

No entanto, ainda sobre essa diferença quanto aos critérios, Mauro BUSSANI salienta que, na responsabilidade contratual, a análise subjetiva quanto às características do agente é *despotencializada*, em vista tanto da diversidade normativa (como as regras relativas à incapacidade) quanto da “*necessidade de conferir evidência – ao menos preliminarmente – a*

culpa: um estudo de direito comparado. Tradução de Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 36).

⁴²³ Afirma o autor: “É precisamente no rastro destas observações que agora parece oportuno, no prosseguimento da investigação, liberar-se de uma visão da culpa encerrada numa dimensão monolítica. A contraposição entre o *standard* rígido e um flexível não poderá ser compreendida como contraposição entre partidários de uma sagrada (e imaginária) culpa ‘objetiva’ e defensores de uma terrena (e igualmente irreal) culpa ‘subjetiva’. Do mesmo modo – desta vez do ponto de vista teórico –, aqui não valeria a pena apresentar propostas de compromisso, ou construções em busca de um ponto de equilíbrio formal, cujos méritos geométricos depois correriam o risco, como frequentemente tem acontecido, de desaparecer diante da bem mais inevitável lógica do juízo: ou seja, do momento em que a régua e o compasso do intérprete estão sendo postos à prova diante das exigências a que ele deve responder – a mutável realidade dos fatos, a variedade de posições e dos interesses que possam se tornar objeto de valoração./ Definitivamente, neste estudo não se trata – nem mesmo excluído o objetivo didático – de refazer a história da noção e dos critérios de avaliação da culpa. Dentro dos limites impostos ao nosso trabalho, a questão que assume relevo proeminente é uma outra. Ela diz respeito ao modo de entender a culpa e o seu papel no suporte fático de responsabilidade subjetiva; concerne a própria capacidade do critério de avaliação da culpa para responder às exigências subentendidas ao seu emprego. Resultados que aqui se consideram possíveis de serem atingidos somente numa perspectiva que, tendo firmes as razões do(s) sistema(s), saiba avaliar de que modo a presença de sujeitos diversos do modelo de referência ordinário incide sobre a dinâmica ‘técnica’ do conflito, como aquela presença recai sobre a determinação e depois sobre a ponderação das posições, como agem sobre aquelas contínuas inter-relações entre os elementos do suporte fático de que se compõe o juízo de responsabilidade.” (BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado*. Tradução de Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 31/32.).

⁴²⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 288.

*indicadores diferentes, atinentes aos interesses particulares que as partes pretendem perseguir com o próprio projeto negocial*⁴²⁵.

Dessa forma, como apontado por LARENZ, de acordo com o contrato concretamente considerado, é possível extrair quais são as capacidades e expertises *típicas* esperadas de cada um dos co-contratantes, o tipo de obrigação – se de meio ou de resultado – e demais elementos que compõem a racionalidade econômica que motivou as partes a concluírem o contrato. É a partir de tais elementos que se pode fazer uma avaliação da gradação da culpa em caso de inadimplemento e, então, decidir a respeito da incidência ou não da cláusula limitativa de responsabilidade.

Quando se refere à cláusula de limitação de responsabilidade, Ana PRATA defende que a violação da obrigação principal de um contrato seria sempre imputável por culpa grave à parte infratora, de forma que a cláusula deveria ser afastada e a indenização plenamente devida. Isto é, ao tratar do tema da violação da obrigação principal, tal autora defende o seu afastamento com base na ineficácia da cláusula em caso de culpa grave do agente⁴²⁶.

Discorda-se desse posicionamento. Em primeiro lugar, não se poderia presumir a culpa grave em toda e qualquer violação da obrigação principal. A culpa grave deve ser avaliada concretamente, em vista das características típicas esperadas do agente médio para aquele determinado contrato e mais os padrões objetivos esperados dos contratantes. Não se poderia, assim, afirmar categoricamente que a violação da obrigação principal decorreria sempre da assunção do risco, pelo agente, da inobservância de tais critérios. Isso porque não se espera que o contratante seja o “contratante ideal”, mas que ele observe os padrões do “contratante médio”. Em segundo lugar, a culpa grave, ainda, demandaria que a não atuação como o “contratante médio” decorra de erro grosseiro, no qual se poderia presumir que o contratante sabia dos riscos e, ainda assim, optou por assumi-los, acreditando que não ocorreriam. Além disso, em terceiro, adotar tal posicionamento seria excluir terminantemente eventual

⁴²⁵ BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado*. Tradução de Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, Pp. 35/36.

⁴²⁶ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 300.

participação da vítima no resultado e impedir, de todo, a incidência da cláusula limitativa em casos de violação da obrigação principal⁴²⁷.

A fim de ilustrar situação em que se pode afirmar a ocorrência de culpa grave, cita-se interessante caso julgado pela Corte de Apelação de Nova Iorque⁴²⁸, no qual uma ação foi ajuizada tendo em vista a negligência na prestação de serviços por uma empresa de alarme de incêndios. A empresa havia sido contratada pelos proprietários de um arranha-céu localizado no centro de Manhattan para monitorar o sistema central de alarme de incêndio do prédio. O contrato de prestação de serviços firmado entre as partes continha cláusula estabelecendo que a empresa prestadora do serviço não seria responsável por quaisquer perdas e danos causados pelo cumprimento ou não cumprimento das obrigações impostas no contrato ou por omissões ou condutas negligentes.

Em certo dia, o contratante solicitou a desativação temporária do sistema de alarme, a fim de fazer reparos no prédio, sendo reativado na noite da mesma data. Dois dias depois, sem saber que o serviço já havia sido restabelecido, o engenheiro chefe entrou em contato com a empresa para reativar o alarme. O funcionário que lhe atendeu, contudo, entendeu erroneamente que o engenheiro estava solicitando que sistema de alarme fosse retirado de serviço. Alguns minutos após o contato, a empresa começou a receber sinais de incêndio do prédio, no entanto, confiante de que havia sido requerido que o sistema fosse retirado de serviço, o funcionário supôs que deveria ignorar tais sinais.

Ocorre que, de fato, estava ocorrendo um incêndio no prédio, o qual não pode ser contido a tempo, causando prejuízos milionários aos proprietários, tendo em vista que a empresa falhou em detectar o fogo e contatar os bombeiros. Em decorrência desse fato, o contratante processou a empresa por sua conduta negligente.

Ao decidir o litígio, o tribunal entendeu que a cláusula de limitação de responsabilidade seria inaplicável ao caso diante da negligência e culpa grave da empresa e que essa espécie de

⁴²⁷ FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 261 e PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 301: “O raciocínio é o seguinte: se os tribunais declaram inválidas as cláusulas sempre que há culpa grave do devedor e se qualificam como culpa grave a culpa desde quando está em causa a violação de uma obrigação principal do contrato, a consequência é necessariamente a sua recusa de validade da cláusula exoneratória sempre que se verifica a inexecução de uma obrigação essencial”.

cláusula não pode restringir a responsabilidade da requerida pela conduta de desrespeito aos direitos de seu cliente. Além disso, fundamentaram que companhias de alarmes de incêndio prestam um serviço de significativo interesse público; e a incapacidade de executar esse serviço com cuidado e competência pode ter consequências catastróficas. A natureza dos serviços prestados pela requerida dá origem a um dever de cuidado razoável independente das obrigações contratuais. Assim, a Corte reconheceu que, nesse caso, incidiria a responsabilidade civil extracontratual da contratada, independentemente da violação ou não de sua obrigação contratual.

Discorda-se que se trate de responsabilidade extracontratual, porque o incêndio não foi causado diretamente pela ação do funcionário da empresa de alarmes. No entanto, de fato não deve ser reduzida a indenização devida com base na cláusula de limitação de responsabilidade, porque o funcionário, em nome da empresa, atuou com culpa grave, tendo em vista a sua atividade e seu conhecimento técnico e a conduta que se esperava de um agente médio na mesma posição.

Portanto, assim como ocorre com o dolo, tendo em vista a impossibilidade de se admitir a proteção do agente que atua com culpa grave – erro grosseiro, assumindo, na grande maioria das vezes, o risco de causar um dano à contraparte, não pode a cláusula limitativa incidir nas hipóteses de descumprimento contratual por culpa grave.

⁴²⁸ ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of the State of New York. Sommer v. Fed. Signal Corp. WACHTLER, Chief Judge. Decided May 12, 1992.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, no presente estudo, delinear critérios para eficácia da cláusula de limitação da responsabilidade quando inserida em contratos empresariais. Dessa forma, a admissibilidade da cláusula no ordenamento jurídico brasileiro foi tomada como premissa, e excluíram-se da análise os contratos de adesão e os contratos firmados nas relações de consumo.

Assim, a espinha dorsal da discussão foi a perquirição do equilíbrio entre o binômio da liberdade contratual de partes iguais (*business to business*) e a busca, pelo ordenamento, da proteção do lesado. Essa análise teve como objeto de estudo casos nacionais e internacionais e a posição da doutrina especializada sobre o tema. Ainda, ao longo do trabalho, foram abordados exemplos ilustrativos do problema descrito.

A primeira parte do trabalho tratou da estrutura e funcionalidade da cláusula de limitação de responsabilidade em linhas gerais. Definiu-se que a cláusula, embora acessória à obrigação principal, está inserida na alocação de riscos e responsabilidade entre os agentes econômicos, em vista de uma maior segurança nas transações. Nesse sentido, elas não devem ser consideradas como uma *renúncia*, mas como elementos acidentais que alteram o regime da responsabilidade contratual, conforme a vontade comum das partes. Ou seja, não há direito a ser renunciado, porque o próprio regime foi alterado pelas partes.

A conclusão de que não há renúncia, mas ajuste das partes quanto aos efeitos do inadimplemento se justifica por três principais razões: primeiramente, porque, em se tratando de contratos entre partes paritárias, a própria autonomia privada já garante as balizas para impedir o excessivo desequilíbrio do ajuste, de forma que não se poderia afirmar que há efetiva renúncia. Nesse sentido, por exemplo, as regras cogentes e de ordem pública (como o direito formativo extintivo à resolução) jamais poderão ser afastadas. Em segundo lugar, os critérios para manutenção do sinalagma contratual serviriam como baliza ao equilíbrio das regras do regime da responsabilidade contratual particular daquele negócio, que podem ultrapassar a própria cláusula, inserindo-a como um dos elementos de um conjunto maior contendo vantagens e desvantagens a cada uma das partes. Terceiro e último, se ainda há situações em que a indenização será integralmente devida – como no caso em que a

indenização é menor que o teto estabelecido na cláusula, ou caso de dolo e culpa grave –, não há que se falar em renúncia à indenização.

Ainda nesta primeira parte, foi analisada a sistematização geral dos limites, conforme entendimento da doutrina especializada, em linhas gerais. Em primeiro lugar, deve-se analisar sua licitude: a cláusula limitativa deve ser inserida em contrato por meio do exercício lícito do direito de negociar e livremente estipular o regime da responsabilidade, sob pena de abuso de direito de uma das partes, com base no Art. 187 do Código Civil. É somente a partir da análise da vontade comum das partes é que se poderá aferir se houve exercício disfuncional do direito, excedendo os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Passada essa análise inicial da licitude, passa-se à etapa da validade. A validade depende do exame de sua interação em um jogo de proveito e detrimento para as partes em um contrato (o sinalagma contratual); além disso, não poderá ultrapassar, *prima facie*, os seguintes limites: não pode haver violação da ordem pública e normas cogentes (o que inclui o respeito às normas gerais do Código Civil, intangibilidade da vida, integridade física e direito ao meio ambiente), ineficácia em casos de violação da obrigação fundamental (*cum granu salis*), inaplicabilidade em caso de violação contratual com dolo ou culpa grave.

Assim, tendo como plano de fundo os critérios gerais para sua validade e eficácia, será possível, por meio da atividade hermenêutica, atribuir o significado à cláusula de limitação de responsabilidade, buscando-se, nos termos do Art. 112 do Código Civil, a vontade comum das partes consubstanciada na declaração.

Neste estudo, foram ressaltados dois critérios interpretativos que parecem ser indispensáveis para tal aferição: em primeiro lugar, é preciso que se tenha em vista a cláusula como parte de um todo dotado de sentido único, que visa a um finalidade específica – sua finalidade econômica e social. Por meio do método sistemático, analisando-se o todo e suas partes como engrenagens de um maquinário complexo, será possível determinar a função da cláusula no esquema contratual de riscos e responsabilidade, atribuindo-lhe o significado dentro do sinalagma contratual.

Além disso, é preciso ter em vista a natureza da cláusula, se de renúncia, a atividade hermenêutica voltar-se-á à verificação da abusividade de sua inserção no contrato. Se, por outro lado, se tratar de mera alteração do regime legal para estabelecimento de um regime particular, então, a atividade terá função de conformação dessa vontade no caso concreto e não de nulidade da cláusula por abusividade.

Com o resultado da interpretação, poderá o hermeneuta (as partes ou um terceiro imparcial) afirmar o cumprimento ou não dos critérios abordados ao longo desse trabalho. Se desrespeitados, isso acarretará a validade ou a ineficácia da cláusula de limitação de responsabilidade. Essa verificação entre um e outro será feita em concreto, à luz da disposição do Art. 166 do Código Civil. Quando a cláusula contiver linguagem genérica, sendo aplicável a hipóteses lícitas e válidas, deverá ser declarada apenas a ineficácia frente às situações que ultrapassem o limite da autonomia privada e os demais limites neste trabalho analisada. Além disso, ainda com relação às consequências, em caso de invalidade da cláusula, se for possível extrair da vontade comum das partes que sem a cláusula o pacto não teria sido concluído, é possível a extensão da invalidade a todo o contrato.

No segundo capítulo da primeira parte, alisou-se a cláusula de limitação inserida na bipartição dos regimes contratual e extracontratual. Inicialmente, diferenciou-se ambos os regimes e concluiu-se que não há diferença ontológico ou essencial entre eles, apenas accidental, decorrente das regras previstas no Código Civil aplicáveis a cada um dos regimes. Em razão dessa inexistência de diferença natural é que se pode concluir, em seguida, que as situações de cumulação de regimes (em que um mesmo ato do devedor pode configurar ilícito absoluto e ilícito relativo) poderão ser reparadas por um regime ou por outro, de acordo com a escolha ser feita pelo credor, sendo vedada, por evidente, dupla indenização pelo mesmo dano.

No caso de cumulação, a cláusula de limitação de responsabilidade seria aplicável, em tese, apenas o credor optar pela ação pelo regime da responsabilidade contratual. Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de a vontade comum das partes, no momento da conclusão do contrato, ter sido manifestada a fim de abranger no seu escopo de aplicação não apenas os danos decorrentes de ilícito contratual, mas também os decorrentes de ilícito extracontratual. Nesse caso, a escolha do regime não afastará a incidência da cláusula limitativa.

É incontroverso que o âmbito de aplicação da cláusula de limitação de responsabilidade por excelência é no caso de ilícito relativo, mas é também possível que haja situações em que ela é incidente nas hipóteses de cumulação de regimes, restou avaliar, ainda, a possibilidade de estipulação de limitação de responsabilidade no caso de exclusiva responsabilidade extracontratual.

Foram delineadas, assim, duas situações de responsabilidade extranegocial: (i) a situação em que há relacionamento das partes previamente ao ato ilícito; (ii) a situação em que não há relacionamento prévio das partes. No primeiro caso, é possível que as partes estabeleçam uma cláusula de limitação de responsabilidade em instrumento destinado para esse fim, como ocorre no caso de compasso e nas relações condominiais. Concluiu-se que, nesse caso, não haveria *contratualização* da responsabilidade extracontratual, transmudando-a para o regime contratual, na medida em que, para fins de regime, deve-se verificar o ilícito praticado, se relativo ou absoluto. Sendo absoluto, haverá responsabilidade extracontratual, com limitação de responsabilidade prevista em instrumento apartado.

Esse também é o caso da responsabilidade pré-negocial. Adotou-se a posição de que a responsabilidade pré-negocial é uma espécie do gênero da responsabilidade extracontratual. Assim, havendo documento preliminar (sem que lhe sejam reconhecidas as características do contrato preliminar) com cláusula de limitação de responsabilidade, é de se admitir a sua incidência, limitando a responsabilidade da parte lesante.

No caso de inexistência de relação prévia entre as partes, a impossibilidade de limitação de responsabilidade decorre da impossibilidade temporal de as partes estabelecerem a cláusula em momento anterior à ocorrência do dano.

Na segunda parte deste trabalho, então, foi analisada a cláusula de limitação de responsabilidade não mais sob o ponto de vista geral, mas propriamente inserida nos contratos empresariais, delineando-se as principais implicações de sua interação com o todo.

Para tanto, inicialmente aproximou-se a cláusula de outras cláusulas acessórias frequentemente encontradas em contratos empresariais, evidenciando semelhanças e diferenças. Em especial, foram afastadas as regras cogentes aplicáveis às cláusulas acessórias legalmente previstas, mas que não devem, em razão de tais diferenças, serem aplicáveis

também à cláusula de limitação de responsabilidade. Assim, foram cotejadas com a cláusula limitativa: a cláusula de exclusão da responsabilidade, a cláusula penal (esta, hipótese legal), cláusula de exclusão de obrigações típicas (frequentemente confundida com a cláusula de exclusão de responsabilidade) e a cláusula de danos acordados.

Após, ademais, a fim de especificar ainda mais suas características, delinear-se algumas de suas principais formas, quais sejam: cláusula que estabelece montante indenizatório máximo, cláusula que altera o regime legal da responsabilidade – em especial, equiparando determinados eventos à força maior, cláusula de limitação da responsabilidade por atos de auxiliares e terceiro.

Com relação a estas últimas, entende-se que a limitação da responsabilidade do ato do preposto ou auxiliar deverá observar os mesmos critérios aplicáveis às cláusulas limitativas por ato próprio, ou seja, não poderá o preposto agir com dolo ou culpa grave, nem violar bem jurídico indisponível. A essa situação, no entanto, ressalva-se a hipótese em que o preposto ou auxiliar era independente, não respeitando ordens do contratante. Assim, o risco poderá ou não ser assumido pelo credor, que deverá, no momento da conclusão do contrato, prever expressamente a responsabilidade do devedor pelos atos dolosos dos seus prepostos ou auxiliares. O mesmo pode-se afirmar com relação a subcontratados.

Além disso, a existência de cláusula de limitação em benefício do devedor aproveitará também ao preposto, empregado ou subcontratado, perante o qual não poderá ser exigida indenização superior ao que seria em face do contratante devedor, salvo se decorrente de responsabilidade extracontratual.

Com relação à eficácia da cláusula limitativa perante terceiros, foram analisadas as hipóteses de grupo de contratos e de contrato de seguro de responsabilidade. Embora vigente o princípio da relatividade contratual, é possível que a cláusula afete terceiros.

No caso dos contratos de seguro de responsabilidade, no qual o objeto segurado é o adimplemento de um contrato que contém previsão de limitação de responsabilidade, a eficácia desta cláusula perante a seguradora decorre da sua sub-rogação nos direitos do credor, nos termos do Art. 786 do Código Civil. A sub-rogação implica a substituição, pelo segurador, da posição do segurado na relação obrigacional perante o devedor, inclusive

quanto às limitações e exclusões existentes, sendo oponível, assim, a cláusula limitativa inserida no contrato segurado em face do segurador.

No âmbito das redes de contratos, é necessário que se analise em contrato o nível de relação havida entre eles, depreendendo-se em que medida a invalidade, ineficácia ou extinção por qualquer forma de um poderá afetar o outro. Além disso, é possível que o contrato guarda-chuva preveja a alocação de responsabilidade proporcional de todos os participantes da cadeia contratual, como ocorre nas cláusulas “canequinha” ou “baldinho”. A atribuição de efeitos a tais cláusulas decorre de uma necessidade de segurança jurídicas das relações empresariais, especialmente quando envolver instituições financeiras e terceiros investidores.

Por fim, no segundo capítulo da segunda parte, tratou-se especificamente da abrangência das cláusulas de limitação de responsabilidade inseridas em contratos empresariais paritários, de forma a tratar, de forma bastante específica, os limites afirmados pela doutrina e já antes referidos na primeira parte do trabalho, delineando critérios adicionais para avaliação do limite da eficácia dessas cláusulas.

Enquanto boa parte da doutrina tem afastado de antemão a eficácia da cláusula de limitação de responsabilidade em caso de violação da obrigação principal, sob o fundamento da proteção do vínculo estabelecido, a análise feita buscou agregar determinados critérios e pontos de análise a esse entendimento. Há também crítica doutrinária a esse respeito, afirmando ser a existência de remédios jurídicos diversos, para além do indenizatório, como o resolutivo e a possibilidade de execução específica da obrigação, suficiente para a validade e eficácia da cláusula de limitação de responsabilidade quando ocorrer violação da obrigação principal. Esta não foi, no entanto, a linha adotada no trabalho.

Segundo a linha ora adotada, deve-se buscar a atribuição de máxima eficácia à vontade das partes, tendo como balizas os critérios da justiça e da utilidade no exercício da autonomia privada. Dessa forma, a simples referência ao inadimplemento da obrigação principal seria insuficiente, havendo necessidade de se verificar também que não foi respeitada a justiça (o equilíbrio) da relação e a utilidade (o fim a que se destinava), sob pena de intervenção judicial. Esta, no entanto, medida extrema, dado o caráter de *ato de previsão* do contrato, sendo a máxima eficácia de um contrato *justo e útil* necessária à segurança no tráfico.

Por esse motivo, o critério passou a ser não mais o objeto da violação, mas se a incidência da cláusula de limitação de responsabilidade é capaz ou não de acarretar a quebra do sinalagma contratual. Nesse sentido, concluiu-se que há situação em que a cláusula está inserida no próprio esquema de vantagens e desvantagens recíprocas – havendo, nesse sentido, um interesse ou vantagem contraposto em favor do credor que justifica a sua aceitação (como visto, não há necessidade de que essa vantagem tenha valor econômico idêntico à possível perda decorrente da limitação da responsabilidade), de forma que a sua extirpação ou negação de efeitos romperia o vínculo. Há, outrossim, hipótese em que não houve uma vontade dirigida diretamente para o estabelecimento de uma vantagem contraposta, porém, a existência de uma cláusula limitativa não deve ser ignorada por completo, mediante a observação de determinados critérios, evitando rompimento do sinalagma em razão da atribuição de efeitos a ela.

Também fez-se referência à doutrina que entende não poder a obrigação fundamental ser violada, sob pena de descaracterização do próprio negócio. Esse entendimento tem como base o *breach of fundamental term*, de origem anglo-saxão. Nesse caso, a violação é tão grave que afastaria do contrato a sua função econômico-social, justificando a resolução do contrato, devendo ser avaliado concretamente a incidência ou não da cláusula limitativa. Embora se esteja concorde em relação à necessidade de critério para incidência da cláusula nessa hipótese, assume-se diferente fundamento jurídico para tanto.

No presente trabalho, tendo como base o sinalagma contratual, entende-se que a inserção de uma cláusula limitativa ou compõe o próprio sinalagma, como parte da alocação de riscos, responsabilidade, obrigações, podendo influir inclusive no preço – a diminuição do preço justifica e fundamenta a aceitação da cláusula de limitação pelo credor; ou ela não pode violá-lo. É a partir dele que será possível determinar o alcance da cláusula de limitação de responsabilidade, em vista da violação da obrigação e da composição do montante indenizatório.

Dividiu-se a análise entre o interesse positivo e o interesse negativo. O primeiro, abrangendo as situações em que a indenização visa a colocar o lesado na posição em que estaria se tivesse havido cumprimento contratual. Essa colocação pode tanto decorrer da manutenção do vínculo, com indenização pelo equivalente pecuniário mais perdas e danos,

como pode decorrer da resolução do contrato, com retorno ou não das prestações já realizadas de parte à parte, mais perdas e danos.

O interesse negativo, por outro lado, é aquele indenizado em caso de invalidade do negócio ou em caso de responsabilidade pré-contratual, com objetivo de recolocar o lesado na posição em que estaria se não tivesse havido interesse na confiança ou mesmo não tivesse sido firmado o contrato anulável.

Em caso de manutenção do vínculo, a incidência da cláusula de limitação apenas poderá ocorrer desde que seja ressarcido, no mínimo, (i) o equivalente pecuniário à prestação de dar inadimplida, (ii) a transação substitutiva à prestação de fazer não cumprida; e (iii) o ressarcimento das despesas necessárias para remoção do ilícito ou cessação do ato a que o devedor estava impedido de praticar em caso violação de obrigação de não fazer. As perdas e danos que se somam a tais montantes serão atingidas pela cláusula limitativa.

Com relação ao interesse negativo, a invalidade do negócio jurídico em razão do vício da vontade acarreta a invalidade da própria cláusula, porque não houve consentimento válido a seu respeito. Por outro lado, havendo cláusula de limitação em documentos preliminares, eventual responsabilidade pré-contratual poderá ser limitada, tendo em vista a vontade comum das partes de estabelecerem um limite ao *interesse da confiança*.

Por fim, ainda, foi analisado o dolo e as razões que justificam o afastamento dos efeitos da cláusula quando verificado. A culpa grave, a seu turno, deve ser equiparada ao dolo para fins de ineficácia da cláusula de limitação de responsabilidade.

Viu-se, assim, que embora ausente qualquer regulamento legal exposto a respeito do tema das cláusulas de limitação de responsabilidade, é possível extrair do ordenamento critérios mais ou menos seguros para sua aplicação, sobretudo nas relações entre partes iguais e em contratos negociados, evitando-se o recurso excessivo à casuística.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947.

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade civil*. Vol I. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

AGUIAR DIAS, José. *Responsabilidade Civil em Debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. “A Convenção de Viena e a Resolução do Contrato por Incumprimento. In: *Revista de Informação Legislativa*. V. 31, n.º 121, pp. 211/225, jan./mar., 1994.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil. Da extinção do contrato*. Vol. VI. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução – De acordo com o Novo Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 8ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. “Responsabilidade Civil Pré-Contratual: Reflexões de um Jurista Português (porventura) aplicáveis ao Direito Brasileiro”. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional”. *Revista de Informação Legislativa*, nº 12, 1989.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o Processo Civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2.ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO, Luciano Vianna. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cames (coord.). 2.ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. Vol. 3: Relações e Situações Jurídicas. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ATIYAH, P. *An Introduction to the Law of Contract*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1981.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. “Inexecução culposa e cláusula penal compensatória (parecer)”. In: *Revista dos Tribunais*, Vol. 791, set/2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não-indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro” (parecer). In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 832, pp. 115/137, fev. 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração de culpa grave em caso de responsabilidade profissional (parecer)”. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. (2002) 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016.

BARROS, Vera Cecília Monteiro de. *Exceção de Ordem Pública na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BASSO, Maristela. “As cartas de intenção ou contratos de negociação”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 769/1999, pp. 28/47, nov., 1999.

BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Tradução Karina Jannini; a partir da segunda edição revista e ampliada por Giuliano Crifò; revisão técnica Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BIANCA, Massimo C. *Diritto Civile – La Responsabilità*. Vol. V. Milano: Giuffrè, 1994.

BIANCA, Massimo C. *Inadempimento delle obbligazioni*. 2ª ed. aum. Libro IV: Obbligazioni art. 1.218-1.229. Bolonha: Niccola Zanichelli Editore, 1979.

BRAGA, Rodrigo Bernardo. “Noções gerais sobre as cartas ou protocolos de intenção”. In: *Revista de Direito Privado*, Vol. 27/2006, pp. 293/301, jul.-set., 2006.

BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da Noção de Culpa: um estudo de direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. “A mora no cumprimento das obrigações contratuais pecuniárias e suas consequências”. In: *Direito Empresarial. Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9ª ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2001.

COUTO E SILVA, Clóvis do. “O Conceito de dano no Direito Brasileiro e Comparado”. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 2/2015, pp. 333-348, Jan-Mar/2015.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

DIAS, João António Álvaro. *Dano Corporal: Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado: parte geral*. 5.ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

EÖRSI, Gyula. “The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability”. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi2.html>>. Acesso em: 28 set. 2017.

FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. “Do dolo”. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (orgs.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 514/529.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Reciprocidade e Contrato: a Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. “O conceito de inadimplemento fundamental no art. 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980”. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 11, pp. 55-66, 1996.

GARCEZ, José Maris Rossani. “Garantias, Pagamentos, Penalidades e Exclusão de Responsabilidades nos Contratos Internacionais”. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*. Vol. 5. Fev/2012. pp. 263 e ss.

GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría General de la reparación de daños*. 2ª ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.

GHESTIN, Jacques (dir.). *Les clauses limitatives ou exonératives de responsabilité en Europe*. Paris: LGDJ, 1990.

GHESTIN, Jacques. “Le Juste et l’Utile dans les Effets du Contrat”. In: *Contratos: atualidades e evolução*. Porto: UCP, 1997, pp. 123/165.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. Vol. II. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LIENHARD, W. *Le rôle et la valeur de L’Ordre Public en Droit Privé interne et en Droit Privé international*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1935.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACAULAY, Stewart. “Relações não contratuais nos negócios: um estudo preliminar”. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. SALAMA, Bruno M. *Pra que serve o Direito Contratual? Direito, Sociedade e Economia*. Revista DIREITO GV, Vol. 3, n. 1, jun. 2007.

MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. “Perdas e danos”. *In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. “Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos”. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 979/2017, p. 215-241, maio, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. “Contrato de Construção. “Contratos-Aliança”. Interpretação Contratual. Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar (parecer)”. *In: Revistas de Direito Civil Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 1. Out-dez/2014, pp. 315-351.

MARTINS-COSTA, Judith. “Os regimes do dolo civil no Direito Brasileiro: Dolo Antecedente, Vício Informativo por Omissão e Comissão, Dolo Acidental e Dever de Indenizar”. *In: Revista dos Tribunais*, RT 923, set./2012, pp. 115/143.

MARTINS-COSTA, Judith. “Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro”. *In: A Evolução do Direito no Século XXI: Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnaldo Wald*. Almedina, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, Personalidade, Dignidade* (ensaio de uma qualificação). Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. Maio, 2003. 273 fls.

MARTINS-COSTA, Judith. “Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-fé”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 57-95.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTOS NETO, Antônio José de. “Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem”. In: *Revista de Processo*. Vol. 106, abr/2002.

MAZEAUD, Denis. *La notion de clause pénale*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, Bibliothèque de Droit Prive, Tome 223.

MAZEAUD, Henri et MAZEAUD, León. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. Tome. I. 4ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

MAZEAUD, Henri et MAZEAUD, León. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. Tome II. 3ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939.

MAZEAUD, Henri et MAZEAUD, León. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. Tome III. 3ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939.

MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. *Leçons de Droit Civil*. Tome 2ème, 1er volume, Obligations: Théorie Générale, 6.ª ed. Paris: Editions Montchrestien, 1978.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Validade*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António. “Da Pós-Eficácia das Obrigações”. In: *Estudos de Direito Civil*. Vol. I. 2.ª reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, pp. 143-197.

MENEZES CORDEIRO, António. “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”. Em: *Estudos em homenagem ao Prof. António Castanheira Neves*. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45582&ida=%2045614#topo. Acesso em 03/01/2018.

MICHELON JR., Claudio. *Direito Restituitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso de Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas do direito privado*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2ª reimp. (1985). Coimbra: Almedina, 2011.

MONTEIRO, António Pinto. *Erro e Vinculação Negocial*. Coimbra: Almedina, 2002.

MORAES, Livia Lenz de. *Os efeitos jurídicos das cartas de intenções e memorandos de entendimentos*. 2016. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. Tomo II. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. atual. 1ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. atual. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas Assessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II, 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PINTO, José Emílio Nunes. “O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil”. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>>.

Acesso em: 04 de julho de 2017.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. 2ª reimp. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito Privado*. T. XXIII. Rio de Janeiro: Borsóí, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Atual. por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. 2ª reimp. Tomo LIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005.

RIBEIRO, Elmo Pilla. *O Princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. Porto Alegre: 1966 (no prelo).

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade civil*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROHWER, Claude D. SKROCKI, Anthony M. *Contracts in a Nutshell*. 5th Edition. West Group: ST. Paul, Minnesota, 2000.
- ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2ª ed. Milão: Editora Dott A. Giuffrè, 2011.
- SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 4.ª ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- SCHILLING, Arno. *A Ilicitude na Responsabilidade Civil Extra-Contratual*. 1964. 178 fls. Tese (Doutorado) para concorrer à Cátedra de Direito Civil – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre/RS.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. “Responsabilità contrattuale et extracontrattuale”. *In: Novissimo Digesto Italiano*. Vol. 15. Torino: Utet, 1968.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo Alla Teoria del Negozio Giuridico*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*. Torino: G. Giapichelli, 2010.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Vol. II (Obrigações em Geral). São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966.
- SOUZA, Adriano Stanley Rocha. “O meio ambiente como direito difuso e sua proteção como exercício da cidadania”. *In: Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Vol. 13, n. 25, 2010.
- SPINELLI, Luis Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na Sociedade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. 349 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

TAVARES, Fernanda Girardi. “Os instrumentos de equilíbrio contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: estudo da cláusula penal e da cláusula de não indenizar”. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pp. 360-399.

TAVARES, Fernanda Girardi. *Redução da cláusula penal: uma releitura baseada no perfil funcional*. Dissertação de mestrado. UFRGS, 2008. 159 f.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TZIRULNIK, Ernesto. CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B., PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro (2002)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas, 2014.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. Vol. II. 6.^a Ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Contratos em Espécie*. 13.^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VINEY, Geneviève ; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil : Les Conditions de la Responsabilité*. 2.^a ed. Paris: LGDJ, 1998.

VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité de droit civil: traité de droit civil*. 3^a ed. Paris: LGDJ, 2008.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: Les effets de la responsabilité*. 2^a ed. Paris: LGDJ, 1990.

VISINTINI, Giovanna. *Trattato Breve della Responsabilità Civile*. 2.^a ed. Padova: CEDAM, 1999.

WESENDONCK, Tula. *O regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação: uma proposta de interpretação do artigo 931 do Código Civil sob a perspectiva do direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. 8: do processo de execução, arts. 566 a 645. Ovídio Araújo Baptista da Silva (coord.). 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

Julgados:

Dominion Law Reports No. 35, p. 260, *Vipond v. Furness, Withy & Co.* Case. Supreme Court of Canada, December 30, 1916, disponível em: <http://beta.canlii.org/en/ca/scc/doc/1916/1916canlii588/1916canlii588.pdf>.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of Georgia. *Monitronics International, Inc. v. Veasley*. DILLARD, Judge. Decided July 16, 2013.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of New Mexico. *32,331 Centex/Worthgroup, LLC v. Worthgroup Architects, L.P.* KENNEDY, Judge. Decide September 10, 2015.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of the State of New York. Sommer v. Fed. Signal Corp. WACHTLER, Chief Judge. Decided May 12, 1992.

ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals; First Circuit. 907 F2d 1274 Eh Ashley Co Inc v. Wells Fargo Alarm Services. LEVIN H. CAMPBELL, Circuit Judge. Decided July 16, 1990.

STJ, 3ª T., AGRG no AREsp 486.194/BA, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 04/08/2015, DJe 14/08/2015.

STJ, 3ª T., REsp 1003429/DF, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Benetti, j. 28/04/2009, DJe 26/05/2009.

STJ. 2ª Seção. REsp 1033241/RS. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. J. 22/10/2008.

STJ. 3ª T. REsp 1281594/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. j. 22/11/2016.

STJ. 3ª T. REsp 822914/RS. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. J. 01/06/2006.

STJ. 4ª T. AgInt no REsp 1237376. Rel. Min. Marco Buzzi. J. 01/09/2016. DJe 08/09/2016.

STJ. 4ª T. AgRg nos EDcl no REsp 844186/RS. Min. Antônio Carlos Ferreira. J. 19/06/2012. DJe 29/06/2012.

STJ. 4ª T. RESP 107.426/RS. Rel. Min. Barros Monteiro. J. 20/02/2000. DJ 30/04/2001.

STJ. 5ª T. AgRg no REsp 813024/RS. Min. Gilson Dipp. J. 18/04/2006. DJe 08/05/2006.

STJ. AG 238307. Decisão Monocrática. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21/06/1999. DJe 29/06/1999.

STJ. RESP 1.076.465/SP. Quarta Turma. Rel. Min. Marco Buzzi. J. 08/10/2013. DJe 25/11/2013.

STJ. RESP 36.706/SP. 4ª T. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. 05/11/1996. DJ 09/12/1996.

STJ. RESP 39.082/SP. Segunda Sessão. Rel. Min. Nilson Naves. Rel. p/ Acórdão. Min. Fontes de Alencar. J. 09/11/1994. DJ 20/03/1995.

STJ. REsp 403.037/SP. 4ª T. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. j. 28/05/2002.

STJ. REsp 1.367.955/SP. 3ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 18/03/2014

STJ. REsp nº 1.533.146. Decisão monocrática. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 16/02/2017. DJe 24/02/2017.

TJDF. 5ª Turma Cível. Apelação Cível nº 2004011037284-5. Des. Rel. Romeu Gonzaga Neiva, j. 25/04/2007.

TJRS. 20ª Câmara Cível. Apelação nº 70051445054. Des. Rel. Carlos Cini Marchionatti, j. 19/12/2012.

TJSP. 1ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 9129816-67.2009.8.26.0000. Des. Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 26/08/2014.

TJSP. 33ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 992.08.053826-5. Des. Rel. Sá Duarte, j. 22/11/2010.

TJSP. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 9191408-83.2007.8.26.0000. Des. Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 02/10/2013.

TJSP. 9ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 9100281-69.2004.8.26.0000. Des. Rel. Antonio Vilenilson, j. 03/05/2011.

TJSP. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação Cível nº 0020226-28.2004.8.260053. Rel. Des. Torres de Carvalho. J. em 05/09/2013.

TJSP. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação Cível nº 0020226-28.2004.8.260053. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 05/09/2013.

TJSP. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação Cível nº 0132650-85.2012.8.26.0100. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 03/03/2016.

TJSP. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação Cível nº 0132650-85.2012.8.26.0100. Rel. Des. Torres de Carvalho, j. em 03/03/2016.

TJSP. 27ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n.º 9076929-43.2008.8.26.0000. Rel.ª Des.ª Berenice Marcondes Cesar, j. 10/04/2010.

TJSP. 27ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n.º 9076929-43.2008.8.26.0000. Rel.ª Des.ª Berenice Marcondes Cesar, j. 10/04/2010.

TJSP. 6ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n.º 1035142-88.2013.8.26.0100. Rel. Des. Vito Guglielmi. j. 02/10/2014.