

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

CAROLINA RABONI FERREIRA

A ADMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR E DA CLÁUSULA
LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR NUMA COMPARAÇÃO JURÍDICA ENTRE
OS ORDENAMENTOS BRASILEIRO E FRANCÊS

CURITIBA

2016

CAROLINA RABONI FERREIRA

A ADMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR E DA CLÁUSULA
LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR NUMA COMPARAÇÃO JURÍDICA ENTRE
OS ORDENAMENTOS BRASILEIRO E FRANCÊS

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações
Sociais, no curso de Mestrado em Direito, Programa de
Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

2016

À memória do meu amado avô Alfredo Silos Ferreira

AGRADECIMENTOS

Quando entrei no mestrado da Universidade Federal do Paraná não tinha a menor idéia do que me esperava pela frente. Emendando o final da faculdade com o início do mestrado, imaginava esta nova etapa como os sexto e sétimo anos de graduação – algo risivelmente equivocado.

A experiência vivida é sempre muito mais complexa do que a idealizada. É tão mais complexa que não pode ser reduzida, adequadamente, pelos símbolos que dominamos por meio da linguagem. Sua definição será sempre incompleta. Eis o que me impede de descrever, com um mínimo de precisão, o real significado de tudo que vivi no terceiro andar do Prédio Histórico da Santos Andrade.

Cada momento lá vivenciado, cada aula, cada seminário e cada ideia debatida nos corredores, com colegas e professores, contribuíram para a materialização deste trabalho, que é menos meu e muito mais do Programa de Pós-Graduação da nossa Casa.

Ficam de fato comigo, entretanto – e são a razão da minha maior gratidão –, o autoconhecimento e o crescimento pessoal. A dinâmica e o currículo do mestrado, que impõem a necessidade de adentrar a áreas que fogem ao nosso domínio, nos desafiam a sair das zonas de conforto e a encarar nossas fraquezas. Não é fácil, nem isento de angústias; mas tem importantes recompensas.

Quando me deparo, ao final de todo o percurso, com o resultado, o alívio vem acompanhado de um enorme sentimento de gratidão pela sorte – que prefiro chamar de graça – de ter sido contemplada com essa oportunidade.

Agradeço em primeiro lugar, portanto, à energia que lá em 2013 me soprou a ideia de tentar o ingresso no mestrado, e que, não só lá, mas em todos os momentos desse ciclo, me manteve resignada a seguir, mesmo diante das adversidades que me faziam duvidar o caminho.

Essa mesma energia, aliás, certamente foi a responsável por interseccionar o meu trajeto com o de tantas pessoas maravilhosas, que não foram menos importantes nessa jornada.

Começo pelo meu querido orientador, Professor Rodrigo Xavier Leonardo, cujas palavras de confiança e incentivo foram tão confortantes em momentos em que a insegurança e a incerteza tomavam conta da razão. O apoio e a paciência despendidos pelo Professor extrapolam em muito o que se exige de um orientador.

Agradeço, assim, de todo o meu coração, pelas inúmeras lições, e pela inspiração que desde 2009 me direcionou ao estudo do Direito Civil.

Agradeço também aos demais Professores integrantes do Programa de Pós-Graduação, pelas contribuições diretas e indiretas de cada um, em especial ao Professor Luiz Fernando Lopes Pereira.

Meus sinceros agradecimentos à Professora Maria Cândida do Amaral Kroetz e ao Professor Luiz Osório Moraes Panza, pela disponibilidade e generosidade em ler meu trabalho e compor a banca de avaliação.

À minha avó Matilde, agradeço pela preocupação, pelas orações, pelo aconchego da sua casa e da sua cama nas sonecas rápidas após o almoço, pelos agrados e mimos, pelas histórias e as memórias com que sou presenteada desde tão pequena. Agradeço pela leveza que me traz e por me mostrar que a simplicidade e a bondade são o caminho certo a seguir.

À minha avó Aozonia, agradeço também pelo carinho, pelo sincero interesse neste trabalho e em todos os outros. Agradeço pelas conversas, pelos conselhos e lições, pela enorme paciência e pela capacidade de pacificar sentimentos às vezes tão duros. A nossa convivência diária foi, sem dúvida, fundamental neste trajeto.

Agradeço à minha irmã Marina pelas energias tão positivas que sempre me manda, e pelas palavras reconfortantes nos momentos de desânimo. A conclusão deste trabalho não teria sido possível sem você, que mesmo à distância foi tão presente e importante em todos os momentos. Fico emocionada só de lembrar a sua alegria quando contei do término da dissertação. Saiba, aliás, que foi pra ver esta alegria que me motivei a terminá-la.

Aos meus pais, Alfredo e Sonia, meu mais profundo agradecimento por todo o suporte proporcionado, pelo incentivo, por acreditarem em mim quando eu mesma não acreditava. Agradeço, em especial, pelas sábias escolhas que fizeram por mim quando eu ainda não podia fazê-las. O final deste ciclo só demonstra que todas elas foram acertadas, especialmente porque me direcionaram ao caminho da felicidade. Obrigada, de todo o meu coração, por dedicarem a vida a isto. Vocês são meu exemplo e meu referencial.

Agradeço também aos meus estimados colegas de trabalho, Fernando Muniz Santos, Rodrigo Muniz Santos, André Tubiana, Camila Forigo, Rodrigo Vicentini, Marlene Joris e Eduardo Figueiredo, por todo o apoio durante este

conturbado período que foi o mestrado. Agradeço por terem me possibilitado uma jornada reduzida que fosse compatível com a dedicação à dissertação. Dedico especial agradecimento ao Fernando Muniz, com quem trabalho mais diretamente, pela compreensão e tolerância sobre minha ausência (mesmo em momentos mais agitados), pelo incentivo, pelas lições diárias e pelo exemplo de grande profissional.

À Camila Forigo, agradeço pelo companheirismo diário e pela abertura em compartilhar as angústias e alegrias do mestrado.

À Lygia Copi, devoto meu agradecimento pela paciência e pelas palavras sempre tão carinhosas. O mestrado foi frutífero em muitos aspectos, mas em particular por propiciar a nossa aproximação. Sou muito feliz por podermos encerrar essa etapa juntas e certas de que foi só o início de uma grande amizade.

Às minhas amigas da vida inteira, Amália Baki e Giliane Marek, agradeço pela presença constante, pelas conversas e confidências tão sinceras. O conforto dos nossos encontros foi fundamental para suavizar a rigidez desse percurso.

Agradeço também às minhas amigas da graduação, Luisa Meister, Marina Shinmi, Poliana Szernek, Renata Acosta, Jessica Malucelli, Helena Castilho e Camila Makarauski. Vocês são irmãs que carrego no coração, e sou muito grata por ver que nossa amizade vem resistindo ao tempo e à distância.

Agradeço, ainda, à bibliotecária Paula Carina de Araújo, pela pesquisa bibliográfica e pela atenção tão especial com que sempre me atendeu, e aos estimados secretários do Programa de Pós-Graduação.

Jamais poderia deixar de agradecer, por fim, ao meu amor Bruno Haiduk. Agradeço por tanto, que nem sei dizer. Sem a sua calma e serenidade, as crises de desespero teriam me levado a desistir. O desânimo teria me vencido se você não estivesse ao meu lado lembrando os nossos planos para quando tudo acabasse. O cansaço teria sido insuportável sem seus mimos, suas comidinhas especiais e sua companhia, que mesmo quando silenciosa, foi sempre a melhor de todas. Obrigada pela sua tranquilidade, pela sua paciência e por cuidar de mim com tanto carinho.

*“Pelo sonho é que vamos
comovidos e mudos.
Chegamos? Não chegamos?
Haja ou não haja frutos,
pelo sonho é que vamos.
Basta a fé no que temos.
Basta a esperança naquilo
que talvez não teremos.
Basta que a alma demos,
com a mesma alegria,
ao que desconhecemos
e ao que é do dia a dia.
Chegamos? Não chegamos?
- Partimos. Vamos. Somos”*

Sebastião da Gama – “Pelo
sonho é que vamos”

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a análise da admissibilidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar, numa perspectiva comparada entre os sistemas jurídicos brasileiro e francês. Tratou-se, inicialmente, sobre os contornos contemporâneos da responsabilidade civil, a fim de compreender o processo que culminou na busca por mecanismos de exceção da regra legal geral de reparação de danos, para, após, adentrar à análise das designações e conceituações dessas cláusulas, propriamente. Uma vez delineadas ambas as cláusulas, e acentuadas as suas particularidades em relação a outros institutos com finalidades similares, foram então abordados os lindes fundamentais dos princípios do direito contratual contemporâneo, tendo em vista que, por se tratarem as cláusulas em análise de um singular instituto contratual, também sua admissibilidade se submete ao regramento próprio do direito dos contratos. Feito isso, o último capítulo se dedicou à descrição das condições de validade e eficácia eleitas pela doutrina e jurisprudência, de ambos os ordenamentos em comparação, dando enfoque, ao final, às particularidades dessas cláusulas quando inseridas nos contratos denominados paritários.

Palavras-chave: Cláusula de não indenizar. Cláusula limitativa do dever de indenizar. Validade. Eficácia. Admissibilidade.

RÉSUMÉ

L'objet de ce travail est l'analyse de l'admissibilité de la clause d'irresponsabilité et de la clause limitative de responsabilité, dans une perspective comparative des systèmes juridiques français et brésilien. Nous discutons d'abord des contours contemporains de la responsabilité civile, dans le dessein de comprendre le processus qui a abouti à la recherche de mécanismes d'exception à la règle générale de réparation de dommages, avant de considérer ensuite l'analyse même des désignations et conceptualisations de ces clauses. Une fois délinéées les deux clauses, et soulignées leurs particularités au regard d'autres instruments juridiques à buts similaires, nous abordons les limites fondamentales des principes du droit contractuel contemporain, ayant en vue que, s'agissant, pour les clauses en discussion, d'un instrument juridique contractuel singulier, son admissibilité est également soumise aux règles propres au droit des contrats. Le dernier chapitre est alors dédié à la description des conditions de validité et efficacité élues par la doctrine et jurisprudence, des deux ordres juridiques en comparaison, dans le but d'évaluer l'admissibilité des conventions sur la responsabilité/irresponsabilité, en particulier face aux contrats dits paritaires.

Mots clés: Clause d'irresponsabilité. Clause limitative de responsabilité. Validité. Efficacité. Admissibilité.

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
RÉSUMÉ.....	8
1 INTRODUÇÃO.....	10
2 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A COMPARAÇÃO JURÍDICA E SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTORNOS ESSENCIAIS DO OBJETO.....	13
2.1 O ESCOPO E O(S) MÉTODO(S) DA COMPARAÇÃO JURÍDICA.....	13
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA: O CONTEÚDO DA CONVENÇÃO DE MODULAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR.....	17
2.2.1 A responsabilidade civil contemporânea: contornos gerais.....	19
2.2.2 O princípio da reparação integral.....	42
3 AS CLÁUSULAS EXONERATÓRIA E LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR E O CONTEXTO NORMATIVO DE SUA FUNDAMENTAÇÃO.....	52
3.1 TERMINOLOGIA, CONCEITUAÇÃO E DIFERENCIAÇÃO DE OUTROS INSTITUTOS SIMILARES.....	52
3.1.1 A cláusula de não indenizar.....	52
3.1.2 A cláusula limitativa do dever de indenizar.....	59
3.2 FUNDAMENTO ORIGINAL DAS CLÁUSULAS DE MODULAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR: a autonomia da vontade da modernidade liberal.....	67
3.3 OS CONTEMPORÂNEOS PRINCÍPIOS DA ORDEM CONTRATUAL E A (APARENTE) CRISE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS CLÁUSULAS SOBRE O DEVER DE INDENIZAR.....	77
3.3.1 O equilíbrio contratual, a boa-fé e a função social do contrato: contornos essenciais.....	81
4 AS CONDIÇÕES DE VALIDADE E EFICÁCIA DAS CLÁUSULAS DE MODULAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR COMO PRESSUPOSTOS DE SUA ADMISSIBILIDADE.....	90
4.1 AS CONDIÇÕES DE VALIDADE E EFICÁCIA DAS CLÁUSULAS EXONERATÓRIA E LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR NO DIREITO BRASILEIRO.....	91
4.1.1 A admissibilidade das cláusulas no ordenamento brasileiro, diante das condições de validade e eficácia abordadas.....	105
4.2 AS CONDIÇÕES DE VALIDADE E EFICÁCIA DAS CLÁUSULAS EXONERATÓRIA E LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR NO DIREITO FRANCÊS.....	108
4.2.1 A admissibilidade das cláusulas no ordenamento francês, diante das condições de validade e eficácia abordadas.....	119
4.3 AS CLÁUSULAS EXONERATÓRIA E LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR NOS CONTRATOS PARITÁRIOS: exercício da autonomia privada para a alocação do risco.....	122
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	132
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	138

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil está entre os âmbitos do Direito mais sensíveis às alterações sociais e econômicas. Reflete, de modo muito peculiar, as expectativas da comunidade sobre o Direito, enquanto meio de resolução de conflitos e de promoção da paz social.

Em tempos de transformações tão rápidas e intensas, potencializa-se a necessidade de adaptação do instituto da responsabilidade, a fim de que não se torne instrumento obsoleto ao atendimento eficiente das demandas nele fundadas, cada dia mais frequentes.

Ápice do desenvolvimento industrial e tecnológico, fenômeno que impulsionou o grande alargamento dos acidentes e riscos de toda sorte, o momento atual é marcado por uma responsabilidade civil ampla, que pretende abarcar o maior número de situações e tutelar, tanto quanto possível, as vítimas dos danos.

A acepção clássica da responsabilidade, fundada em um direito privado patrimonialista, transmutou-se significativamente para se adaptar ao valor que agora está no cerne da preocupação jurídica: a pessoa humana e sua dignidade.

As múltiplas posições da pessoa, e as inúmeras facetas que sua dignidade pode assumir desafiaram a concepção tradicional da responsabilidade, demonstrando a insuficiência de um modelo taxativo de direitos, tal qual o fundado na teoria do direito subjetivo, para albergar e tutelar as vítimas de danos com dimensões extrapatrimoniais.

O abrandamento dos requisitos clássicos da responsabilidade civil, inicialmente proposto pela doutrina e paulatinamente adotado pela jurisprudência, mostrou-se uma medida necessária para um melhor atendimento das expectativas de um tempo em que os danos são múltiplos, são anônimos e afetam direta ou reflexamente direitos centralmente protegidos pelo ordenamento.

Não obstante os ganhos sociais desse processo, ele não foi isento de contrapartidas. O objetivo de facilitar o acesso das vítimas às devidas reparações foi atingido com maestria; mas trouxe, na contramão, tamanho alargamento no âmbito de incidência da responsabilidade civil e no número de demandas indenizatórias, a ponto de se questionar sobre a banalização do instituto.

Sem a rigidez dos seus filtros clássicos, o acesso à reparação foi facilitado a tal ponto que os tribunais se viram abarrotados de ações indenizatórias, tendo por objeto a defesa de “bens” antes jamais imaginados como passíveis de violação.

A gigantesca expansão da responsabilidade passou, então, a ameaçar o desenvolvimento de atividades produtivas, notadamente as que envolvem algum grau de risco – já que o risco, agora, é elemento suficiente à qualificação de condutas causadoras de danos. O prejuízo, aqui, também acabaria recaindo sobre o corpo social, notadamente porque afeta a continuidade do desenvolvimento econômico e mesmo o abastecimento das necessidades sociais mais básicas.

Estava posta, então, uma evidente dicotomia: de um lado, o valor social da responsabilidade civil, que na sua amplíssima acepção contemporânea visa atender as numerosas vítimas de danos, que têm facilitada a demonstração dos seus direitos pelos diversos expedientes criados com o processo de flexibilização dos filtros tradicionais da responsabilidade; de outro, a preocupação com a manutenção de um ambiente econômico saudável à continuidade e evolução do desenvolvimento de atividades produtivas, mediante o estímulo à livre iniciativa.

Deste antagonismo surgem, então, mecanismos de conciliação, tais como as cláusulas de afastamento e de limitação do dever de indenizar.

Referidas convenções têm por objeto a alteração concreta do regime legal da responsabilidade civil, notadamente diante da responsabilidade contratual. Mais precisamente, afastam a aplicabilidade automática do princípio da reparação integral, e instituem regime de reparação mais favorável à racionalidade econômica desenhada pelo escopo contratual.

As cláusulas de não indenizar ganharam maior espaço e aceitação a partir do final do século XIX e início do século XX, quando foram inicialmente previstas em algumas legislações especiais. Fruto do exercício da autonomia privada, eram inicialmente aceitas com poucas restrições, eis que a própria autonomia não deveria ser demasiadamente limitada.

Sua aceitação isenta de qualquer questionamento não sobreviveu por muito tempo, entretanto. O direito dos contratos, tal qual a responsabilidade civil, foi objeto de significativas alterações nos últimos cem anos.

A derrocada dos valores liberais, com a paulatina inclusão de princípios sociais, retirou da autonomia privada e dos demais princípios clássicos do direito

contratual o grau de intocabilidade de que gozavam até então, impondo restrições marcantes e instituindo novos princípios, de observância cogente.

A validade e a eficácia das cláusulas sobre o dever de indenizar restaram significativamente afetadas pelo novo contexto principiológico obrigacional e contratual. Essas cláusulas passaram a ser objeto de severas dúvidas, não sendo raros os autores, que diante dessa nova conjuntura, professaram sua absoluta inadmissibilidade.

A dicotomia antes mencionada, entretanto, se mantém. E as cláusulas aqui em estudo, ainda que não disciplinadas genericamente pela legislação civil, foram incorporadas à prática contratual contemporânea. Fazem parte da realidade cotidiana e, em regra, se prestam a conciliar os valores aparentemente antagônicos que, na origem, lhes deram justificação.

É diante dessas premissas que o presente trabalho se coloca.

Tendo por pressuposto a presença marcante dessas cláusulas na prática contratual, o escopo por elas buscado, e os valores e princípios gravados no ordenamento contemporâneo, tanto em matéria contratual como em responsabilidade civil, cumpre analisar se se tratam de institutos juridicamente admissíveis, ou se as posições, não raras, que sustentam sua inadmissibilidade, são as mais coerentes ao estágio atual do direito privado.

2 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A COMPARAÇÃO JURÍDICA E SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTORNOS ESSENCIAIS DO OBJETO

2.1 O ESCOPO E O(S) MÉTODO(S) DA COMPARAÇÃO JURÍDICA

Empreender um estudo de direito comparado, embrenhar-se em outros sistemas e em outros ordenamentos jurídicos não é tarefa fácil ou simples de ser executada, seja pelas premissas teóricas deste específico ramo da ciência jurídica que se precisa dominar, seja pela língua distinta¹ de cada ordenamento a ser enfrentado, ou então pelos fatores e aspectos extra-jurídicos de toda sorte, especialmente sociais e culturais que, com maior ou menor peso, influenciam significativamente na compreensão do dado jurídico abordado.

É por isso que, como em poucos âmbitos de investigação científica, a pesquisa juscomparatista não pode prescindir de um vigoroso comprometimento com a técnica e o método, sob pena de, negligenciando rigor ao *modus* de comparar, resultar em qualquer outra coisa que não um verdadeiro estudo de direito comparado.

Não é difícil encontrar nas bibliotecas e livrarias obras, das mais diversas disciplinas do direito, que se intitulam comparativas, mas que não passam de análises superficiais do direito estrangeiro. No mais das vezes, citam unicamente disposições pontuais da legislação estrangeira – e, com frequência, de inúmeros países em uma mesma obra – e forçam conclusões sobre um fenômeno jurídico, descontextualizada e anacronicamente. São fruto, em larga escala, do relaxamento com a técnica e com o método; e isto lhes custa, quase sempre, o (des)valor científico.

Aqui, tendo por superada a discussão sobre a cientificidade da análise comparada² – a qual é tida como pressuposto e condição fundante deste estudo – o

¹ Sobre os problemas de tradução, que podem ser oriundos da língua ou dos direitos em comparação, conferir: SACCO, Rodolfo. Introdução ao direito comparado. Tradução: Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

² Rodolfo Sacco, na obra antes mencionada, abordou as diferentes opiniões a respeito da cientificidade do direito comparado. Analisou desde as posições que entendem que o direito

empenho metodológico é preocupação central, a justificar, inclusive, esta exposição inicial das premissas que nortearão a exposição que se seguirá.

O objeto de análise, como se nota do título do trabalho, são as cláusulas sobre o dever de indenizar; mais precisamente a cláusula de não indenizar e a cláusula limitativa do dever de indenizar.

O foco, portanto, está em um singular instituto do direito dos contratos, que versa sobre matéria de responsabilidade civil, e que, aqui, figura como o *tertium comparationis*, na terminologia de Luís Fernando Sgarbossa e Geziela Jensen³. O *comparatum*, por sua vez, será o direito brasileiro, sistema no qual a pesquisadora está inserida, e o *comparandum* será o direito francês, de origem sistêmica comum ao ordenamento brasileiro⁴.

Por se tratar o objeto de análise de um instituto, resta de antemão evidenciado que o trabalho se constitui em uma *microcomparação*⁵. O foco recairá sobre as características de constituição do específico objeto em cada um dos modelos em comparação, e, especialmente, *do espaço de admissibilidade jurídica deste conteúdo* diante das peculiaridades de cada modelo.

Ainda que a compreensão do problema proposto – a admissibilidade jurídica das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar – exija se perpasse por pontos mais genéricos e estruturantes do sistema dentro do qual os ordenamentos

comparado seria simples método de pesquisa, até aquelas que entendem se tratar de disciplina com autonomia e que visa à unificação do direito, ou à melhor compreensão dos povos, ou, ainda, ao aprimoramento dos ordenamentos nacionais pela importação de modelos estrangeiros dotados de alguma superioridade. Não entrando no mérito da adequação ou inadequação dessas posições, adere-se àquela defendida pelo referido autor, que vê no direito comparado uma ciência, propriamente, com o escopo de buscar conhecimento sobre os dados que compõem seu objeto central. Em suma, como afirma Rodolfo Sacco, “a comparação, como qualquer ciência, e enquanto tal, visa adquirir dados teóricos, independentemente de ulteriores utilizações destes dados”. (SACCO, Rodolfo. Introdução ao direito comparado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 43).

³ SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela; FABRIS, Sergio Antonio (Livreria Jurídica). Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008, p. 183.

⁴ Ibidem, p. 183.

⁵ Segundo Luís Fernando Sgarbossa e Geziela Jensen, enquanto a macrocomparação seria a análise dos sistemas de direito de bases distintas (por exemplo, a análise dos elementos gerais que diferenciam a common law da civil law), a microcomparação jurídica seria o estudo de um instituto de direito, específico e determinado, e suas características principais dentro dos ordenamentos eleitos à comparação. A microcomparação, portanto, foca no instituto e, no mais das vezes, sob uma perspectiva funcionalista, que busca compreendê-lo enquanto instrumento dado a especial finalidade dentro da comunidade jurídica em análise (SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela, op. cit., p. 142 e seguintes). Rodolfo Sacco, por sua vez, dá outra definição aos termos macrocomparação e microcomparação. Nas suas palavras, “a amplitude das distâncias que ocorrem entre os sistemas estudados pode variar. Isto fez opor uma macrocomparação (que se ocupa de sistemas pertencentes a famílias diversas) a uma microcomparação (que se ocupa de sistemas pertencentes a uma mesma família)”. (SACCO, op. cit., p. 47).

em comparação estão inseridos (a denominada *civil law*), o foco, ou melhor, o fim não será descrever e compreender essa estrutura, puramente.

Portanto, eventuais análises estrutural-comparativas, próprias de uma abordagem *macrocomparatista*, devem ser lidas como instrumental para possibilitar e facilitar o desenvolvimento da análise micro e do problema antes delimitado: a admissibilidade jurídica das ditas cláusulas sobre o dever de indenizar.

Mas falar de microcomparação e dos seus aspectos característicos não encerra a definição metodológica, senão trata da questão em sentido *lato*. É preciso ainda *medir* o aprofundamento da comparação, definindo e elegendo os elementos a serem comparados para cumprir com a proposta de análise. E, neste contexto, a metodologia *stritu sensu* será a funcional-comparativa⁶, entendida como meio dinâmico a possibilitar o destrinchar do problema-objeto.

Nesta ordem dos fatos, a dúvida que pode surgir é: se o objeto é a análise de um instituto – as cláusulas sobre o dever de indenizar – como proceder a uma abordagem funcionalista? A respeito, parece válido elucidar que, não obstante sejam as cláusulas o instituto escolhido, o objeto da pesquisa, propriamente, é o *problema da admissibilidade jurídica* dessas cláusulas dentro dos ordenamentos brasileiro e francês.

O que se pretende, em última análise, é apreciar e descrever o espaço de possibilidade da modulação convencional da consequência da responsabilidade civil (o dever de indenizar) nos contextos jurídicos dos ordenamentos em questão; daí a pertinência da perspectiva funcional-comparativa, cuja utilidade é bem descrita pelas palavras elucidativas de Sgarbossa e Jensen:

A segurança quanto aos resultados [do método comparativo-funcional] deve-se ao fato de que, diferentemente de outros métodos, o funcional não parte da regra ou instituto, ou mesmo do sistema. Antes, procede a uma investigação concreta essencialmente *empírica*, acerca das soluções preconizadas por cada sistema jurídico para uma dada situação fática concreta.⁷

Mais adiante, e valendo-se das lições de Marc Aancel e de Pier Giuseppe Monateri, Sgarbossa e Jensen expõem sobre os lindes do método funcional:

Parte do caso (i.e., do problema e de sua solução) e não da norma, desenvolve-se como uma pesquisa sócio-jurídica, pelo que leva em

⁶ SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 200.

⁷ Ibidem, p. 196.

consideração uma miríade de fatores metajurídicos (ou melhor, metanormativos), como aqueles de ideologia, tradição, sistema político, sistema econômico, peculiaridades sócio-culturais, moral social, etc., ressaltando, portanto, a interdependência das ciências humanas e devolvendo a necessária interdisciplinaridade à ciência jurídica⁸.

O que se procurará, em última análise, é verificar se, no Brasil e na França, são admitidas as convenções privadas de modulação do dever de indenizar, em especial diante dos contratos paritários (conforme será adiante especificado), analisando a gama de argumentações e fatores abordados no juízo de aceitação ou não aceitação dessas cláusulas.

Em vias de conclusão, ademais, buscar-se-á abordar criticamente a coerência das posições encontradas em ambos os ordenamentos jurídicos, e descritas ao longo da pesquisa, o que dará, em última análise, a feição comparativa do trabalho.

A análise, portanto, não centralizará apenas o instituto, mas antes o *problema* da modulação privada da consequência da responsabilidade civil, descrevendo as posições sustentadas pela sua admissibilidade positiva ou negativa, e as respectivas justificativas, em uma análise crítica dos contextos contemporâneos dos ordenamentos em comparação.

Como dito logo no início, desenvolver um estudo de direito comparado não é ofício fácil, porque não pode ser superficial. Mas é, sem qualquer dúvida, recompensador.

A recompensa não vem, necessariamente, de um escopo prático imediato, de uma (utópica) melhor compreensão dos povos, ou, ainda, da unificação do direito na matéria objeto da comparação⁹. A simples conclusão de uma comparação jurídica, ainda que importante, não parece ter esse potencial imediato.

A recompensa vem, isso sim, do crescimento do espírito científico pelo expressivo conhecimento que se obtém de um sistema ou de um ordenamento; e, acima de tudo, da abordagem crítica em que resulta, e das possibilidades de

⁸ SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 196.

⁹ Neste ponto, há que se remeter, novamente, à obra de Rodolfo Sacco. Logo no início da sua *“Introdução ao Direito Comparado”*, o autor afirma sua posição sobre o escopo científico do direito comparado, refutando finalidades mais pretensiosas, como uma melhor compreensão entre povos, uma concordância de modelos ou a unificação do direito. Ainda que considere o direito comparado como instrumental que, a depender do caso, pode auxiliar nestas questões, não aceita a afirmação de que estes seriam, isolada ou conjuntamente, seu escopo principal, o qual, na sua opinião, é essencialmente científico. (SACCO, 2001, p. 33 e seguintes).

desenvolvimento da cultura jurídica. E é esta recompensa, puramente científica, que impulsiona e justifica o empreendimento comparatista.

Conhecer, *de fato*, o direito, ou os direitos, na designação de René David¹⁰, deve significar conhecê-lo(s) criticamente. A análise acrítica é dispensável, não só porque quase nada agrega, mas porque permite a manutenção de idéias e símbolos puramente formais, que, por esta qualidade, oprimem, já que desconectados das expectativas das comunidades simultaneamente fundadoras e destinatárias do Direito.

Somente a análise crítica permite o caminhar do Direito no sentido destas expectativas, estreitando a distância que o estudo “burocrático e literal”, em larga escala ainda ministrado, impõe entre o direito e a justiça.¹¹ E a comparação jurídica, juntamente a outros mecanismos, parece ser instrumental competente para tanto.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA: O CONTEÚDO DA CONVENÇÃO DE MODULAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR

As cláusulas sobre o dever de indenizar, objeto deste trabalho, têm natureza contratual, ou melhor, forma contratual. Seu conteúdo, por sua vez, é a modulação da consequência da responsabilidade civil. Intersecciona, portanto, duas disciplinas centrais do direito das obrigações.

Assim é que compreendê-las, a ponto de responder satisfatoriamente ao problema de sua admissibilidade nos ordenamentos em comparação, impõe a

¹⁰ DAVID, René. Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹¹ É o que expõe Pietro Perlingieri, ao analisar as significativas alterações na mentalidade jurídica moderna e contemporânea e suas principais consequências para a “justiça civil” e a cultura jurídica. Em certa passagem, no tópico que intitulou “a justiça derrotada”, abordou os problemas que ainda distanciam direito e justiça, enfatizando a ausência de crítica científica como elemento relevante neste distanciamento: “*As épocas de decadência moral e civil são aquelas nas quais a justiça civil é a grande derrotada. E a esperança desaparece somente se também a inteligência for completamente envolvida no transformismo acrítico e de conveniência, perdendo o gosto e a legitimação à contribuição crítica e autocrítica. (...) A derrota da Justiça poderá ser evitada somente se também a classe dos juristas souber estar à altura de uma incumbência de base renovadora, nos métodos e nos conteúdos, mas, sobretudo, no estilo, redescobrimdo as razões de um compromisso. O poder da pesquisa e da formação deve assumir a consciência de não ser socialmente inferior àquele da informação*”. (Sem grifos no original). (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 23-24).

compreensão do desenvolvimento que culminou na contemporânea racionalidade dos âmbitos normativos do direito dos contratos e da responsabilidade civil.

Destarte, nos subitens que seguem neste capítulo introdutório, procurar-se-á refletir sobre o desenvolvimento da disciplina da responsabilidade civil até desembocar na sua imagem e configuração contemporânea.

A exposição enfocará, em especial, as principais discussões que vêm acenando para mudanças significativas na estrutura clássica de configuração da responsabilidade civil, apontando os fatores que, em última medida, foram fundamentais ao alargamento da utilização das cláusulas sobre o dever de indenizar e também ao seu estudo pela doutrina.

Serão também abordados, ainda que com brevidade (ante a enorme complexidade que redundava o tema, e que poderia tomar as rédeas de todo o trabalho, se essa fosse a intenção) os principais apontamentos sobre o princípio da reparação integral, em razão da sua centralidade nos sistemas de responsabilidade aqui abordados e, principalmente, devido ao fato de ser o objeto de exceção ou limitação quando da estipulação das cláusulas aqui em análise.

Cabe, ainda, mais uma breve advertência explicativa.

A discussão sobre a admissibilidade das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar perpassa também, como é curial, sobre condições e quesitos de validade e eficácia próprias do direito dos contratos, o que exige se analise também este âmbito do direito obrigacional. Isto será feito a partir do próximo Capítulo deste trabalho.

A escolha que se fez pela inclusão da abordagem da responsabilidade civil na parte introdutória do trabalho se justifica por ser a disciplina sobre o conteúdo das cláusulas de modulação do dever de indenizar, e que influenciou diretamente sobre o surgimento dessas figuras como efeito de um determinado estágio de desenvolvimento.

Para se chegar à análise das condições de validade e eficácia próprias do direito dos contratos, necessário que se compreenda, de antemão, o contexto que impulsionou a formação do instituto, possibilitando, ao final do trabalho, chegar a uma conclusão acerca da aceitação da possibilidade de derrogação da aplicação automática das normas relativas à responsabilidade civil, para se convencionar um regime privado de reparação de danos em uma dada relação contratual.

A abordagem, ademais, não é despropositada. O núcleo da divergência nas posições dos autores que se debruçaram sobre o tema, notadamente acerca de admissibilidade ou inadmissibilidade jurídica das cláusulas de não indenizar, está em definir se o efeito delas atinge, ou não, matéria de ordem pública – a responsabilidade civil –, definição que dirá, então, se o dever de reparação, enquanto consequência da responsabilidade civil, é ou não passível contratação.

Em suma, essas instigantes posições veiculadas nos diversos espaços de apreciação do valor dessas cláusulas parecem ser, verdadeiramente, o motivo que, associado à lacuna normativa no seu tratamento, ainda mantém as cláusulas sobre o dever de indenizar numa posição de severa dúvida de possibilidade e admissibilidade jurídica.

Em última análise, ainda que não seja raro sustentar a inadmissibilidade dessas cláusulas com fundamento em princípios e máximas próprios do direito dos contratos, a essência das críticas, ou a mais forte delas, reside no mencionado argumento da ordem pública, que põe em xeque a possibilidade de derrogação, pelas partes, do regime legal genérico da responsabilidade civil, ou mais precisamente do princípio da reparação integral.

Eis a razão, portanto, de se entender apropriado analisar essa disciplina da responsabilidade neste capítulo introdutório.

2.2.1 A responsabilidade civil contemporânea: contornos gerais

Originariamente¹², a responsabilidade civil era definida como a imputação do dever de indenizar ao sujeito que, por ação ou omissão, a título culposos, violasse direito subjetivo de outrem, causando-lhe dano¹³.

¹² A responsabilidade civil surge enquanto tal no período moderno, quando, por um lado, se distancia do sistema de vingança coletiva, dominante da idade média, e, por outro, se torna autônoma em relação à responsabilidade penal. Em coerência ao momento de proteção da liberdade individual do sujeito, valor central no início da era moderna, a criação de um sistema próprio de responsabilidade civil se mostrou necessário à concretização do objetivo de superação do modelo corporativista anterior, em processo bem descrito por Anderson Schreiber: *“Para a tarefa de controle da liberdade individual, mostravam-se impróprios os sistemas de responsabilidade coletiva e vingança familiar, que predominaram no Médio europeu, já que, ao transcender em suas consequências a esfera de cada indivíduo, constituíam a verdadeira antítese do binômio liberdade-responsabilidade dos juristas modernos. Igualmente inconveniente mostrava-se o sistema de responsabilidade delitual, que havia gradualmente substituído a responsabilidade coletiva em favor de uma responsabilidade individual do*

A definição é genérica, mas já permite aferir as principais características da estrutura dita clássica da responsabilidade civil: a) a ocorrência de um *dano* causado por um sujeito, diretamente, ou por outra pessoa ou coisa sob sua guarda, a outrem; b) a verificação de um aspecto subjetivo direcionado ao cometimento da conduta, por parte do ofensor, qualificado como *culpa*; e c) o estabelecimento de um *nexo de causalidade* entre ato causador e dano sofrido¹⁴.

Tratam-se estes elementos, na denominação de Anderson Schreiber, dos *filtros clássicos* à reparação, os quais, durante considerável interregno, condicionaram estritamente os juízos de reparabilidade de danos, tanto no Brasil como em outros ordenamentos, como também no caso francês.

Esta configuração remete, dogmaticamente, ao fundamento principal dos sistemas codificados de direito privado do século XIX, o qual, no âmbito da responsabilidade civil, não foi menos importante: *a relação jurídica*. Este instituto, denominado por Carl Larenz de *relação jurídica fundamental*¹⁵, é a estrutura basilar nos sistemas codificados de direito privado dos ordenamentos de origem romano-germânica, e tomada como a fonte de surgimento de posições jurídicas ativas e passivas, como direitos, deveres, obrigações, sujeições, ônus, em paralelo (e em observância) à lei.¹⁶

autor de delito, mas que se mostrava excessivamente preso à delimitação típica de delitos e penas, muitas vezes de natureza corporal. Daí a necessidade de construção de um sistema de responsabilidade moderno, puramente civil, desvinculado da tradição medieval, e fundado não na violação de normas penais expressas, mas no ilegítimo exercício da liberdade individual, identificado, desde logo, e de forma exclusiva, com a noção de culpa.” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 12-13).

¹³ A respeito da configuração do fato jurídico decorrente da responsabilidade civil, pertinente transcrever as elucidativas palavras de Arnaldo Wald: “*A caracterização da obrigação de indenizar exige a configuração de uma série de elementos constitutivos. Sob um prisma normativo, eles podem ser vistos como o suporte abstrato do dever de reparar, sem o qual não é possível cogitar da aplicação das normas que compõem o sistema de proteção do ordenamento civil. Doutrinariamente, esses elementos podem ser classificados em essenciais e especiais. A distinção reside na necessidade ou não da sua presença nas mais variadas matizes que permitem a configuração da obrigação de indenizar.*” (WALD, Arnaldo. *Direito civil: responsabilidade civil*, vol. 7. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77). A explicação do autor, como se nota, é coerente ao contexto e à configuração contemporânea da responsabilidade, desvinculando-a da teoria do abuso de poder e do ato ilícito, por pressupor a culpa como elemento especial, e não essencial. Independentemente disso, a definição também parece adequada para o contexto originário da responsabilidade civil, de que se está a tratar nesse ponto inicial do trabalho.

¹⁴ Neste sentido, Agostinho Alvim: “*Os requisitos ou pressupostos da obrigação de indenizar são três: o prejuízo, a culpa e o nexo causal.*” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações de suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955, p.194).

¹⁵ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993, p. 56.

¹⁶ A respeito das situações subjetivas “ativas e passivas” e sua relação com a relação jurídica, conferir PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

A responsabilidade civil, nesta toada, nada mais seria do que fruto ou eficácia de uma singular relação jurídica, nos moldes delineados pelos códigos oitocentistas¹⁷. A sua peculiaridade enquanto obrigação jurídica está não só nos seus singulares elementos de configuração, mas no seu caráter de subsidiariedade, isto é, de seu nascimento condicional.¹⁸

Foi este caráter que lhe rendeu a qualificação de relação jurídica secundária, dado que o seu surgimento, sua existência jurídica somente ocorre quando um dever primário – que pode ser objeto de um instrumento contratual, ou, na ausência deste, corresponde ao dever geral de não violar direito de outrem (*neminem laedere*) –, é descumprido.

Sinteticamente, a responsabilidade enquanto relação secundária¹⁹, ou subsidiária, tem gênese no momento patológico do descumprimento de um dever originário²⁰, o que, de antemão, evidencia as suas qualidades de subsidiariedade e também de eventualidade – o descumprimento da obrigação primária é um evento possível, mas não necessário. Pertinente, a respeito, colacionar a precisa explicação de Sérgio Cavalieri Filho:

(...). Em sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de

¹⁷ A respeito, pertinente a elucidativa explicação de Silvio Neves Baptista: “Responsabilidade civil é a relação obrigacional decorrente do fato jurídico dano, na qual o sujeito do direito ao ressarcimento é o prejudicado, e o sujeito do dever, o agente causador ou o terceiro a quem a lei imputa a obrigação.” (BAPTISTA, Silvio Neves. Ensaio de direito civil. São Paulo: Método, 2006, p. 413).

¹⁸ “A responsabilidade jurídica não é um conceito autônomo, mas sim uma categoria complementar de outros conceitos, como o dever e a obrigação. (...). Dessas estruturas nasce o dever, o qual traduz a força vinculante das relações jurídicas. Portanto, o dever jurídico é a própria conduta que se exige de um determinado sujeito e que pode provocar ou evitar uma determinada sanção coercitiva. Consiste, assim, em uma necessária observância comportamental imposta pela ordem jurídica a uma ou a diversas pessoas para tutela de um interesse de outrem. Com a violação de um dever surge a responsabilidade. Sob esse prisma, a responsabilidade é uma forma de repercussão obrigacional derivada (sucessiva) da atividade do homem, respaldada no princípio fundamental da proibição de ofender direito alheio, ou seja, a ideia de que ninguém se deve lesar (*neminem laedere*). É, portanto, uma obrigação de assumir as consequências jurídicas de um ato ou fato (...).” (WALD, 2015, pp. 30-31).

¹⁹ “Como ponto de partida, cumpre lembrar a distinção feita pela doutrina entre deveres jurídicos originários e deveres jurídicos sucessivos, sendo originário aquele que tem como fonte a vontade humana ou a lei em sentido estrito – chamado, pura e simplesmente, de obrigação – e sucessivo aquele surgido em decorrência da violação de um dever jurídico originário – a que se denomina de responsabilidade.” (AVELAR, Letícia Marquez de. A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 2012, p. 19).

²⁰ É o que explica Fábio Henrique Peres: “Em regra, conceituando-se como ‘obrigação de reparar um prejuízo causado a outrem’, a responsabilidade civil circunscreve, assim, o seu âmbito de aplicação ao momento patológico de determinada relação, caracterizado pela violação de um dever jurídico originário”. (PERES, Fábio Henrique. Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar. São Paulo: Quatier Latin, 2009, p. 30).

conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, **responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário**²¹. (Sem grifos no original)

Mas, retomando os elementos da estrutura clássica da responsabilidade civil, estes eram, cumulativamente, três: dano, culpa e nexos causal. Todavia, contemporaneamente esta conformação não é mais exclusiva: a culpa, em especial, não é necessária a todos os juízos de reparabilidade; o nexos causal vem sendo interpretado, a cada dia, de modo mais flexível; e o dano vem recaindo sobre bens da vida jamais imaginados como passíveis de violação.

A compreensão deste processo de alteração da responsabilidade civil de matriz clássica, que desembocou na sua fluida e incerta configuração atual, é necessária ao delineamento do objeto do presente trabalho, pelo que se justifica esta breve exposição do fenômeno.

A responsabilidade civil de matriz moderna²² era exclusivamente subjetiva, ou seja, pressupunha a culpa como elemento nuclear, sem a qual não poderia surtir seu principal efeito: o dever de reparar. Tal conformação mostrou-se coerente à ideologia liberal – forte nos primórdios da modernidade –, para a qual a liberdade individual era valor e princípio central. A responsabilidade, neste contexto, moldou-se àquela realidade, figurando como a outra face da liberdade²³.

Buscando abandonar a herança medieval que remetia exclusivamente à violação expressa de normas penais, e no intuito de consolidar-se autônomo em relação à responsabilidade penal, o sistema de responsabilidade civil moderno se recriou sob um novo fundamento – a *culpa* –, enquanto exercício abusivo e ilegítimo de uma liberdade individual²⁴.

²¹ O autor, mais adiante na mesma obra, assinala: “*Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida*”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14).

²² A respeito deste período denominado de *modernidade liberal*, tratar-se-á com mais detalhamento adiante, no início do Capítulo 2, quando da análise do contexto histórico que impulsionou, propriamente, o alargamento da utilização das cláusulas sobre o dever de indenizar, objeto direto do trabalho.

²³ “*Comme on l’a fort justement remarqué, les rédacteurs du Code Civil vont lier la responsabilité à la liberté; l’une servant de fondement à l’autre*”. (GAZZANIGA, Jean-Louis. Notes Sur l’Histoire de la Faute. In: Droit – Revue Française de Théorie Juridique, nº 5, 1985. Paris: PUF, p. 26).

²⁴ SCHREIBER, 2015, p. 13.

Neste contexto, a responsabilidade foi desenhada como consequência do uso contrário ao regular exercício de uma liberdade (o que qualificava seu caráter culposo) ²⁵, e que, por causar dano a outrem, deveria ser reprimido, ensejando o dever de reparar.

Havia, ademais, uma conotação moral da culpa, herdada da ideologia religiosa que ainda pesava forte sobre as concepções sociais, e que associava o desvio da conduta (ou o uso ilegítimo de uma liberdade, tal qual referido) à ideia de pecado, enquanto falta no cumprimento de uma ordem superior^{26/27}.

Assim, somente o dano causado por uma conduta culposa, moralmente reprovável, eis que consciente desta condição, é que poderia ensejar a responsabilização civil de acepção exclusivamente subjetiva, de modo que à vítima do dano incumbia a demonstração de que seu prejuízo decorreu de uma conduta desenhada naqueles moldes de culpa.

Ao ofendido por determinada conduta incumbia, em suma, comprovar o aspecto psicológico do ofensor em praticá-la, a fim de evidenciar a culpa passível de qualificar a ação ou omissão que ensejou o dano²⁸.

²⁵ *“D’autre part, pour accomplir les devoirs que sa qualité d’être libre et raisonnable lui impose, l’homme doit déployer une certaine force de volonté, qui peut se traduire soit par un fait positif soit par une abstention; s’il y a eu accomplissement du devoir, l’individu a été diligent; sinon, il a manqué à son devoir, il a été négligent, il a commis une faute.”* (FROMAGEOT, Henri. *De la faute comme source de la responsabilité en droit privé*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1891, pp. 1-2).

²⁶: *“Embora a noção de culpa tivesse se desenvolvido no direito romano republicano com caráter eminentemente objetivo – sendo, ainda hoje, não raro confundida com a iniúria em seu sentido mais amplo, de ato contrário ao direito –, a influência de noções gregas e orientais, essencialmente individualistas, em oposição à ideologia estatalizante de Roma, deu-lhe conotação mais subjetiva, que, com a posterior difusão da ideologia cristã, ganhou fortes contornos éticos e morais, ligados à idéia do livre-arbítrio e de sua má utilização pelos fieis. Durante toda a Idade Média, a influência do direito canônico reforçara este tom de infração moral atribuído à culpa, que chega no início da Modernidade intensamente influenciada pela idéia de pecado, como consciente violação a um dever de ordem superior.”* (SCHREIBER, 2015, p. 14)

²⁷ Yvonne Flour, lembrada por Anderson Schreiber, também contribui neste sentido: *“Dès le début du XIXe siècle, il est constamment enseigné que la responsabilité juridique trouve sa racine dans la conscience morale. La théologie chrétienne et l’influence considérable qu’ont exercée les canonistes sur l’élaboration de notre droit en ce domaine ont profondément ancré dans les esprits l’idée de la liberté essentielle de l’homme, et son corollaire, la responsabilité personnelle: à chacun de répondre de ses propres actes. C’est à cette lumière qu’a été lue la règle générale de l’article 1382, qui met en affet très fortement l’accent sur le comportement – la faute – de l’auteur du dommage.”* (FLOUR, Yvonne. *Faute et Responsabilité Civile: Déclin ou Renaissance?* In *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, n° 5, 1985, Paris: PUF, p. 31).

²⁸ Como referimos brevemente, a culpa liga-se intimamente ao estágio da responsabilidade civil em que o ato ilícito, *lato sensu*, era considerado como fonte primordial e inafastável do nascimento do dever de reparar. *“O Código civil, repetindo a orientação do Código Civil de 1916, estabelece cláusula geral de responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade civil fundada no ato ilícito. (...) A responsabilidade por ato ilícito depende da verificação de dolo ou culpa por parte do agente, que é um dos elementos dogmáticos do ato ilícito.”* Responsabilidade civil e teoria do ato ilícito, portanto, são intimamente ligadas, neste contexto. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena;

Não é difícil notar que a culpa, enquanto elemento subjetivo de ordem psicomoral, é de árdua comprovação²⁹. E foi este o motivo que, concorrendo com outros fatos próprios do início do século XX – como o desenvolvimento industrial e de novas tecnologias que implementaram alterações significativas no modo de vida ocidental –, evidenciou a insuficiência do modelo subjetivo da responsabilidade civil.

Com o incremento de novos maquinários, em especial no processo produtivo de trabalho³⁰ e no setor de transportes de cargas³¹, alastraram-se os danos, que, cada vez mais freqüentes, demandavam reparação suficiente à recomposição do *status quo ante* da vítima – pretensão até então barrada pelas dificuldades intrínsecas à prova do desvio moral.

Assim é que a culpa, em face deste novo contexto, passou a ser percebida como o principal obstáculo ao recebimento da indenização por danos. A demonstração do desvirtuamento moral e psicológico dos operadores das novas tecnologias (cujas engrenagens eram desconhecidas pela média das pessoas), condição *sine qua non* à constituição do direito à reparação, figurava como verdadeira *prova diabólica*³².

Já não se estava, então, diante das mesmas expectativas sociais do contexto do início da modernidade liberal, o qual impulsionou a origem do sistema de responsabilidade civil fundado na culpa calcada na moralidade. Especialmente

MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 333).

²⁹ Conforme menciona Anderson Schreiber: “*Em sua versão de falta moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícilíssima comprovação.*” (SCHREIBER, 2015, p. 17). No mesmo sentido, conferir: FARIAS, José Fernando de Castro. A Origem do Direito de Solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 135.

³⁰ Neste sentido, explica Ana Prata: “*Uma evolução, simultaneamente jurídica e econômica, provocou um alargamento da extensão e do volume da responsabilidade contratual. A divisão social do trabalho e a conseqüente especialização crescente das atividades econômicas determinou e determina a atomização e tendencial especialização do objecto de cada operador econômico.*” (PRATA, Ana. Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Coimbra: Almedina, 1985, pp. 12-13)

³¹ DIAS, José de Aguiar. A cláusula de não-indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 169.

³² “*De início, a dificuldade de demonstração da culpa atendia, em boa medida, ao interesse liberal que rejeitava a limitação da autonomia privada, salvo nas hipóteses de uso flagrantemente inaceitável da liberdade individual. Entretanto, com o desenvolvimento do capitalismo industrial e a proliferação de acidentes ligados às novas tecnologias, tal dificuldade intensificou-se ao extremo, atraindo a intolerância social e a rejeição do próprio Poder Judiciário. A exigência de que a vítima demonstrasse a culpa em acidentes dessa natureza – basta pensar em acidentes de transporte ferroviário ou em acidentes de trabalho ocorridos no interior das fábricas – tornava-se verdadeiramente odiosa diante do seu desconhecimento sobre o maquinismo empregado, da sua condição de vulnerabilidade no momento do acidente e de outros tantos fatores que acabaram por assegurar à prova da culpa a alcunha de probatio diabólica.*” (SCHREIBER, 2015, p. 17).

em meados do século XX, o contexto transmudara-se significativamente e, em consequência, as preocupações em torno da responsabilidade também se deslocaram de um enfoque punitivo de condutas moralmente reprováveis para uma nova concepção.

O desenvolvimento de novas tecnologias produziu alterações tamanhas na forma de organização social, aumentando de tal forma o número e a frequência da ocorrência de danos, que não tardou o surgimento de expectativas por respostas mais eficazes do Direito, a recair como uma exigência de reconfiguração sobre a responsabilidade civil tradicional.

Assim é que a culpa, então protagonista dentre os elementos da responsabilidade civil, passou a ser objeto de severos questionamentos, em especial porque sua difícil comprovação se constituía em barreira intransponível ao recebimento de indenização. Destarte, foi paulatinamente perdendo seu altar no sistema de responsabilidade, e passou a dividir as opiniões doutrinárias que viam a necessidade de flexibilização dos seus contornos³³ para atender às novas expectativas de reparação de danos, sem, contudo, expurgá-la completamente.

O que, a partir de então, pareceu evidente, e quanto a isto não havia grande divergência, é que a responsabilidade civil precisava se prestar a outro papel: possibilitar às vítimas a devida recomposição dos danos sofridos. Mais do que reprimir uma conduta moralmente inadequada, exercendo um papel sancionador, o seu resultado deveria ser, antes de tudo, a suficiente reparação do ofendido³⁴, cumprindo um papel de pacificação social e de instrumento de segurança³⁵.

O alargamento significativo dos acidentes criou a necessidade de se atender a esta demanda social, a qual não parecia conciliável com um regime exclusivamente subjetivo de responsabilidade civil, calcado na *prova diabólica* da culpa.

³³ Neste sentido, explica Sérgio Cavalieri Filho: “Apesar da resistência dos defensores da teoria subjetiva, a culpa aos poucos deixou de ser a grande estrela da responsabilidade civil, perdeu cada vez mais espaço, até ser retirada do palco. A responsabilidade objetiva, plantada nas obras pioneiras de Raymond Saleilles, Louis Josserand, Georges Ripert e outros, acabou sendo admitida como exigência social e de justiça para determinados casos. É que a implantação da indústria, a expansão do maquinismo e a multiplicação dos acidentes deixaram exposta a insuficiência da culpa como fundamento único e exclusivo da responsabilidade civil.” (CAVALIERI, 2014, p. 5).

³⁴ Novamente Cavalieri Filho: “A responsabilidade objetiva tem suas raízes plantadas nas obras pioneiras de Raymond Saleilles e Louis Josserand, seguidos por Georges Ripert. Esse último dizia que o Direito moderno já não visa ao autor do ato, porém à vítima”. (CAVALIERI, op. cit, p. 181).

³⁵ Sobre o papel de “garante da segurança”, desempenhado pela responsabilidade civil, remeta-se à nota de rodapé 39, adiante.

É possível prever onde se acabou por chegar: na responsabilidade objetiva, que, nos dias atuais, ocupa importante e significativo espaço neste âmbito do direito obrigacional. Há quem fale, inclusive, que a regime atual de responsabilidade civil é essencialmente objetivo, tendo a culpa um papel meramente coadjuvante³⁶.

Mas a chegada à responsabilidade objetiva não foi repentina, nem a rejeição da culpa, abrupta. Até que um novo e específico critério fosse finalmente incorporado aos diferentes ordenamentos, após longos debates e sabatinas teóricas pela doutrina e também pela jurisprudência, muitas posições intermediárias, que procuravam conciliar, de alguma forma, um novo critério com a culpa, tiveram espaço. A respeito, Alvino Lima explica:

Vários foram os processo técnicos postos em jogo para atender à praticabilidade da responsabilidade: admissão fácil da existência da culpa pela aplicação da teoria do abuso de direito e da culpa negativa; o reconhecimento de presunções de culpa; a aceitação da teoria do risco; a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual^{37/38/39}.

O surgimento da teoria dualista acerca da responsabilidade civil esteve também dentre os fenômenos referido por Alvino Lima. Se, atualmente, os ordenamentos abordam a responsabilidade civil em dois âmbitos diferentes, o contratual e o extracontratual, isso se deve a este processo de busca por fundamentos alternativos à culpa para o acionamento da responsabilidade civil.

³⁶ Neste sentido, posicionam-se Sérgio Cavalieri (Programa de Responsabilidade Civil) e também Maria Celina Bodin de Moraes: “*De acordo com as previsões do Código Civil de 2002 pode-se dizer que, comparativamente, a responsabilidade subjetiva é que se torna residual, tantas são as hipóteses de responsabilidade que independem de culpa.*” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Problemas em torno da cláusula geral de responsabilidade objetiva – no prelo – apud SCHREIBER, 2015, p. 23). Esta posição, entretanto, não parece a mais correta. Tanto o direito brasileiro, pela sua genérica disposição do *caput* do art. 927 do Código Civil, quanto o direito francês, pelo art. 1383 do seu *Code Civil*, dão definição de regra geral à responsabilidade subjetiva. O tratamento da responsabilidade objetiva vem excepcionando a regra geral e remete a disposições legislativas específicas (como no caso do parágrafo primeiro do art. 927 do CC brasileiro).

³⁷ LIMA, Alvino. Culpa e Risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 43.

³⁸ Não é objeto do presente trabalho a análise pormenorizada deste desencadear da responsabilidade objetiva, razão pela qual remete-se, para um maior aprofundamento a respeito deste processo, à obra: NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, v.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 485-490.

³⁹ “*A unanimidade inicial em torno da teoria do risco veio, progressivamente, dar lugar a discussões mais sofisticadas, com diversos desdobramentos que incluem a teoria do risco-proveito, a teoria do risco-criado, a teoria do risco de empresa, a teoria do risco integral, a teoria do risco mitigado e assim por diante. Todas estas teorias têm como ponto comum a proposição de uma responsabilidade independente de culpa, de tal modo que, mais recentemente, chegou-se mesmo a advertir que a teoria do risco talvez se resuma, no fundo, a uma proposição puramente negativa: ser responsável por risco é o ser mesmo que se não se tenha incorrido em culpa.*” (SCHREIBER, 2015, pp. 28-29).

Ao se deparar com o crescente número de situações em que o sujeito lesado não encontrava meio de comprovar a culpa qualificadora do ilícito praticado pelo ofensor, ganhou força o argumento de que a responsabilidade, no caso, seria contratual, porque derivada de um contrato preexistente em que prevista determinada obrigação de comportamento.⁴⁰

A posição foi aceita por muitos e consolidada em uma teoria acerca da subdivisão interna da responsabilidade em dois âmbitos. Não sem críticas, é verdade. Os defensores da unidade da responsabilidade civil são também numerosos e enérgicos na posição de que tanto na seara contratual como na extracontratual, os elementos da responsabilidade civil são os mesmos.

A diferença surgiria, eventualmente, quando a obrigação primária constante do contrato for uma obrigação de resultado. Neste caso, em não sendo cumprida e gerando dano, a disciplina da responsabilidade operará com presunção de culpa.

Não se trata, entretanto, de diferença significativa a ponto de se poder afirmar uma coerência na separação da responsabilidade em dois âmbitos distintos. *“Tão mínima é a diferença que, a rigor, não há distinção substancial entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Na essência, ambas decorrem da violação de dever jurídico preexiste”*.

Mas, com o decorrer do tempo e com a continuidade do desenvolvimento das condições, sociais e tecnológicas, que demandavam a adaptação dos moldes da responsabilidade civil, sobreveio a maturação de posições doutrinárias de maior renome acerca de um novo elemento passível de acionar a responsabilidade civil (independentemente da discussão sobre sua dualidade), inicialmente na doutrina francesa, autora dos primeiros trabalhos publicados a respeito.

Mais precisamente, foi Raymond Saleilles quem, por primeiro, tratou de um critério alternativo à culpa para a responsabilidade por acidentes de trabalho. *“Propunha o autor que, o princípio da imputabilidade viesse substituído por um princípio de simples causalidade, a prescindir da avaliação do comportamento do*

⁴⁰ *“Os juristas franceses, repetimos, em busca de uma situação jurídica mais favorável para as vítimas, que não aquela de terem que provar a culpa, engendraram a responsabilidade contratual, na qual, diferentemente da responsabilidade extracontratual, já existe entre as partes um vínculo jurídico preestabelecido, e o dever jurídico violado está perfeitamente configurado nessa relação jurídica. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes, que ficam adstritos, em sua observância, a um dever específico. Imaginou-se, diz De Page, que no contrato de trabalho ocorre a obrigação de seguridade. Sobrevindo o acidente, o empregador tem o dever de indenizar, como efeito de uma obrigação contratual descumprida.”* (CAVALIERI, 2014, p. 332).

sujeito causador do dano”⁴¹. Mais tarde, este elemento veio a ser definido como o risco⁴².

A responsabilidade fundada no risco⁴³ foi sendo incorporada gradativamente pelos ordenamentos, no início por meio de leis especiais, como ocorreu na França, com as discussões em torno da Lei de 9 de abril de 1898, acerca da responsabilidade objetiva por acidentes de trabalho, e no Brasil pela Lei das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/1912), e, aos poucos, foi ganhando espaço em legislações civis gerais vigentes (em especial nos Códigos) e até nas Constituições.

Fato é que a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade independente de culpa, reuniu tamanho apoio, e teve seu âmbito de aplicação de tal forma ampliado nos últimos cem anos, que não restam quaisquer dúvidas acerca do intuito reparatório da responsabilidade civil contemporânea: antes de ser meio de repressão moral do ofensor pela sua culpa, é instrumento (ainda que limitado) de compensação do ofendido⁴⁴.

Estas alterações, como se sabe, refletiram sobremaneira no número de ações indenizatórias movidas pelas vítimas dos danos.

⁴¹ CAVALIERI, 2014, p. 19.

⁴² A preocupação centrada na conduta e na qualificação do elemento psíquico que lhe motiva e torna ilícita, perdeu seu espaço nuclear enquanto fundamento exclusivo da responsabilidade civil, em função das grandes alterações desenvolvidas no cerne da sociedade industrial. O incremento de novas tecnologias demonstrou que a garantia de segurança atendia mais satisfatoriamente às novas expectativas sobre a responsabilidade civil, razão pela qual o risco, conceito que abrigava este direito à segurança, foi o elemento que acabou ganhando maior aceitabilidade por parte da doutrina, e depois pela jurisprudência. A respeito, pertinentes as palavras de Arnoldo Wald: *“Foi assim que partindo de uma responsabilidade que, no Código de 1916 se baseava exclusivamente na culpa, o direito elaborou sucessivamente teorias, como os da guarda de pessoas ou de coisas, desenvolvendo, assim, a culpa in eligendo e in vigilando, de tal modo que se aceitou a presunção de culpa. Inicialmente, em certos casos, tratava-se de presunção juris tantum, admitindo prova em contrário. Posteriormente, em relação à responsabilidade do empregador pelos danos cometidos pelo empregado, passou-se à chamada presunção juris et de jure, que não admite prova em contrário e que, na prática, equivale à responsabilidade objetiva. Ao mesmo tempo, de modo gradual, recebeu um direito à segurança por parte da vítima da lesão de direito, abrangendo tanto a integridade física da pessoa como a intangibilidade dos seus bens. Assim, quando o direito à segurança sofria uma lesão, surgia uma responsabilidade por parte do autor do dano. A doutrina explicou que houve um deslocamento do prisma pelo qual se examinava a responsabilidade civil. Abandonou-se, em alguns casos, a apreciação da conduta do autor para garantir o direito à segurança de quem tinha sofrido a lesão.”* (Sem grifos no original). (WALD, 2015, pp. 23-24).

⁴³ A respeito da evolução das teorias do risco, ver CAVALIERI FILHO, op. cit, p. 181 e seguintes.

⁴⁴ É o que explica Patrice Jourdain: *“Au moment où s’affirme avec plus de force la fonction indemnitaire de l’institution, le fondement spiritualiste et individualiste que lui a donné le Code Civil semble de plus en plus inadapté à cette fin.”* (JOURDAIN, Patrice. *Les Principes de la Responsabilité Civile*. Paris: Dalloz, 2003, p. 11). No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes: *“Ressarcíveis não são os danos causados, mas sim os danos sofridos, e o olhar do Direito volta-se totalmente para a proteção da vítima”* (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. In Revista Brasileira de Direito de Família, v. 31, 2005, p. 55).

Se antes o filtro da culpa e a sua *prova diabólica* configurava forte motivo para desencorajar a buscar por tutela jurisdicional para obter a reparação de danos, com a progressiva inclusão da responsabilidade objetiva este cenário se alterou completamente. Destituídos do dever de provar o elemento psicológico e moral da culpa, as vítimas se viram incentivadas a buscar a devida indenização de seus danos⁴⁵.

Este não foi o único fator, entretanto, a influir sobre o alastrar das demandas indenizatórias, que é fenômeno consolidado contemporaneamente. Como referido no início, os demais elementos da configuração clássica da responsabilidade civil também sofreram significativas alterações, ou, nas palavras de Anderson Schreiber, foram objeto de uma verdadeira erosão.

Com a grande expansão da responsabilidade independente de culpa, o nexos causal passou a ostentar especial importância nos juízos de reparabilidade, já que a aferição da sua constituição ou da sua quebra pareceu figurar como o caminho mais eficaz para barrar a desenfreada expansão das demandas indenizatórias⁴⁶.

A definição do que seria o nexos causal, ou a causalidade passível de acionar ou impossibilitar a responsabilização civil não é preocupação nova, assim como as soluções criadas para tentar resolvê-la datam de longa data e se relacionam com as preocupações sobre a causalidade em outras áreas da ciência. Também não são raros os autores que se dedicaram ao estudo da causalidade enquanto problema importante ao Direito; nem poucas as teorias formuladas no intuito de filtrar uma causalidade jurídica não demasiadamente ampla e abstrata, a possibilitar uma adequada delimitação dos juízos de reparabilidade.

Inobstante essa amplitude de estudos, uma síntese das principais contribuições, capaz de introduzir adequadamente o tema, parece ser definir a causalidade jurídica para fins de responsabilização, como o vínculo que conecta a

⁴⁵ SCHREIBER, 2015, p. 55.

⁴⁶ Neste ponto, Anderson Schreiber refere: *“Em um contexto dominado pela ideia de culpa, os perigos da super responsabilização pareciam afastados pela necessidade rigorosa de demonstração do requisito subjetivo do ilícito. Dito de outra forma, a prova da culpa já freava, significativamente, o impulso das demandas de reparação (...), consistindo a prova do nexos de causalidade em mera etapa formal, não raro solucionada de forma empírica no interior da própria discussão sobre a culpa. Embora ainda hoje isto, em alguma medida, se verifique na prática jurisprudencial, o advento da responsabilidade objetiva veio transformar radicalmente a atuação das cortes em geral, exigindo redobrada atenção na decisão acerca do nexos causal, cuja interrupção consiste, em tais hipóteses, no único caminho concedido ao réu para o afastamento da condenação.”* (SCHREIBER, op. cit, p. 56).

conseqüência prevista pelo direito para determinada conduta⁴⁷. Trata-se de um liame entre dois fenômenos⁴⁸ – a conduta e o resultado –, e, na responsabilidade civil, é o elemento que, simultaneamente, se presta a confirmar a autoria do agente causador e a extensão do dano reparável⁴⁹.

A aparente simplicidade da definição não importa em afirmar que a leitura sobre a configuração do nexa causal nos ordenamentos de diferentes sistemas jurídicos foi idêntica e sempre automática. Como dito, a causalidade, questão complexa que é, não é objeto de inquietação exclusiva dos operadores e estudantes do direito, ou da ciência jurídica; é, antes, um problema de abordagem filosófica.⁵⁰

A respeito, e sem adentrar aos profundos caminhos percorridos pelas diferentes correntes da filosofia, (isto, aliás, poderia render, por si, um trabalho inteiro de mestrado⁵¹) é pertinente citar que, enquanto o sistema da *civil law* se viu mais influenciada pelo racionalismo, o que lhe rendeu uma abordagem do nexa

⁴⁷ “Em vez de falar em vínculo causal, melhor seria utilizar a expressão processo, mais adequado ao atual estágio do direito obrigacional contemporâneo. Assim, a relação causal pode ser vista como um processo equacionado num determinado espaço-tempo que une um comportamento a um evento atribuindo-lhe responsabilidade. Em suma, o nexa causal é um elemento de ligação entre uma conduta ou uma situação determinada, e o resultado, através do qual é possível concluir quem é o indivíduo responsável pelo dano, ou seja, aquele do qual se imputa o dever de indenizar.” (WALD, 2015, p. 107).

⁴⁸ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 106.

⁴⁹ Conclui Sergio Cavalieri, neste tocante: “Em suma, o nexa causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano”. (CAVALIERI, 2014, p. 63). A respeito da limitação da extensão do dano a partir da aferição do nexa causal, conferir CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 1985, v.3, p. 594-595.

⁵⁰ Defendendo esta posição, encontramos o ilustre Professor Luciano de Camargo Penteado: “A causa jurídica só poderá ser corretamente compreendida se o substrato da analítica ontológica puder assentar as bases sobre as que se apóie uma teoria filosófica da causa. Teoria evoca sua raiz semântica, ver, considerar de modo a captar as entranhas da realidade que se estuda, sem categorias preconcebidas ou modelos dogmáticos estanques. Trata-se de capturar no ser das coisas algo que permita a sua compreensão de acordo com a inteligência.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millennium, 2004, p. 352). No mesmo sentido se manifesta João Paulo Capelotti: “Nesta breve exposição, viu-se que a idéia de causa como indutora de efeito tem origem na causa eficiente, de acordo com a classificação empreendida na Antiguidade por Aristóteles, conectando causa e movimento como dois aspectos fundamentais de sua filosofia. Desenvolvida posteriormente por pensadores como Descartes, a inter-relação entre causa e efeito foi levada a conseqüências extremas, permitindo a dedução de um a partir do outro. Tal concepção recebeu a crítica dos empiristas, que apontavam a limitação do conhecimento humano em prever a conexão causal para o futuro, diante das limitações dos nossos sentidos ao que já foi experimentado.” (CAPELOTTI, João Paulo. *O nexa causal na responsabilidade civil: entre a certeza e a probabilidade*. 164d. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 12/03/2012).

⁵¹ O tema, inclusive, foi objeto do exemplar trabalho de João Capelotti, antes citado, ao qual se permite remeter, novamente, para um maior aprofundamento sobre as abordagens empirista e racionalista na aferição do nexa causal, e sua influência, respectivamente, nos sistemas de responsabilidade da *common law* e da *civil law*.

causal enquanto elemento de certeza, a *common law* se influenciou mais fortemente pelo empirismo e, em consequência, pelas suas análises probabilísticas⁵².

No caso do Brasil e da França, cujos ordenamentos enquadram-se na família romano-germânica⁵³, centrado no papel da lei enquanto elemento de autoridade a ser lida e interpretada pelo juiz, a obrigação de indenizar fica condicionada à certeza da existência do vínculo entre o ato causador e o dano⁵⁴.

As teorias que, posteriormente, surgiram acerca da causalidade jurídica, espelham, em considerável medida, as contribuições filosóficas do racionalismo e do empirismo. Entre certeza e probabilidade, e coerentes aos sistemas de direito em que mais frequentemente encontram aplicabilidade, refletem as respectivas concepções filosóficas que, ao fundo, lhes são significado.

A primeira destas teorias, que merece ser brevemente exposta, é a *teoria da equivalência das condições*, ou teoria da *conditio sine qua non*⁵⁵. Para os seus

⁵² CAPELOTTI, 2012, p 86.

⁵³ Para uma mais completa compreensão sobre os contornos dos sistemas e das famílias de direitos, pertinente remeter à obra de René David, cuja completude e aprofundamento são indispensáveis ao estudo comparatista. Neste trabalho, que tem por objeto uma análise microcomparatista, pouco se abordará sobre as qualidades estruturais e peculiares de cada sistema, até porque os ordenamentos sob comparação integram a mesma família. Não obstante, pertinente colacionar trecho da breve exposição de David sobre as características essenciais dos ordenamentos pertencentes à família romano-germânica: “*Esta família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras do direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais devem ser estas regras é a tarefa essencial da ciência do direito; absorvida por essa tarefa, a ‘doutrina’ pouco se interessa pela aplicação do direito que é assunto para os práticos do direito e da administração. A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano-germânica, à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de ‘códigos’. (...) A família de direito romano-germânica tem seu berço na Europa. Formou-se graças aos esforços das universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear estes esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos. Devido à colonização, a família de direito romano-germânica conquistou vastos territórios, onde atualmente se aplicam direitos pertencentes ou aparentados com esta família.*” (DAVID, 2014, pp. 23-24).

⁵⁴ Neste sentido, expõe Cunha Gonçalves: “*(...) a relação entre causa e o prejuízo deve ser provada pelo autor-lesado. Essa relação deve ser real e efectiva (...) Em qualquer dos casos, a prova deve ser completa, porque não basta a simples possibilidade ou probabilidade da relação de causalidade; a condenação do suposto responsável não pode basear-se sobre hipóteses, mormente tratando-se de responsabilidade sem culpa.*” (CUNHA GONÇALVES, Luiz da. Tratado de direito civil: em comentário ao Código Civil português. 2ª ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1957, v. 12. t. 2, p. 573). No mesmo sentido, CAPELOTTI, 2012, pp. 72-73.

⁵⁵ Uma vez verificada a impropriedade desta teoria para delimitar a causa real do dano, e como um passo em direção à formulação de outras teorias mais precisas sobre o nexo de causalidade, a doutrina preocupou-se em diferenciar a causa de meras condições. Como explica, novamente, João Paulo Capelotti, “*nesse processo de filtragem, condição é normalmente conectada a uma ideia de acessoriedade, e vem definida como o fator que só afasta o obstáculo da causa ou favorece a eficácia desta para a produção do dano. Ou seja, é um requisito pare o atuar da causa, está subordinado a ela porque facilita-lhe a ação.*” (CAPELOTTI, op. cit., p. 96)

adeptos, são consideradas condições causais de determinado dano todos os eventos que, direta ou remotamente, contribuíram para a sua produção. “*Em outras palavras, qualquer vento capaz de contribuir para a produção do dano deve ser considerado causa do dano para fins de responsabilização*”⁵⁶.

Assim, não apenas os fenômenos imediatamente próximos do dano são considerados causa, por se entender que, não ocorrendo um mínimo detalhe na cadeia de fatos que desencadeou o dano, este não teria se materializado. Em síntese, “*a teoria da equivalência das condições aceita qualquer das causas como eficiente. A sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verifica*”⁵⁷.

O grande inconveniente desta teoria é, sem dúvidas, o seu potencial de infinitamente expandir a responsabilização civil, atingindo um sem número de agentes que, apenas longinquamente, e sem qualquer previsibilidade, contribuíram para a produção do dano. No campo do direito penal esta teoria mostrou-se adequada, já que lá o princípio da tipicidade opera com eficiência a necessária restrição aos juízos de responsabilização⁵⁸. Na seara civil, entretanto, em que a atipicidade é a regra, “*a adoção da teoria da equivalência das condições (...) tornaria cada homem responsável por todas as desgraças que atingem a humanidade*”⁵⁹.

Buscando meios de desviar dos efeitos excessivamente ampliativos desta teoria, tiveram origens as discussões que resultaram na *teoria da causalidade adequada*⁶⁰, segundo a qual seria considerada causa de determinado evento danoso apenas o ato que, num contexto comum, teria a potencialidade de produzi-lo. Uma análise, portanto, de probabilidade, dentro de um cenário abstratamente regular; nas

⁵⁶ SCHREIBER, 2015, p. 57.

⁵⁷ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 345.

⁵⁸ “*A teoria da equivalência das condições encontrou acolhida na seara do direito penal, justificadamente. Ali, o princípio da tipicidade limita o âmbito de extensão da conditio sine qua non, restringindo o juízo de responsabilização sobre as condutas típicas praticadas, ainda que outras tenham ocorrido e, portanto, se afigurem, em tese, como causas do resultado punível. Por exemplo, a conduta do vendedor de material esportivo pode ser considerada causa, porque conditio sine qua non, do dano provocado por uma bola de golfe que vendera a um jogador, o qual, deliberadamente ou por infortúnio, vem a acertar, durante a partida, um passante. Já não pode, todavia, ser o vendedor considerado ser penalmente responsável por falta de tipicidade da sua conduta, que, sendo lícita, não se encaixa em qualquer tipo descrito na codificação criminal. O mesmo não aconteceria na esfera cível, onde a atipicidade do ato ilícito resultaria em responsabilização do comerciante, efeito claramente indesejável por sua sonora injustiça.*” (SCHREIBER, op. cit, p. 57).

⁵⁹ SCHREIBER, loc. cit.

⁶⁰ A respeito das origens e contornos desta teoria, conferir Gabriel Marty. *La relation de cause e effect comme condition de la responsabilité civile*. Revue Trimestrelle de Droit Civil, 1939, p. 685.

palavras de Schreiber, “*uma avaliação abstrata fundada em um princípio de normalidade*”⁶¹.

Esta teoria se fundou, portanto, em juízos e análises abstratas de possibilidade e probabilidade. Para se definir se determinado ato ou fato é causa adequada de um evento danoso, necessário se perguntar se, dentro de circunstâncias comuns de um dado espaço e contexto temporal, a conduta seria apta a produzir o desfecho específico ocorrido.

Caio Mário da Silva Pereira é quem parece melhor explicar os lindes essenciais desta teoria:

Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após esse processo de expurgo, resta algum que, no curso normal das coisas, provoca um dano dessa natureza. Em conseqüência, a doutrina que se constrói nesse processo técnico se diz da *causalidade adequada*, porque faz salientar, na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser centro do nexo de causalidade⁶².

Como fica claro, a teoria da causalidade adequada lida com uma aferição hipotética, que, para ser aplicada, deve pressupor um determinado quadro de normalidade, sobre o qual se fundará o juízo de possibilidade, probabilidade, previsibilidade e evitabilidade do dano⁶³. Não se baseia, portanto, em dados concretos e esta foi a principal razão das enérgicas críticas que recebeu. A sua demasiada abstração, que a afasta de juízos de certeza, foi interpretada como elemento imprestável a superar os problemas apresentados pela teoria da equivalência das condições.⁶⁴

⁶¹ SCHREIBER, 2015, p. 58.

⁶² PEREIRA, 1999, p. 79.

⁶³ Neste sentido, expõe Anderon Schreiber: “*A ideia de normalidade consubstancia-se em um juízo de probabilidade sobre a conduta do sujeito que se pretende responsável e as conseqüências verificadas no caso concreto, em comparação com aquilo que habitualmente ocorre. Tal juízo, na esteira da tradição subjetivista do ilícito, veio a ser associado, por parte da doutrina, às noções de previsibilidade e evitabilidade do dano, que justificariam a responsabilização do agente*”. (SCHREIBER, op. cit., p. 59).

⁶⁴ Sobre essas críticas, consignou Caio Mário: “*É certo que, depois de ter surgido, bafejada por uma aura de prestígio, a doutrina ‘causalidade adequada’ sofreu vigorosa crítica (Hebraud, Esmein, Houin), entrando em desprestígio. Argumenta-se que o caráter ‘adequado’ da causalidade depende do grau de probabilidade do dano. Mas a probabilidade não é certeza*.” (PEREIRA, op. cit., p. 79).

Em suma, as imprecisões a respeito da causalidade jurídica não foram afastadas, senão alimentadas por ambas as teorias mencionadas, fato propulsor do surgimento de novas teorias, que visavam suplantar tais ambigüidades.

A *teoria da causa eficiente* e a *teoria da causa direta e imediata* foram fruto disto. Ambas buscavam superar a amplidão e a abstração de uma ou outra das teorias anteriores. Foi a segunda delas, entretanto, que acabou por angariar mais adeptos, tendo sido, inclusive, a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro e também pelo *Code Civil* francês.

A teoria da causa eficiente contrapõe-se à análise subjetiva e imaterial que caracteriza a teoria da causa adequada, propondo-se a analisar *in concreto* todas as concausas de determinado evento danoso para aferir qual delas foi mais eficiente na produção do resultado. Porém, ainda que visível o esforço dos seus adeptos e criadores em elaborar um quadro de análise concreta, não lograram estabelecer critérios suficientemente objetivos “*que permitissem selecionar, entre as diversas causas de um dano, aquela que teve o poder intrínseco de produzi-lo no caso concreto*”.⁶⁵

Todos os problemas apontados nas três teorias mencionadas contribuíram para que a *teoria da causa direta e imediata* ganhasse relevo e acabasse por ser a adotada tanto pelo ordenamento brasileiro⁶⁶ quanto francês⁶⁷. O êxito da teoria está em que “*considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva*”⁶⁸, ou, em outras palavras, por permitir a limitação lógica na busca das causas do evento danoso.⁶⁹

⁶⁵ SCHREIBER, 2015, p. 60.

⁶⁶ “Art. 403: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20/01/16).

⁶⁷ “Article 1.151: *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.*” (FRANÇA, *Code Civil*, 1804. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=AE39DBC2270B7E6DE7751CCFEE3363AA.tpdila08v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160322> Acesso em 20/01/16).

⁶⁸ SCHREIBER, op. cit., p. 60.

⁶⁹ Neste sentido, e lembrando as palavras de Agostinho Alvim, Arnoldo Wald explica: “*A lição de Agostinho Alvim auxilia a compreensão desta teoria: ‘a expressão direto e imediato significa o nexo causal necessário’. O dano deve ser consequência necessária da inexecução da obrigação. Assim, pouco importa saber se a causa é a mais próxima ou a mais remota. Não é o tempo propriamente que revela a responsabilidade pela ocorrência do dano, mas a sua proximidade lógica.*” (WALD, 2015, p. 113).

Foi esta teoria que, pela primeira vez, e com maior coerência teórica, se mostrou capaz de conter uma potencial e desenfreada expansão das demandas indenizatórias, e, o que se esperava, a partir de um julgamento sobre fatos concretos. Ao considerar como causa do evento danoso tão somente o fenômeno direta e concretamente ligado a ele, sem qualquer abstração ou intermediação entre conduta e dano, acabou por afastar os efeitos expansionistas e subjetivistas das teorias anteriores. Teve, enfim, “o condão de restringir a relevância do comportamento humano, para fins de responsabilização, aos acontecimentos mais próximos da geração do prejuízo, o que evita injustiças flagrantes (...)”.⁷⁰

Como defendem alguns autores, desta teoria teve gênese a subteoria da *causalidade necessária*, segundo a qual determinado fato é considerado causa se o dano se constitui em um resultado necessário seu. Na explicação de Cavaliere, “para que a ação de responsabilidade possa ter cabimento em proveito da vítima, é necessário que o dano se ligue diretamente à falta do réu, e que tal relação não seja interrompida”.⁷¹

Seja qual for a nomenclatura utilizada ou a concepção de unidade ou subdivisão, a teoria em questão toma como causa aquela que, sem ser interrompida por outra causa autônoma, liga-se diretamente, e com caráter de *necessariedade*⁷², ao dano, restringindo a busca de causas remotas e distantes, que apenas reflexamente contribuíram para o resultado.

Como se nota do que foi brevemente exposto, o problema da causalidade jurídica é complexo. Com a exposição antecedente – bastante superficial, é verdade, mas assim é porque não configura o objeto central do presente trabalho – pretendeu-se demonstrar que a responsabilidade civil contemporânea, ao agregar essas discussões sobre a causalidade, é abundante de vicissitudes, bastante intrincadas, a desafiar doutrina e jurisprudência, que ainda têm terreno fértil para se desenvolverem.

Com relação ao nexos causal, esses problemas se mostram especialmente expressivos. A responsabilidade objetiva, a cada dia aplicada em setores mais numerosos, acabou por influir decisivamente sobre as preocupações a respeito da

⁷⁰ SCHREIBER, 2015, p. 60.

⁷¹ CAVALIERI, 2014, p. 68.

⁷² A respeito, explica Henri Lalou: “Le préjudice est direct quand il est la suite nécessaire de la faute, telle une opération médicale à suite mortelle après un accident.”. (LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris: Librairie Dalloz, 1962, p. 44).

configuração ou do rompimento do nexo de causalidade, enquanto elemento cerne e determinante do juízo de reparabilidade.

Não se trata, entretanto, juntamente à expansão da responsabilidade independente de culpa, da última das importantes preocupações em matéria de responsabilidade civil e que desempenhou importante papel na sua atual configuração. O dano, elemento mais intrínseco à responsabilidade e ao dever de reparar, também é objeto de grandes discussões doutrinárias na atualidade.

No início, o dano não levantava grande alarde⁷³, em especial porque a rigidez material e probatória dos demais elementos da responsabilidade civil já operavam como eficientes filtros às demandas indenizatórias. Além disso, o dano era sempre pressuposto e tido como elemento de menor complexidade, por estar descrito legislativamente no rol de direitos subjetivos⁷⁴.

Mais recentemente, entretanto, as inquietações com o primeiro dos elementos da responsabilidade, anteriormente interpretado como elemento mais simplista, passou a ocupar lugar de destaque dentre os trabalhos sobre reparação civil.

Como dito, este fenômeno se mostrou coerente à flexibilização dos demais filtros da responsabilidade civil, cuja principal consequência foi a expansão das ações indenizatórias. É o que explica Schreiber:

Longe de ser restrita ao âmbito probatório, esta flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação de danos. Neste contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexo causal) perdem relevância em face de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano. Por décadas relegado a um patamar secundário, advindo de sua fácil

⁷³ “Poder-se-ia pensar que o conceito de dano não comportaria nenhuma dificuldade e que seria praticamente o mesmo na doutrina. Todavia, muitos códigos não o definem. (...). O Código Civil francês deixou à doutrina a determinação do que se deveria considerar como prejuízo, sucedendo o mesmo com a maioria dos códigos, inclusive com o Código Civil brasileiro”. (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. P. 333-348. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015, p. 333-334.)

⁷⁴ “Antiga orientação é a de que a seleção dos interesses mercedores de tutela jurídica consiste em tarefa não do intérprete, mas do legislador. Tal ideia vinha expressamente acolhida nos sistemas antes referidos como típicos ou fechados, mas, mesmo nos chamados sistemas atípicos ou abertos, a jurisprudência permaneceu, por longo tempo, à espera do legislador, especialmente no que tange à tutela ressarcitória. Em alguns casos, a interpretação dominante nos tribunais acabou mesmo por produzir o ‘fechamento’ de sistemas originariamente abertos sobre categorias que exigiam a manifestação prévia do legislador.” (SCHREIBER, 2015, p. 123).

verificação sob a ótica materialista, este pressuposto – então, efetivamente pré-suposto – o dano vem, pouco a pouco, conquistando local de destaque na análise jurisprudencial, como elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios mais diversos⁷⁵.

Uma vez flexibilizados a culpa e o nexo de causalidade, quando não presumidos ou significativamente facilitada sua comprovação, a expansão dos danos ressarcíveis mostrou-se uma conseqüência necessária. Conjugam-se a isso, ainda, as significativas alterações produzidas pelas novas tecnologias, com potencialidade de atingir direitos supraindividuais e extrapatrimoniais⁷⁶, as quais “vieram exigir o repensar da estrutura individualista e eminentemente patrimonial das ações de reparação”.⁷⁷

A responsabilidade se viu, assim, diante da necessidade de seleção dos interesses merecedores de tutela⁷⁸ (levando em consideração toda essa gama de “novos danos”⁷⁹ e o movimento de despatrimonialização e maior personificação dos interesses⁸⁰), problema enredado e que, até o momento, é fonte de divisão entre as orientações da doutrina.

⁷⁵ SCHREIBER, op. cit., p. 83.

⁷⁶ É o que Fernando Noronha explica, neste tocante: “*Em tempos ainda recentes, os danos suscetíveis de reparação eram quase que somente os patrimoniais e individuais. A necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação é que mudou as coisas. Em primeiro lugar gerou um avassalador movimento em prol da reparação dos danos extrapatrimoniais (ou morais em sentido amplo), que, por contraposição aos danos que acarretam prejuízo econômico, atingem valores somente de ordem corporal (danos puramente corporais) ou espiritual e moral (danos anímicos, ou morais em sentido estrito). (...) Em segundo lugar conduziu ao reconhecimento da necessidade de tutelar também os danos transindividuais (também chamados de supraindividuais ou metaindividuais), que são os que resultam da violação dos chamados interesses difusos e coletivos, definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/90), art. 81, parágrafo único, I e II. Trata-se de danos que dizem respeito a bens de interesse da generalidade das pessoas que integram uma comunidade, destacando-se, dentre eles, os prejuízos causados ao meio ambiente, ao consumido e a bens ou direitos da coletividade*”. (NORONHA, 2003, p. 542).

⁷⁷ SCHREIBER, 2015, p. 85.

⁷⁸ Ibidem, pp. 118-119.

⁷⁹ Sobre esses novos danos, Geneviève Viney explica: “*l’apparition et la multiplication de dommages complètement nouveaux, aussi bien par leur origine que par leur ampleur – les accidents de toutes natures qui atteignent l’homme et son environnement du fait du développement de l’industrie, des moyens de transport, de la diffusion de produits complexes et dangereux, de l’exploitation d’énergies plus ou moins bien maîtrisées, etc.*” (VINEY, Geneviève. De la Codification du Droit de la Responsabilité Civile: l’Experience Française. In: Actes du Colloque International de Droit Civil Comparé – Codification: Valeurs e Langage, disponível em www.cslf.gouv.qc.ca. Acesso em 12/12/15)

⁸⁰ Processo este impulsionado pela constitucionalização do direito civil, que positivou a dignidade humana como princípio fundamental, e pela aplicabilidade direta das normas constitucionais às relações privadas (cf. SCHREIBER, op. cit., pp. 90-92). A respeito da constitucionalização do direito civil, conferir PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; e TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22.

E, dentre os pontos suscitados a respeito deste problema, exsurge uma questão fulcral: qual modelo seria ideal para definir, com segurança, os interesses merecedores da tutela jurídica que, uma vez violados, gerariam danos ressarcíveis? A tarefa de definição seria uma atribuição legislativa ou de atuação judicial? ⁸¹

O avanço tecnológico, por um lado, criou expectativas de tutela mais amplas; por outro, ainda não forneceu indícios de qual seria uma solução adequada e eficiente de atendê-las, que não abandonando a herança legiferante e taxativa dos códigos oitocentistas. ⁸²

O problema da definição do dano ressarcível⁸³ deixa evidente que, mesmo diante da numerosa e intensa produção legislativa, permanece deficiente o tratamento dos interesses passíveis de acionar a responsabilidade civil – em especial dos correlatos à pessoa humana e sua dignidade, com todas as suas vicissitudes e complexidades –, conforme anunciado por Gustavo Tepedino, também lembrado por Schreiber:

As previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações. Com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, torna-se assaz

⁸¹ A questão remete à dicotomia entre sistemas fechados e sistemas abertos, consubstanciados naqueles ordenamentos que optam pela tipificação ou não dos interesses que podem ser fonte de dano reparável. “Nesta esteira, diz-se típico, originariamente, o ordenamento alemão, em que o ressarcimento dos danos vem assegurado apenas em face da lesão a interesses tipificados em lei, como a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade e a propriedade. É atípico, por outro lado, o ordenamento brasileiro, em que o legislador não indica os interesses cuja violação origina um dano ressarcível, limitando-se a prever uma cláusula geral de ressarcimento pelos danos patrimoniais ou morais.” (SCHREIBER, 2015, pp. 102-103).

⁸² “A limitação da ressarcibilidade dos danos à violação de um direito subjetivo ou a qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei mostra-se absolutamente incompatível com a realidade jurídica contemporânea. Em todo o mundo, restou demonstrada a falência do modelo regulamentar inspirado na pretensão de completude das codificações oitocentistas, diante da multiplicação desconcertante de novas situações e expectativas que caracteriza as sociedades atuais. Mesmo a ‘orgia legiferante’ em que se embrenham os parlamentos de toda parte não se mostra capaz de dar conta dos desafios impostos pelas novas tecnologias. Nem a tentativa parece justificar-se em um contexto inteiramente diverso daquele vigente ao tempo das grandes codificações, em que à segurança da lei era habitual contrapor o arbítrio do Poder Judiciário, especialmente preocupante em face da compreensão da autonomia privada como área sacra do liberal-individualismo. A consagração da técnica legislativa das cláusulas gerais e a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas vêm assegurando um papel cada vez mais relevante à discricionariedade judicial, guiada por valores fundamentais consagrados na Constituição e, por isso mesmo, tão legítima quanto a específica atuação do legislador.” (SCHREIBER, op. cit., pp. 124-125).

⁸³ A este respeito, permita-se remeter, novamente, à **COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. Revista de Direito Civil Contemporâneo. n. 2. v. 3. P. 333-348. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015** TO E SILVA, 2015.

difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular⁸⁴.

Este complexo fenômeno parece anunciar, conjuntamente a outras evidências, o ruir da exclusividade do modelo fundado no direito subjetivo, o qual, fruto de uma concepção individualista, é flagrantemente insuficiente em reduzir o próprio significado da dignidade humana e dos direitos dela decorrentes, com real potencialidade de lesão, e, por conseguinte, de acionamento da responsabilidade civil.

Por outro lado, cresce a importância da atuação jurisprudencial, que, não limitada por um elenco pretensamente completo e acabado de interesses descritos pela legislação, deve avançar no sentido de atender às demandas e responder às expectativas cada vez mais complexas dos jurisdicionados.

Caminha-se, em realidade, para um sistema de solidariedade, em que a ressarcibilidade é mais ampla, mas reduzida no valor individual da indenização⁸⁵, algo coerente à incontroversa finalidade contemporânea da responsabilidade civil, que se desloca do escopo de punição da conduta subjetivamente reprovável, para a reparação efetiva do ofendido⁸⁶, e coerente à solidariedade social, valor central do direito privado contemporâneo.⁸⁷

A aprovação de maior autonomia na atuação dos Tribunais, entretanto, não solucionou a insegurança que permeia atuação em matéria de responsabilidade civil, em especial pelo descontrole sobre os critérios utilizados nesta seleção e, também, por poder eventualmente representar o extremo oposto do inconveniente dos sistemas internamente fechados em disposições legislativas.

Ainda que (em parte) superado o centralismo oitocentista do legislador, as preocupações com o arbítrio de uma atuação judicial pouco criteriosa também assombra os privatistas. Se um sistema taxativo é preocupante, porque limita

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional. In: Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 37.

⁸⁵ É o que SCHREIBER chama de “diluição dos danos” (SCHREIBER, 2015, pp. 224-226).

⁸⁶ Patrice Jourdain, neste ponto, é bastante clara: “*Au moment ou s'affirme avec plus de force la fonction indemnitaire de l'institution, le fondement spiritualiste et individualiste que lui a donné Le Code Civil semble de plus en plus inadapté à cette fin.*” (JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2003, p. 11).

⁸⁷ Neste tocante, Anderson Schreiber analisa: “*Longe de ser restrita ao âmbito probatório, esta flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos. Neste contexto, os pressupostos*”. (SCHREIBER, op. cit., p. 83).

inadequadamente a ressarcibilidade, não é menos consternador um modelo aberto à atuação do judiciário sem os devidos limites estipulados por critérios normativos⁸⁸.

Assim é que inúmeros foram os critérios pensados para limitar o subjetivismo da produção jurisprudencial em matéria de reparação de danos⁸⁹. Tudo isso visando cumprir com o escopo reparatório da responsabilidade civil contemporânea, protegendo os interesses efetivamente mercedores de tutela, sem abrir demasiadamente o campo para ajuizamento de demandas frívolas⁹⁰, que encontram na reparação monetária, eleita com certa exclusividade pelos tribunais no julgamento das ações de reparação, terreno fértil para se proliferarem.

Como é curial, não há solução única e acabada que resolva a questão em sua integralidade. *“Ao contrário, encontra-se superado o tempo das propostas de reforma integral, que pretendiam a substituição do instituto por sistemas que solucionassem de forma unitária e global o problema dos danos em toda sua complexa multiplicidade”*.⁹¹

⁸⁸ *“É inegável que a discricionariedade judicial desempenha importantíssimo papel na seleção dos interesses mercedores de tutela. Demonstrou-se, a mais não poder, a insuficiência da orientação que pretende reservar ao legislador a definição dos novos danos dignos de ressarcimento. Justamente por isso, na maior parte das experiências jurídicas, a jurisprudência tem liderado, a partir de seu contato privilegiado com os conflitos particulares e de seu crescente ativismo na proteção da dignidade humana, o processo de identificação dos novos interesses tutelados. Por outro lado, a estrutura hierarquizada da organização judiciária tem, à falta de critérios ou métodos determinados de seleção, funcionado como o principal mecanismo uniformizador da ressarcibilidade de danos, freando o sucesso de demandas que causam certa perplexidade nos setores mais conservadores do pensamento jurídico. Se é certo que tal resistência, muitas vezes, justifica-se diante da ausência de fundamento normativo para a reparação, não é menos correto que, em igual número de ocasiões, vem inspirada pela mera rejeição à novidade de um interesse tutelável, a demonstrar que a simples manutenção do status quo ou da normalidade social não pode se converter em um critério válido de seleção. (...). Nada disto exclui a ampla área deixada, em matéria de reparação de danos, à discricionariedade judicial. Exige-se, todavia, que tal discricionariedade seja exercida com redobrada atenção a parâmetros extraídos do ordenamento jurídico positivo. Sobretudo no que diz respeito às cláusulas gerais – em especial àquela de tutela da dignidade humana - , a investigação cautelosa do dado normativo consubstancia-se no único porto seguro a legitimar a atuação jurisprudencial.”* (SCHREIBER, 2015, pp. 138-139).

⁸⁹ Os diversos critérios pensados demonstraram que, apesar de não ser recomendável instituir um sistema demasiadamente fechado e taxativo de danos, o atuar jurisprudencial não pode se afastar de um critério normativo que limite sua discricionariedade. A respeito, explica Anderson Schreiber: *“As constatações de que a identificação dos danos ressarcíveis encontra-se sujeita à discricionariedade judicial, e de que tal discricionariedade não pode afastar-se do dado normativo, longe de serem banais, decretam a inevitável impropriedade de todos os critérios que, já descartados ou não em seu conteúdo, não encontrem no ordenamento jurídico seu fundamento. Por outro lado, resta evidente que a simples remissão ao ordenamento jurídico, entendido aqui como conjunto positivo de normas, não oferece solução precisa ao problema da seleção dos interesses mercedores de tutela, caso em que todo o esforço representado pela indicação dos mencionados critérios seria, além de equivocado, desnecessário, de pronto.”* (SCHREIBER, op. cit., p. 140).

⁹⁰ A expressão é de Anderson Schreiber (Ibidem, p 187 e seguintes).

⁹¹ Ibidem, p. 257.

Ademais, também a análise sobre todas as nuances daquilo que se entende como dano reparável poderia render, isoladamente, um trabalho inteiro de dissertação – este não é, como se sabe, o objetivo, bastando, para os fins aqui buscados, a exposição das linhas gerais que perpassam o assunto, como se pretendeu modestamente fazer.

A diluição dos filtros clássicos da responsabilidade civil confere, contemporaneamente, uma configuração singular a este âmbito do direito obrigacional em relação àquela da sua origem. Se, no passado, a responsabilidade encontrava limitação diante da rigidez dos seus elementos, atualmente se molda em torno do seu objetivo reparatório e compensatório, o que lhe custa, como dito, certa fluidez e incerteza.

A análise das cláusulas sobre o dever de indenizar, convenções que tendem a excepcionar as regras gerais da responsabilidade civil, relaciona-se intimamente com todo esse percurso. Essas cláusulas, em última análise, são fruto da exponencial propagação das pretensões reparatórias, e visam, na contramão deste movimento, tutelar o valor que é relegado a um espaço secundário quando ponderado com os objetivos da responsabilidade atual.

Em outras palavras, se o intuito da responsabilidade contemporânea é, acima de tudo, tutelar a vítima do dano, as cláusulas de modulação do dever de reparar se prestam a atenuar a obrigação de indenizar a recair sobre o ofensor, gerando previsibilidade sobre eventuais perdas e danos decorrentes de determinada relação.

Não é, todavia, porque se colocam na contramão do desenvolvimento mencionado que se pode afirmar, *a priori*, serem estas cláusulas contrárias à moralidade ainda necessária na disciplina da responsabilidade civil; nem que seriam meios ilegítimos de tutela de interesses, por, aparentemente, contrariarem a cadeia de valores sociais que circundam este âmbito do direito obrigacional.

O problema da admissibilidade das cláusulas sobre o dever de indenizar, em síntese, está em verificar se há espaço possível, juridicamente, para o conteúdo dessas convenções, diante de um sistema de responsabilidade calcado na justiça comutativa e na solidariedade (e no princípio da reparação integral ⁹²), e de uma

⁹² A respeito deste princípio, trataremos melhor no item seguinte deste capítulo.

ordem contratual que relativizou a autonomia privada para privilegiar a boa-fé e a funcionalização dos institutos.

A ponderação dessas questões será objeto dos próximos Capítulos.

2.2.2 O princípio da reparação integral

Como visto no item precedente, a responsabilidade civil se constitui em um dos ramos mais sensíveis do direito, o que fica evidenciado pela sua vertiginosa expansão e pela significativa mutação do seu conteúdo e fundamentos tradicionais, ao sabor das alterações econômicas e sociais⁹³.

Esta significativa expansão, ainda que seja coerente às expectativas cada vez mais frequentes de reparação das vítimas de eventos danosos, também não é imune a críticas, mas igualmente fonte de inquietações, em especial porque é visível que sua ampliação desmedida e incontrolável pode se constituir em mecanismo direto de “*aniquilamento da iniciativa privada*.”⁹⁴

E o princípio da reparação integral, de função basilar, é uma das razões para tal preocupação, já que, quando aplicado em seus ulteriores termos, pode acarretar a obrigação de indenizar em relevante proporção, a ponto de alimentar a dúvida sobre a viabilidade econômica de manutenção de atividades potencialmente causadoras de danos.

⁹³ A respeito dessas alterações, apropriadas as palavras de Arnaldo Wald: “A evolução econômica e social fez da responsabilidade civil o problema central do direito privado no século XX e no início do século XXI. Com efeito, há um século que o movimento de ideias não tem sido tão intenso em nenhuma outra matéria. A revolução industrial transformou os dados da responsabilidade civil, que, de um dia para outro, dominou os tribunais, monopolizou os processos, fez convergir sobre ela os tratados e as monografias. A evolução tecnológica, as novas condições econômicas e a ideia de solidariedade social têm feito da responsabilidade civil uma das questões mais discutidas no direito privado e no direito público. (...). Por outro lado, a questão da responsabilidade civil sai do quadro já muito amplo do Direito para suscitar um problema moral. E, assim, a discussão jurídica vai ultrapassando o domínio da técnica do Direito Civil para afetar, por suas conclusões, toda a escala de valores.” E, em outro trecho, aduz: “O desenvolvimento da noção de responsabilidade civil não se explica somente pelos fatores econômicos e sociais, mas também pela psicologia particular do homem do nosso tempo, que se recusa a crer no inevitável, na fatalidade, no acidente causado pela vida, procurando sempre um responsável pelos danos e prejuízos que sofre.” (WALD, 2015, pp. 21-22).

⁹⁴ DIAS, 1980, p. 19.

Não é por outra razão que, ao longo do desenvolvimento da responsabilidade civil, foram pensados mecanismos de se excepcionar a aplicação deste princípio, sendo as cláusulas sobre o dever de indenizar, aqui objeto de estudo, apenas um deles. Mas para poder tratar melhor dessas cláusulas, que se constituem, mais precisamente, em convenção de afastamento da regra geral da reparação integral, impõe-se a compreensão deste princípio.

Uma vez configurado o dever de indenizar, pela conjugação dos pressupostos da responsabilidade civil, o próximo passo na concretização do direito à reparação é a definição e a fixação da indenização, propriamente. E esta fixação tem como norte, em regra, o conteúdo do princípio da reparação integral.⁹⁵

Foi o direito francês que inicialmente consagrou este princípio pela codificação civil, em seu art. 1.149⁹⁶, deixando claro que a extensão do dever de reparação deve ser medida pela extensão do prejuízo sofrido pelo ofendido⁹⁷. Por esta concepção, ademais, fica patente a finalidade da responsabilidade civil, antes já referida: a de reparação plena e efetiva da vítima do dano, antes e acima da repressão do ofensor.⁹⁸

No Código Civil brasileiro, o princípio foi positivado pelo art. 944, *caput*, que dispõe sinteticamente: “a indenização mede-se pela extensão dos danos”.

O escopo do princípio, sinteticamente, é conferir ao ofendido uma reparação que permita a sua colocação em situação igual ou mais próxima àquela em que se encontrava antes do evento do danoso, neutralizando os efeitos do dano tanto quanto possível.

É evidente que, diante de danos não patrimoniais, como aqueles que atingem a saúde e a integridade física, ou outros direitos correlatos à dignidade humana, a restituição dificilmente será completa, mas “apenas aproximativa”⁹⁹.

⁹⁵ “O princípio da reparação integral ou plena constitui a principal diretriz do operador do direito para orientar a quantificação da indenização pecuniária.” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48).

⁹⁶ “Article 1.149: Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.” (FRANÇA, Code Civil, 1804. Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=AE39DBC2270B7E6DE7751CCFEE3363AA.tpdila08v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160322> Acesso em 20/01/16).

⁹⁷ Os irmãos Mazeaud e André Tunc, a respeito, já afirmavam que “os danos e prejuízos se medem pelos prejuízos sofridos, não pela culpa”. (MAZEAUD, MAZEAUD, TUNC. *Tratado teórico e prático de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires, EJEJA, 1961, p. 397).

⁹⁸ SANSEVERINO, op. cit., p. 49.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 322.

Ainda assim, esta condição não é suficiente para afastar o norte a ser observado na fixação do *quantum* indenizatório, que é o princípio da reparação integral.

Paulo de Tarso Sanseverino, em obra originada da sua tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, aborda os lindes essenciais desse princípio e explica que teve origem na filosofia aristotélica sobre a *justiça comutativa ou corretiva*, desenvolvida na “*Ética a Nicômaco*”^{100/101}.

Nesta obra, o filósofo grego expôs sua compreensão de que a justiça, em uma das suas facetas, seria a composição adequada entre perdas e ganhos pelas vítimas dos eventos danosos, explicando que “*o justo, portanto, é em certo sentido um meio termo entre o ganho e perda nas ações que não se incluem entre as voluntárias, e consiste em ter um quinhão igual antes e depois da ação*”¹⁰².

Os valores da justiça corretiva de Aristóteles, com as devidas contribuições posteriores de Tomás de Aquino, retornaram às codificações contemporâneas após a superação dos traços mais marcantes das concepções liberais oitocentistas. A inclusão do princípio da reparação integral, nesta toada, figurou como importante elemento de concretização deste movimento de superação.¹⁰³

O princípio apresenta uma função tríplice, conforme originalmente abordado pela doutrina francesa: a) de reparação completa do dano (função compensatória); b) de vedação ao enriquecimento injustificado (função indenitária); e c) de avaliação concreta dos prejuízos (função concretizadora).¹⁰⁴

A máxima de que a reparação deve cobrir “*tout le dommage, mais rien que le dommage*”¹⁰⁵, contém em si essas três funções e, em última análise, delimita os efeitos da aplicação do princípio ao caso concreto.

A função compensatória, inicialmente, expõe o escopo de reparar completamente o dano causado, dando ao princípio a face de piso da indenização, que, por regra geral, deve ser equivalente ao dano sofrido, e não inferior. É nesta função que se reforça o cerne do princípio enquanto herança da justiça comutativa

¹⁰⁰ SANSEVERINO, 2010, p. 51.

¹⁰¹ Neste sentido, também, VILLEY, Michel. Histórico sobre o tempo responsável. Tradução de André Rodrigues Corrêa. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 1, maio 2005, p. 139.

¹⁰² ARISTÓTELES. A *Ética a Nicômaco*, 1992, p. 99 (V, 1, 1133a)

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. 2003, p. 463.

¹⁰⁴ SANSEVERINO, op. cit., p. 57.

¹⁰⁵ VINEY, Geneviève. *Les obligation: la responsabilité, effects (Traité de droit civil)*. Paris: LGDJ, 1988, p. 81.

ou corretiva da filosofia aristotélica¹⁰⁶. Em suma, a função compensatória é que dispõe que entre dano e indenização deve haver equivalência, compensando o ofendido na exata dimensão do agravo perpetrado pelo dano, afastando a sua situação de prejuízo.¹⁰⁷

Mas o princípio não atua apenas enquanto piso.

Há também a chamada função indenitária, igualmente marcante, e que, na contramão da função compensatória, tem por escopo fixar o teto da indenização. Em outras palavras, *“estabelece que a extensão dos danos constitui o limite máximo da indenização. Os prejuízos efetivamente sofridos pelo lesado constituem não apenas o piso, mas também o teto indenizatório”*¹⁰⁸.

Esta função do princípio da reparação integral guarda íntima relação com a vedação ao enriquecimento sem causa, enquanto *“cláusula geral intrassistêmica”* para limitar os excessos indenizatórios¹⁰⁹. O dever de reparar decorrente da responsabilidade civil não pode ser fonte de enriquecimento para o sujeito lesado, mas deve limitar-se estritamente aos contornos do dano.

Não apenas piso, mas também teto, portanto.

Não se deve, todavia, em razão desta função indenitária, confundir a responsabilidade civil com o instituto do enriquecimento sem causa. Constituem-se em obrigações autônomas distintas¹¹⁰ e suas conseqüências também não coincidem. Ainda que possa haver semelhanças originárias entre ambos¹¹¹, o dever de indenizar um dano não equivale à restituição ligada ao enriquecimento sem causa, já que o dever de restituição por enriquecimento injustificado não pressupõe a existência de dano, enquanto o dever de reparação civil depende da concretização deste elemento.

¹⁰⁶ “No Brasil, o enunciado normativo do art. 944, caput, do CC/2002 expressa a exigência legal de que, na medida do possível, ‘a indenização mede-se pela extensão do dano’, sendo um consectário do ideal aristotélico de justiça comutativa (ou compensatória)”. (SANSEVERINO, op. cit., p. 59).

¹⁰⁷ SANSEVERINO, 2010, p. 58.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 59.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 62.

¹¹⁰ NORONHA, 2003, p. 413.

¹¹¹ A respeito das possíveis semelhanças, explica Pontes de Miranda: *“a parentença entre enriquecimento injustificado e ato ilícito absoluto (arts. 159 e 160), gerador do dever de indenizar, começa na formação dos suportes fáticos. (...). Em ambos cogita-se da alteração no estado de coisas entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. (...). Porém, logo se apercebe que o ser contrário a direito não é requisito que se encontre em todos os casos de pretensão pelo enriquecimento indevido, nem no é, tampouco, a culpa: o enriquecimento sem causa pode entrar no mundo jurídico ainda que não tenha havido culpa, nem sequer se trate de ato (c. g. avulsão)”* (PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955-1972. v. 26. § 3132, n. 3, p. 121).

Mais correto, portanto, parece ser definir a função indenitória como uma faceta do princípio da reparação integral, sem identificá-la totalmente ao enriquecimento sem causa, ainda que se reconheça uma íntima relação entre ambos¹¹², ditada pelo objetivo da função indenitória que é o de evitar o enriquecimento injustificado do ofendido pela percepção de indenização.

Pelo que se viu até aqui, insta mais uma vez reforçar que a configuração dada ao princípio da reparação integral reflete a sua coerência ao sistema de responsabilidade civil de função reparadora, que atua antes em favor da vítima do dano do que sobre o ofensor, e afasta-se, inclusive, dos sistemas que contemplam os *punitive damages* (como ocorre, por exemplo, nos ordenamentos do sistema da *common law*¹¹³).

A função indenitória impõe-se como verdadeira barreira à configuração da indenização punitiva, a impedir que, eventualmente, em função da ausência de tratamento legal expresso, a indenização tome a forma de mecanismo de sanção civil do ofensor, em especial a partir da atuação da jurisprudência.^{114/115}

O princípio da reparação integral ostenta, ainda, uma função concretizadora de fundamental importância. A indenização, como visto, deve ser medida pelo dano; nem mais, nem menos que a extensão do dano. Mas a análise que precederá a fixação do *quantum* indenizatório deve ser concreta, fugindo de padronizações abstratas e de eventuais tarifamentos de indenização.

¹¹² Diferenciando um e outro, Paulo de Tarso Sanseverino elucida: “*Uma diferença fundamental está em que o enriquecimento sem causa atua na esfera patrimonial do enriquecido, determinando a restituição da vantagem indevidamente obtida (restitutio in integrum), enquanto a responsabilidade civil tem por função a reparação dos danos com a reposição do patrimônio do lesado no estado anterior ao evento danoso (status quo ante).*” (SANSEVERINO, 2010, p. 61).

¹¹³ “(...) *uma visão sancionatória ou preventiva pura reclamaria, como tom mais intenso, que a indenização pudesse superar o montante do dano efectivo (...), assumindo a natureza de coima, pena privada ou de acordo com a expressão anglo-saxônica, de punitive ou exemplary damages.*” (PROENÇA, João Carlos Brandão. A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual. Coimbra: Almedina, 1997, p. 165-166).

¹¹⁴ A respeito, explica Sanseverino: “*Sem texto legal expresso, o acolhimento da indenização punitiva, no nosso direito, esbarra exatamente na função indenitória do princípio da reparação integral, pois a extensão dos danos funciona como teto indenizatório, impedindo uma indenização superior ao seu montante efetivo. Ora, a imposição de punitive damages, seja como propósito de punir o demandado (punishment), seja de prevenir atos semelhantes (deterrence), ensejaria uma indenização muito superior à extensão dos danos sofridos pela parte demandante, que não se mostra compatível com o princípio da reparação integral expressamente acolhido pelo art. 944, caput, em nosso sistema de responsabilidade civil.*” (SANSEVERINO, op. cit., p. 74).

¹¹⁵ No direito francês, os *punitive damages* (ou *dommages-intérêts punitifs*, como lá são chamados) também encontram rejeição por parte da doutrina mais especializada. A respeito, conferir LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*. Paris: Dalloz, 2000.

Esta faceta do princípio deve se exprimir com especial energia na atuação jurisdicional, que é soberana para apreciar e avaliar os fatos. Na expressão de Clóvis do Couto e Silva¹¹⁶, também lembrada na obra de Sanseverino, “a concretização do princípio pela casuística judiciária constitui uma obra de ‘finesse jurídica’ ou a *matter of judicial politics*.”¹¹⁷

Se o escopo do princípio é colocar a vítima tão próxima quanto possível do *status quo ante* ao evento danoso, não pode prescindir de uma análise concreta, que norteará a fixação da indenização para que corresponda, ao menos idealmente, aos prejuízos reais sofridos naquela dada e específica relação¹¹⁸. Em última análise, o princípio encarna a exigência de personificação e individualização da indenização, que deve ter por fundo os fatos e os elementos concretos levados a júízo.

A despeito de representar o estágio de desenvolvimento da responsabilidade civil, e de se alinhar com perfeição ao seu escopo de reparação efetiva das vítimas do dano, o princípio da reparação integral não é imune a críticas, em especial porque a sua aplicação irrestrita pode significar um “*inferno de severidade*”¹¹⁹ ao responsável.

Ao medir a indenização tão somente pela extensão do dano, desconsiderando outros elementos como a capacidade econômica do ofensor, o proveito obtido com o ato ilícito e as necessidades reais da vítima, pode ocorrer que o seu valor, no caso concreto, seja expressivamente desproporcional em relação à gravidade da culpa ou do risco que o produziu, conduzindo a solução contrária à equidade¹²⁰. Sem contar que diante dos danos extrapatrimoniais, que não têm, a *priori*, conteúdo econômico, a aplicação do princípio parece restar prejudicada.

Não se pode desconsiderar, ademais, consoante apontou a autora francesa Geneviève Viney¹²¹, que os custos de uma amplíssima indenização, norteadas sempre e inafastavelmente pelo princípio da reparação integral, acabam sendo transferidos à comunidade como um todo. É que os bens das mais diversas naturezas, frutos de atividades fundadas em consideráveis riscos e que são essenciais à sociedade, terão seus preços acrescidos de valor suficiente a cobrir as

¹¹⁶ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. Paris: RSNJ, 1988.

¹¹⁷ SANSEVERINO, 2010, p. 77.

¹¹⁸ Ibidem, p. 76.

¹¹⁹ A expressão é de SANSEVERINO, ibidem, p. 78.

¹²⁰ Ibidem, loc. cit.

¹²¹ VINEY, 1988, p. 85.

quantias potencialmente devidas a título de indenização, o que “*não valoriza adequadamente os progressos de nossa civilização*”.^{122/123}

Este parece ser, como se verá no último Capítulo, a crítica mais contundente a pairar sobre o *status* conferido a este princípio – na maior parte das vezes tido como inafastável sobre a fixação do *quantum* indenizatório.

Em síntese, o princípio da reparação integral ocupa o cerne do sistema de responsabilidade civil, tanto no Brasil como na França. É o valor que orienta os juízos de fixação do valor da indenização, e nem poderia ser diferente, diante do escopo fundamental da responsabilidade. Isso não significa, entretanto, que sua aplicabilidade ilimitada e sem as devidas ponderações no caso concreto não produza distorções, como as que foram citadas por Viney.

Esta situação, inclusive, é que impulsionou a disposição sobre mecanismos de flexibilização do princípio, como a cláusula geral de redução da indenização, prevista no direito brasileiro no parágrafo único do art. 944 do Código Civil nacional, que atinge notadamente a responsabilidade extracontratual, e as cláusulas contratuais de exoneração e limitação do dever de reparar, objeto deste trabalho, especialmente aplicáveis à responsabilidade contratual.

As cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar são, em última análise, disposições convencionais que visam afastar a aplicabilidade automática e irrestrita do princípio da reparação integral em determinada relação, estatuidando limitações ao dever de reparar eventual dano decorrente daquela relação.

Busca, em síntese, mitigar os efeitos de uma responsabilização amplíssima, originada da flexibilização dos filtros tradicionais da responsabilidade civil e pela aplicação automática do princípio da reparação integral.

Tendo em vista a disponibilidade do direito à percepção de indenização, referidas cláusulas excepcionam a imposição do princípio, dispondo um regime diferenciado de indenização, devidamente negociado pelas partes envolvidas, e considerando todo o escopo buscado na relação, consoante será mais adiante abordado.

¹²² SANSEVERINO, 2010, p. 78.

¹²³ Paulo de Tarso Sanseverino não concorda com a posição da autora francesa, sustentando que os custos do desenvolvimento e dos riscos por ele produzidos não podem ser transferidos aos consumidores, incumbindo sua assunção pelos agentes empresariais responsáveis que, na sua opinião, detêm condições suficientes para tanto (cf. SANSEVERINO, 2010, p. 79).

A posição que sustenta essa disponibilidade não é, entretanto, inconteste, especialmente no direito francês.

A disciplina da responsabilidade civil no direito francês funda-se na teoria dualista, isto é, de subdivisão interna da disciplina da responsabilidade civil em dois distintos âmbitos de incidência¹²⁴, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual ou delitual, como é lá denominada.

No que concerne à responsabilidade extracontratual, reconhece duas naturezas de atos lesivos: os delitos e os quase-delitos. Ainda que sejam atos distintos, o regime que se aplica a ambos quanto à aceitação das cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar é o mesmo: na ocorrência de um ou de outro, inadmite-se a possibilidade modulação do dever de indenizar para o fim de afastar a aplicabilidade do princípio da reparação integral.

Isso porque, na França, em face dessa nítida subdivisão dos âmbitos da responsabilidade civil, o princípio da reparação integral acabou sendo objeto de diferentes abordagens, ou de diferente valoração. E, o que é mais marcante, é que no âmbito da responsabilidade extracontratual, este princípio é considerado valor de ordem pública.

O direito francês, quando diante de situações de exceção do princípio em ponderação com outros valores tutelados pela ordem jurídica, já firmou o entendimento de que, na seara não contratual, prevalece o princípio da reparação integral sobre quaisquer outros valores, em especial o da autonomia da vontade, porque nesta seara é reparação integral encontra proteção na ordem pública¹²⁵.

O insigne autor Wanderley Fernandes explica os fundamentos que mantêm essa posição:

¹²⁴ Neste sentido explica FARIAS, Mariama Rocha de. **Les clauses limitatives de la responsabilité civile extracontractuelle – analyse de droit comparé**. 50 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, Université Paris I – Panthéon Sorbonne, Paris, 2010-2011. Disponível em: <http://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2011/12/Mariama-Farias-Les-clauses-limitatives-de-la-responsabilit%C3%A9-civile-extracontractuelle.pdf>. Acesso em 12/12/15.

¹²⁵ “Par principe, la théorie de l’autonomie de la volonté autorise les parties à contracter ce qu’elles veulent, pourvu que certaines règles impératives e l’ordre publique soient respectés. Parmi les règles d’ordre publique, la jurisprudence française inclut le principe de la réparation intégrale du dommage, issu de la responsabilité civile délictuelle”. Tradução livre: “Por princípio, a teoria da autonomia da vontade autoriza as partes a contratar o que quiserem, desde que algumas regras imperativas e a ordem pública sejam respeitadas. Dentre as regras de ordem pública, a jurisprudência francesa inclui o princípio da reparação integral do dano, próprio da responsabilidade civil extracontratual”. (FARIAS, op. cit., p. 3)

Para os autores franceses Geneviève Viney e Patrice Jourdain, as regras que governam a responsabilidade civil extracontratual estão inspiradas na preocupação de manter o equilíbrio entre a liberdade de ação e a segurança dos indivíduos e dos grupos sociais. Nesse contexto, faz sentido afirmar que a norma que assegura a indenização da vítima é de ordem pública e não pode ser afastada. Na esteira desses autores, Marianne Faure Abbad noticia a existência de numerosas decisões declarando nulas as cláusulas restritivas de responsabilidade delitual, tendo como fundamento a ordem pública. François Chabas confirma o entendimento da casuística pela nulidade, manifestado por uma jurisprudência inexata, mas *presque constant*¹²⁶.

Diferentemente do que sucede no âmbito contratual, em que há disposição normativa acerca da extensão do princípio da reparação integral¹²⁷, na seara extracontratual tal entendimento se impôs por meio da jurisprudência, que, neste ponto, já se mostra bastante estável^{128/129}. Os Tribunais franceses são irredutíveis no mérito da questão, inadmitindo, em absoluto, as cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar no âmbito extracontratual por considerá-las afrontosas a um princípio de ordem pública.

A posição, como é curial, é alvo de críticas, sob o argumento de sua artificialidade em conferir *status* diferentes a um mesmo princípio, conforme o âmbito de sua incidência (contratual ou extracontratual), e da incoerência da interdição à contratação de direitos disponíveis das partes (como o é o direito à reparação pecuniária de um dano). Sustenta-se, com base em tais razões, a ausência de razoabilidade na colocação do princípio em patamar de valor de ordem pública.

Henri e Léon Mazeaud e François Chabas, expressam também oposição a este posicionamento, asseverando se tratar de argumento inexato, especialmente

¹²⁶ FERNANDES, Wanderley. Coleção direito em contexto: cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 3 do ponto 3.1 (e-book).

¹²⁷ O art. 1.149 do Código Civil francês dispõe: “*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu’il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.*” (FRANÇA, Code Civil, 1804. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=AE39DBC2270B7E6DE7751CCFEE3363AA.tpdila08v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160322> Acesso em 20/01/16).

¹²⁸ “*Ce principe s’applique non seulement en matière contractuelle (prévu dans l’article 1149 du Code Civil), mais aussi en matière délictuelle. Dans le premier cas, il a une source légale (l’article 1149 du Code Civil) et dans le dernier cas, la source est jurisprudentielle.*” In: FARIAS, 2010-2011, p. 14.

¹²⁹ Para além das críticas ao mérito sobre o entendimento pela inadmissibilidade *a priori* das cláusulas exoneratória e limitativa na responsabilidade extracontratual, a doutrina francesa também critica o argumento de que princípio da reparação integral teria valores diferentes, conforme o domínio no qual ele é aplicado (contratual ou extracontratual). Neste sentido: “*Aucune raison ne permet de reconnaître au principe de la réparation intégrale une valeur juridique différent selon le domaine dans lequel il intervient.*” (BACACHE-GIBEILLI, apud FARIAS, 2010-2011, p. 15) Tradução livre: “*Nenhuma razão permite reconhecer ao princípio da reparação integral um valor jurídico diferente conforme o domínio em que ele intervém.*”

¹²⁹ FARIAS, 2010-2011, p. 24.

quando utilizado para invalidar as cláusulas sobre o dever de indenizar. Defendem que, ao reconhecer como válida a transação *a posteriori* sobre o dever de reparação, firmada entre vítima e ofensor na seara extracontratual, sem visualizar qualquer afronta a norma cogente, o entendimento de que a transação antecipada que afasta o princípio da reparação integral fere a ordem pública incorre em imprecisão lógica e técnica¹³⁰.

Tal valoração sobre o princípio da reparação integral está entre os fatores que mais afetam a discussão sobre a admissibilidade das cláusulas sobre o dever de indenizar. Ainda que a compreensão de que o princípio em tela é de ordem pública apenas quando se tratar de dano extracontratual, toda a discussão sobre a possibilidade das cláusulas que tendem afastar esse princípio, ainda que na seara de obrigações contratuais prévias, resta por ela afetada. Feita esta introdução, retomaremos este ponto no último Capítulo.

¹³⁰ MAZEAUD, Henri et Léon.; MAZEAUD, Jean. CHABAS, François. *Leçons de droit civil: obligations*. 9.ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 778.

3 AS CLÁUSULAS EXONERATÓRIA E LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR E O CONTEXTO NORMATIVO DE SUA FUNDAMENTAÇÃO

3.1 TERMINOLOGIA, CONCEITUAÇÃO E DIFERENCIAÇÃO DE OUTROS INSTITUTOS SIMILARES

3.1.1 A cláusula de não indenizar

Várias são as terminologias utilizadas para a designação das convenções objeto deste trabalho, desde “cláusula de irresponsabilidade”, “cláusula exoneratória de responsabilidade” até “cláusula de não indenizar”. Importantes autores fazem uso dessas designações, dentre os quais destaca-se José de Aguiar Dias, autor que deu à doutrina privatista nacional o primeiro trabalho de peso sobre o tema, abordando as inúmeras contribuições estrangeiras no delineamento da matéria, em especial da doutrina francesa.

Dias, a despeito do uso da terminologia “cláusula de irresponsabilidade” - e contrariando a tendência de coincidência entre a escolha terminológica e a respectiva compreensão que se tem do instituto -, define esta cláusula como convenção destinada ao afastamento do *dever de indenizar* decorrente de responsabilidade por inadimplemento contratual ou infração legal^{131/132}.

A despeito de utilizar, não raras vezes, o termo “irresponsabilidade” na designação desta cláusula, e mesmo de aludir à expressão “cláusula de irresponsabilidade” como sinônima à “cláusula de não indenizar”, defende se tratar de convenção destinada, tão somente, ao afastamento do *dever de indenizar* decorrente da responsabilidade contratual ou extracontratual.

Apesar da completude e da genialidade de seu trabalho, Dias aproveita da definição do autor francês Félix Cluzel para conceituar a referida cláusula, a qual,

¹³¹ “A cláusula de irresponsabilidade é, por definição, uma convenção e, também por definição, pressupõe uma obrigação eventual e futura de indenizar, que ela antecipadamente afasta.” (DIAS, 1980, p. 39-40).

¹³² A incidência das cláusulas sobre o dever de indenizar no campo da responsabilidade extracontratual não é objeto do presente trabalho. Mas, referimos ao assunto brevemente na nota de rodapé nº 78.

todavia, não nos parece a mais precisa: “cláusulas de irresponsabilidade são as convenções pelas quais o devedor eventual da obrigação de indenizar obtém do credor eventual da mesma obrigação a renúncia à ação de perdas e danos”¹³³.

Afirma-se isso porque a renúncia contida no cerne da convenção não recai sobre a ação de ressarcimento por danos, mas sobre a percepção material da indenização, propriamente. Wanderley Fernandes, analisando esta definição, pondera que “*pelos mesmas razões indicadas por José de Aguiar Dias, ou seja, de que a convenção está adstrita à reparação*” pode-se inferir que “*(...) a renúncia diz respeito ao direito à própria reparação e não ao direito de ação*”¹³⁴.

Não obstante, da leitura integral da obra de Dias fica latente a sua posição no sentido de que a cláusula exoneratória do dever de indenizar afasta apenas o dever futuro de reparação de determinado dano, e não a responsabilidade civil em si mesma, que, segundo defende o autor, somente pode ser afastada pela lei quando enumera as hipóteses excludentes de responsabilidade¹³⁵.

Fernandes, na mesma toada, sustenta que a cláusula em apreço se presta ao afastamento do dever de reparar decorrente de inadimplemento contratual ou de infração legal, ainda que intitule sua obra fazendo referência à limitação e à exclusão da *responsabilidade*¹³⁶.

Seguindo a mesma linha, posicionam-se outros importantes autores como Darcy Bessone¹³⁷, António Pinto Monteiro¹³⁸, Ana Prata¹³⁹, Antonio Junqueira de

¹³³ CLUZEL apud DIAS, 1980, p. 37.

¹³⁴ FERNANDES, 2013, p. 12 do item 2.2 (e-book).

¹³⁵ “*Ninguém pode deixar de ser responsável, porque a responsabilidade corresponde, em ressonância automática, ao ato ou fato jurídico. Produzido este, a responsabilidade do agente a quem se liga será uma realidade. A cláusula não suprime a responsabilidade, porque não a pode eliminar, como não se elimina o eco. O que se afasta é a obrigação derivada da responsabilidade, isto é, a reparação*”. (DIAS, 1980, p. 38).

¹³⁶ “*Por esta razão, propugnamos que a definição em foco deveria referir-se, diretamente, à indenização. Sendo assim, as convenções de exoneração e limitação de responsabilidade poderiam ser definidas como **convenções pelas quais as partes, em certos termos, previamente à ocorrência de um dano, excluem o dever de indenizar ou estabelecem limites, fixos ou variáveis, ao valor da indenização***” (Destacado no original). (FERNANDES, op. cit., p. 11 do item 2.2, e-book).

¹³⁷ É o que explica Darcy Bessone: “*Constitui objeto de viva controvérsia a chamada cláusula de não indenizar ou de irresponsabilidade, por meio da qual as partes excluem previamente a indenização de eventuais perdas e danos*”. (BESSONE, Darcy. **Do contrato – teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 261).

¹³⁸ “*(...) o acordo das partes poderá ir mais longe, visando não apenas a limitação da responsabilidade, mas a sua exclusão, e, conseqüentemente, o afastamento da própria obrigação de indenização*”. (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 98). Quanto ao referido entendimento do autor português, Letícia Avelar afirma: “*(...) a afirmação do jurista português (Pinto Monteiro) só não é de todo exata porque pressupõe ser conferida às partes a faculdade de excluírem a responsabilidade que, naturalmente,*

Azevedo¹⁴⁰, Giselda Hironaka¹⁴¹, Letícia Marquez de Avelar¹⁴² e Fábio Henrique Peres¹⁴³.

Sintetizando suas contribuições, pode-se definir a cláusula em análise como convenção que tem por objeto a derrogação do regime legal de quantificação do dever de indenizar decorrente da responsabilidade civil, para uma determinada relação, notadamente do princípio da reparação integral, estabelecendo a irreparabilidade de eventual dano decorrente de descumprimento de obrigação contratual ou de dever legal pelas partes que a estipularam.

A definição da autora portuguesa Ana Prata é ainda mais clara:

A cláusula não se inscreve no quadro dos pressupostos da responsabilidade, afastando qualquer deles, mas, ao invés, implica a sua verificação cumulativa e a conseqüente qualificação do devedor como

recairia sobre aquele que descumpriu suas obrigações – o que não é verdadeiro". (AVELAR, 2012, p. 46). Pinto Monteiro, ainda que refira à cláusula em apreço como cláusula de irresponsabilidade, não parece aderir integralmente a esta compreensão, tratando-se de mera imprecisão terminológica. Em outras partes de sua obra, o mesmo autor expressa claramente que as cláusulas em análise como convenções de afastamento do dever de indenizar o dano: *"a função da cláusula de irresponsabilidade é apenas, numa palavra, de restringir ou limitar a sanção pelo não cumprimento (lato sensu) das obrigações emergentes do contrato, ao nível da respectiva indenização, sem interferir, porém, com a exigibilidade dessas obrigações, que continua a justificar-se pelo fato de as partes, ao celebrar o negócio, pretenderem eu os efeitos práticos sejam juridicamente vinculativos"* (MONTEIRO, 1985, p. 187-188).

¹³⁹ PRATA, Ana. Cláusula de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Coimbra: Almedina, 1985.

¹⁴⁰ "A liberação, contratualmente obtida, é da indenização – não havendo, propriamente, admissão de irresponsabilidade". (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 201).

¹⁴¹ "(...) a cláusula de não indenizar, de natureza convencional que é, apresenta-se em face da nova situação jurídica que proclama e consagra, como uma escusativa do dever de indenizar, como uma circunstância exoneradora da obrigação de ressarcir o dano causado; e não como uma excludente de responsabilidade mesma, como uma causa específica de inculpabilidade". (HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano. In: DINIZ, Maria Helena. Atualidades Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 138-158).

¹⁴² "Não é .dado às partes afastarem a responsabilidade civil; esta é consequência prevista em lei, que advém automaticamente do inadimplemento contratual, da ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que causa dano a outrem, ou do dano resultante de atividade que, embora normalmente desenvolvida, implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. As partes não podem, por vontade própria, exonerar-se da responsabilidade que decorre da lei. O que se admite é a exoneração convencional do dever de indenizar, mas nunca da responsabilidade". (AVELAR, 2012, p. 46-47).

¹⁴³ "(...): limitando ou excluindo o dever de reparar, [as cláusulas sobre o dever de indenizar], asseguram às partes um conhecimento prévio das regras que definirão o montante máximo da indenização – ou, no caso específico das cláusulas excludentes, a ausência de indenização – abarcadas pela incidência da cláusula, alterando, portanto, o tratamento comum previsto na legislação". (PERES, Fábio Henrique. Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 42-43).

responsável. Esta qualificação corresponde a uma valoração do comportamento que reúne os requisitos da imputação do devedor das consequências danosas do mesmo. O resultado de tal qualificação é a adstrição do devedor a uma obrigação, cujo objeto é, então, o de eliminar no patrimônio do credor os efeitos patrimoniais daquela conduta ilícita e culposa. É esta consequência que constitui o objeto da cláusula exoneratória ou limitatória¹⁴⁴.

Estas não são, entretanto, definição e designação únicas.

O tema é analisado pela doutrina de longa data, mas a cláusula ainda não foi conceituada e denominada de forma incontroversa. A ausência de expresso tratamento legal na matéria, tanto no direito brasileiro¹⁴⁵ como no direito francês¹⁴⁶, parece ter contribuído para aumentar o espaço de questionamentos sobre seus lindes, resultando em posições por vezes antagônicas a respeito da sua conceituação e admissibilidade.

Nas inúmeras contribuições à matéria encontram-se posições as mais diversas: desde o tratamento da “responsabilidade” e do “dever de indenizar” como termos e elementos sinônimos, falando em “cláusulas de irresponsabilidade” e “cláusulas de não indenizar” como semelhantes, sem maiores preocupações com a precisão terminológica, até a diferenciação bem definida de cada uma dessas esferas, adotando-se uma ou outra expressão.

Há, assim, certo grupo de autores que, diferentemente dos anteriormente mencionados, não deixa claro se compreende a cláusula aqui em análise como

¹⁴⁴ PRATA, 1985, p.131.

¹⁴⁵ *“Importa observar que, ao contrário da cláusula penal e do seguro de responsabilidade civil, as cláusulas contratuais restritivas e exoneratórias do dever de indenizar não foram regulamentadas expressa e sistematicamente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo o instituto merecido tratamento legislativo esparso, em normas específicas voltadas a regulamentar domínios próprios. Revela-se, assim, a importância destacada da doutrina e da jurisprudência nesse campo.”* (PERES, 2009, p. 22)

¹⁴⁶ *“Le droit français des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité se présente comme une mosaïque. Regarde-le de trop près, vous n’y verrez que solutions partielles, interventions législatives ponctuelles, régimes spéciaux. Dans sa gènesse, ce droit manque, en effet, d’une ligne directrice générale. C’est pour l’essentiel un droit jurisprudentiel, formé de solutions successives, (...). De temps en temps, le législateur intervient, contrat par contrat, pour brider la liberté contractuelle: (...). Des règles et des solutions parcellaires, donc”.* (AYNES, Laurent. *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*. Centre de Droit des Obligations de l’Université de Paris, 1990. p. 7. No mesmo sentido, MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. *Tratado Teórico e Prático de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. t. 3, v. II, 5ª ed. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, p. 7). Tradução livre: “O direito francês das cláusulas limitativas ou exoneratórias de responsabilidade se apresenta como um mosaico. Observando-o de perto, não se verá que soluções parciais, intervenções legislativas pontuais, regimes especiais. Na sua origem, este direito carece, com efeito, de uma linha diretriz geral. É, essencialmente, um direito jurisprudencial, formado de soluções sucessivas (...). De tempos em tempos, o legislador intervém, contrato por contrato, para frear a liberdade contratual: (...). Regras e soluções parciais, portanto”.

exoneratória da responsabilidade civil, em si, ou do dever de reparar. O uso constante da terminologia “cláusula de irresponsabilidade” é a razão principal desta aparente imprecisão técnica na definição da cláusula em questão.

Dentre os autores que afirmam que as cláusulas em análise seriam cláusulas de irresponsabilidade, tem-se, Carlos Roberto Gonçalves¹⁴⁷, Antonio Silvestre Gonçalves¹⁴⁸ e Joaquim Marcelo Barbosa Da Silva¹⁴⁹, como também os autores franceses Paul Esmein e Henri Capitant¹⁵⁰, Elie Cassvan¹⁵¹, Prosper Sardou¹⁵² e René Demogue¹⁵³. Pelo que deixam transparecer das respectivas obras, defendem que a “cláusula de irresponsabilidade” teria o condão de afastar a responsabilidade civil, em si mesma, do devedor que incorre em descumprimento contratual ou infração legal.

Não se partilha, aqui, desta posição, por se entender que cumpre à lei determinar a responsabilização, como consequência de determinadas condutas causadoras de danos, ou não responsabilização (em especial pela enumeração de situações em que ocorre o rompimento do nexo causal necessário à sua configuração)¹⁵⁴. No cerne da responsabilidade contratual essa lógica também se aplica.¹⁵⁵

¹⁴⁷ “Para Carlos Roberto Gonçalves é o acordo de vontades pelo qual se convencionou que determinada parte não será responsável por eventuais danos decorrentes de inexecução ou de exoneração inadequada do contrato”. (GONÇALVES, apud SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa da. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual. Caso fortuito e força maior. Revista de Direito Privado, 2001, p. 183-213, p. 187).

¹⁴⁸ “Estipulações negociais destinadas a excluir ou limitar, em certos termos, mediante acordo prévio das partes, a responsabilidade em que, de outra forma, o devedor incorreria pelo não cumprimento (cumprimento defeituoso ou mora) das suas obrigações”. (GONÇALVES apud SILVA, 2001, 187).

¹⁴⁹ SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa da. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual. Caso fortuito e força maior. Revista de Direito Privado, 2001, p. 183-213.

¹⁵⁰ “Segundo CAPITANT e ESMEIN, consiste ela em estipulação pela qual uma parte contratante declara que não será responsável perante a outra pelo dano resultante da inexecução da sua obrigação, dano esse que, sem a cláusula, seria indenizado à segunda”. (CAPITANT, 1926, p. 172, apud DIAS, 1980, p. 36).

¹⁵¹ “Cassvan acrescenta a essa definição, por ele tida como a mais próxima da realidade, o requisito da aceitação da declaração de não-responsabilidade pelo credor.” (CASSVAN, 1929, p. 13, apud DIAS, 1980, p. 36).

¹⁵² “Para Prosper Sardou, a cláusula de irresponsabilidade é uma convenção que limita a responsabilidade ao dolo ou à culpa grave”. (SARDOU, 1903, apud DIAS, 1980, p. 36).

¹⁵³ “Demogue a encara como a convenção pela qual a responsabilidade é transferida única e diretamente a uma pessoa ou um grupo que não a repartirá, por via de mutualização”. (DEMOGUE, 1925, p. 450, apud DIAS, 1980, p. 37).

¹⁵⁴ Para uma abordagem a respeito das excludentes legais de responsabilidade civil, conferir TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 343-344.

¹⁵⁵ Ainda hoje é comum referir à responsabilidade civil contratual e extracontratual como dois âmbitos distintos. Conforme referido no Capítulo 1, entretanto, entende-se que a distinção é frágil. Seja qual for o âmbito de responsabilidade considerado, a sua constituição depende do descumprimento de obrigação primária, seja ela constante de um contrato ou derivada de prescrição legal. O

Em outras palavras, não é dado aos contratantes modular a responsabilidade, que decorre de disposição legal de ordem pública, mas tão somente dos direitos que lhe são disponíveis¹⁵⁶.

A responsabilidade, como reiteradamente dito, não é disponível, eis que se constitui em consequência da incidência de determinada norma jurídica imperativa a uma dada conduta. É fato jurídico peculiar, cuja eficácia é a imputação do dever de indenizar ao sujeito causador do dano. O que, nesta relação, se reveste de caráter de disponibilidade é, tão somente, o direito ao recebimento de indenização (o efeito da relação de responsabilidade, portanto), de modo que apenas este pode ser objeto de modulação em determinado contrato.

É imprescindível mencionar a respeito da cláusula de não indenizar, ademais, que se trata de uma cláusula de natureza acessória¹⁵⁷, quando incidente na responsabilidade contratual¹⁵⁸; ou seja, não configura a obrigação essencial do contrato, pela lógica que preside as negociações. O mesmo sucede com a cláusula limitativa.

Para que a previsão destas cláusulas faça sentido no cerne de um contrato, necessário que este instrumento institua outras obrigações contratuais, que se não executadas¹⁵⁹ e dando origem a um dano ao credor, gerarão a obrigação secundária

descumprimento de obrigação contratual, ensejando dano, atrai as regras comuns de responsabilidade civil, a ensejar o dever de reparação. A respeito da criticável dicotomia entre o dualismo instituto entre as esferas da responsabilidade civil, conferir, como também lembrado por Fábio Henrique Peres, SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. v. 5, 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

¹⁵⁶ Neste sentido, edifica Aguiar Dias: “(...). Por ora, é suficiente dizer que a denominação cláusula de irresponsabilidade, como aliás, a própria designação de responsabilidade civil, só é aceita porque a distinção já é tardia e ao sentido estrito de responsabilidade, como resposta ao dano, se substituiu o de reparação, que é efeito normal da responsabilidade. Compreende-se que seja declarado irresponsável, isto é, sem responsabilidade, quem pratica um delito em legítima defesa. É a lei que o estabelece. Mas a convenção não o pode fazer. Não é lícito às partes afastar a responsabilidade, isto é, estimular que uma delas não é o sujeito passivo da obrigação de reparar e, assim, da noção de ressarcimento, pois isso escapa ao campo das suas disposições. Só lhes é permitido negociar sobre reparação, que é a consequência da responsabilidade”. (DIAS, 1980, p. 38-39).

¹⁵⁷ “(...). Sendo assim, a sua construção jurídica usual é a de estipulação integrante de uma convenção, isto é, de cláusula acessória de um contrato”. (Ibidem, p. 40).

¹⁵⁸ Tal qualificação da cláusula na responsabilidade extracontratual é diversa, ou seja, não se constitui como cláusula acessória. É que, no caso da responsabilidade extracontratual, para se constituir validamente e surtir seus efeitos, a cláusula deverá ser formalizada por meio de instrumento escrito firmado para este exclusivo fim. Ou seja, o objeto da própria convenção será a modulação do dever de indenizar para um determinado caso de responsabilidade extracontratual que, pela sua natural previsibilidade, pode ser antecipada. A respeito, conferir AVELAR, 2012, pp. 229 e seguintes.

¹⁵⁹ Anote-se, neste ponto, que a eficácia das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar abrange os diferentes “níveis” de inexecução da obrigação, tal como explica Letícia Avelar: “Em todos esses casos – repita-se: inadimplemento absoluto, mora, violação de deveres laterais, cumprimento defeituoso da prestação e inadimplemento antecipado -, recairá sobre o inadimplente o dever de

de indenizar, cuja eficácia a cláusula de não indenizar e a cláusula limitativa do dever de indenizar afasta ou limita *ab initio*¹⁶⁰.

Neste ponto, fica latente que a previsão de tal cláusula não exonera do cumprimento da obrigação principal do contrato, ou do objeto central que impulsionou a contratação. Sua incidência não se dá sobre a obrigação primária, mas tão somente sobre o dever de indenizar, consubstanciado na obrigação secundária, e cujo nascimento é eventual.

A cláusula de não indenizar, portanto, não exonera do cumprimento da obrigação cerne, objeto principal da contratação; apenas *torna indene* eventual dano causado pelo não cumprimento desta obrigação¹⁶¹.

Em síntese, adere-se à definição que compreende a cláusula de não indenizar como convenção contratual destinada ao afastamento do dever de reparação decorrente de dano por descumprimento de obrigação contratual ou preceito legal. Afasta-se, assim, do entendimento de que a cláusula teria por escopo instituir a não responsabilização de determinadas condutas, por se entender que a responsabilidade civil se qualifica como fato jurídico.¹⁶²

Dito de outra forma, ocorrendo o evento que se encaixa no suporte fático de determinada norma legal que prescreva como consequência a responsabilidade civil, esta será uma decorrência inafastável. Não é a responsabilidade fruto de criação

reparar os danos causados à contraparte; dever este que poderá, a princípio, ser afastado ou atenuado pela convenção das partes". (AVELAR, 1980, p. 46).

¹⁶⁰ "A assertiva da definição apresentada por Aguiar Dias, de que a cláusula de não indenizar teria natureza acessória, está presente também nos ensinamentos de Giselda Hironaka e Caio Mário. A primeira ensina ser a acessoriedade traço caráter da cláusula de não indenizar e o último afirma que, no seu mecanismo, a cláusula funciona como acessória, nunca como obrigação principal, pressupondo 'uma obrigação, legal ou convencional, cujo inadimplemento gera a responsabilidade. E para abolir os efeitos dessa, vem a cláusula exoneradora de suas conseqüências'". (Ibidem, p. 101).

¹⁶¹ No próximo capítulo deste trabalho, abordaremos a discussão sobre a admissibilidade das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar em face ao descumprimento da obrigação principal do contrato. Por ora, em que a finalidade é a conceituação da cláusula, basta a afirmação de que o seu objeto de convenção não é a desobrigação do cumprimento da obrigação principal, mas do dever secundário e eventual de reparar dano.

¹⁶² Adota-se como definição de fato jurídico a conceituação de Pontes de Miranda, que se considera mais precisa e adequada: "O fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. (...). Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 3ª ed. t. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 77).

convencional das partes, mas fato jurídico, assim qualificado porque surgiu da incidência de determinada norma jurídica¹⁶³.

Posto isto, pela compreensão de que a cláusula aqui em análise afasta tão somente o dever de ressarcimento do dano, a terminologia a ser adotada para designação desta cláusula no presente trabalho, como já se deve ter notado, será “cláusula de não indenizar” ou “cláusula exoneratória do dever de indenizar”.

3.1.2 A cláusula limitativa do dever de indenizar

A cláusula limitativa do dever de indenizar, assim como a cláusula exoneratória, modula, conforme as intenções das partes envolvidas na contratação, o dever de reparação decorrente de dano por inadimplemento contratual ou infração legal, derogando a automaticidade da aplicação das disposições legais em matéria de responsabilidade civil, notadamente quanto ao princípio da reparação integral.

Diferencia-se da cláusula exoneratória, entretanto, porque antecipadamente ao dano estipula um teto de reparação, para a eventualidade de sua ocorrência. *“Só se distinguem da cláusula de irresponsabilidade porque esta, em suma, não é mais do que a exageração da limitação, a ponto de suprimir as perdas e danos”*.¹⁶⁴

Como reiteradamente dito, são as cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar uma exceção, estabelecidas convencionalmente pelas partes integrantes de uma relação privada, ao princípio da reparação integral que, como regra, institui o dever de reparação na mesma extensão do dano sofrido.

Como dissemos no Capítulo antecedente, em que se abordou brevemente alguns lindes do princípio da reparação integral, a despeito da sua centralidade nos sistemas brasileiro e francês de responsabilidade civil, o princípio não é sempre impositivo e pode ser, conforme o caso, flexibilizado pelas partes, mediante alguns expedientes, dentre os quais as cláusulas aqui em análise.

¹⁶³ No direito brasileiro, por exemplo, é o art. 389 do Código Civil que trata da responsabilidade por descumprimento de obrigação contratual e o art. 927 que é a cláusula geral de responsabilidade extracontratual. No direito francês, o art. 1.146 trata da responsabilidade por inexecução de obrigação contratual e os arts. 1.382 e 1.383 ditam as regras de responsabilidade na seara extracontratual.

¹⁶⁴ DIAS, 1980, p. 125.

Henri Mazeaud, León Mazeaud e André Tunc, a este respeito (tradução livre), explicam ¹⁶⁵:

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

Letícia Avelar também aborda as cláusulas limitativa e exoneratória a partir desta perspectiva, ou seja, de que se constituem em uma exceção, convencionalmente pactuada, à regra geral da reparação integral, tendo por escopo reduzir o montante indenizatório potencialmente devido.

No caso específico da cláusula limitativa, tem a peculiaridade de funcionar como uma forma de liquidação antecipada dos danos, permitindo um planejamento das partes quanto ao valor máximo devido a título de indenização no caso de frustração da obrigação. Neste contexto, também promove a redução do peso das cargas reparatórias que porventura venham a recair sobre o desempenho de atividades econômicas. ¹⁶⁶

Diversas são as formas que a cláusula limitativa do dever de indenizar pode assumir¹⁶⁷. Destas modalidades, insta salientar aquela que, por suas peculiaridades, divide os posicionamentos da doutrina: trata-se da cláusula com efeito de inversão do ônus da prova, não raramente considerada uma espécie de cláusula limitativa do dever de indenizar.

A leitura e interpretação das cláusulas sobre o dever de indenizar, em especial da cláusula limitativa, como operante sobre o ônus probatório, teve origem na jurisprudência francesa que, diante a crescente mitigação dos princípios da autonomia da vontade e da ampla liberdade contratual, passou a resistir à admissibilidade dessas convenções. Este contexto impulsionou a busca por contenções aos efeitos da cláusula limitativa, e a interpretação desses efeitos restritivamente à inversão do ônus da prova figurou como interessante alternativa.

¹⁶⁸

¹⁶⁵ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. e TUNC, André. *Tratado teórico e práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. 5.ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. p. 1.

¹⁶⁶ AVELAR, 2012, p. 49.

¹⁶⁷ Conferir, a respeito, AVELAR, 2012, pp. 50-262.

¹⁶⁸ FERNANDES, 2013, p. 36-37 do item 2.5 (e-book).

As cláusulas operantes sobre o ônus probatório têm por objeto afastar a presunção legal de culpa do devedor da obrigação¹⁶⁹. Apenas indiretamente, portanto, poderiam se aproximar das cláusulas sobre o dever de indenizar, já que, ao afastar uma presunção benéfica ao ofendido, impondo-lhe o ônus probatório, acabam por resultar, como conseqüência lógica, na limitação ou mesmo na exoneração do dever de reparar imputável ao ofensor.

A completa e integral identificação dessas cláusulas, entretanto, não parece adequada. O efeito produzido por uma cláusula de inversão do ônus probatório apenas indiretamente pode afetar a percepção de indenização. Não se trata de seu efeito imediato e, a depender da circunstância, pode nele não resultar – caso o ofendido, por exemplo, ainda que com dificuldade, consiga provar a culpa do agente ofensor e, com isso, obter a indenização devida.

No início, a identificação da cláusula operante sobre o ônus probatório com a cláusula limitativa do dever de indenizar, ou, dito de outra forma, a restrição dos efeitos da cláusula limitativa à alteração do regime legal do ônus da prova, possibilitava a manutenção da cláusula limitativa (ou a sua não anulação), sem se afrontar a peculiar noção de ordem pública do direito francês, tão centrado na boa-fé¹⁷⁰.

A interpretação da cláusula limitativa como produzindo efeito de cláusula de inversão do ônus probatório parece, todavia, forçada. Ainda que seja antiga a aproximação de questões de direito material atinentes à responsabilidade civil a discussões sobre matéria probatória, em perspectiva processual¹⁷¹, afirmar que uma cláusula limitativa do dever de indenizar tenha por finalidade única a inversão do ônus da prova é desvirtuar a sua configuração e desconsiderar as inúmeras funções e efeitos que pode encarnar.

Aguiar Dias, dono da emblemática obra a respeito das cláusulas aqui em apreço, rejeita com rigor a afirmação de que as cláusulas limitativas do dever de indenizar teriam por função e intenção operar a inversão do ônus da prova. Assevera que, quisessem os contratantes dispor sobre a questão da prova, tratariam

¹⁶⁹ “A título exemplificativo, certo acordo pode determinar a inversão do ônus da prova, afastando a presunção de culpa que o ordenamento faz incidir sobre o devedor no caso de responsabilidade contratual”. (PERES, 2009, pp. 98-99).

¹⁷⁰ Os lindes e o valor do princípio da boa-fé, em especial para o direito francês, serão abordados mais adiante.

¹⁷¹ As discussões sobre presunções de culpa são os exemplos mais emblemáticos disso.

diretamente de tal questão, e não sob a roupagem de uma cláusula de modulação do dever de indenizar¹⁷².

Ana Prata, no mesmo sentido, entende equivocada a identificação das cláusulas sobre o dever de indenizar e da cláusula de inversão do ônus da prova, defendendo que *“tal assimilação não tem qualquer fundamento: com objetos completamente diferentes, tais cláusulas configuram-se, também na sua eficácia jurídica, como duas realidades absolutamente diversas”*.¹⁷³

Mas, como dito, a posição não é unânime. Letícia Avelar parece admitir que as cláusulas limitativas do dever de indenizar possam ter por objeto a inversão do ônus da prova, excetuando desta regra geral apenas algumas situações pontuais: as relações de consumo, os casos envolvendo direitos indisponíveis, e aqueles em que se verifique, de antemão, que a inversão do ônus probatório resultará no não pagamento da indenização ao credor¹⁷⁴.

Na mesma linha, e tendo em vista que esta cláusula opera, mais especificamente, sobre a presunção de culpa, Pinto Monteiro sustenta que ao proceder à inversão do ônus da prova, tais cláusulas resultariam, na prática, em exoneratórias do dever de indenizar¹⁷⁵, diante da natural dificuldade do credor em provar, pelos meios de que dispõe, que o devedor incorreu em culpa passível de acionar a responsabilidade civil.

Fábio Peres, seguindo esta lógica, considera que a eventual modulação sobre o dever de indenizar pode, sim, ocorrer indiretamente por meio de ajustes sobre o ônus probatório¹⁷⁶; o mesmo entendimento é partilhado por Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e André Tunc¹⁷⁷.

A despeito da “autoridade” dos importantes autores que defendem essa posição, adere-se àquela defendida por Ana Prata e Aguiar Dias, por se entender que a confusão dos lindes da cláusula limitativa com questões probatórias, não

¹⁷² “Essa é a norma a adotar [a de que a cláusula se interpreta em prejuízo daquele que a tenha formulado, no caso, do devedor]. Por isso se repele, com bom fundamento, a doutrina que dá à cláusula de irresponsabilidade o efeito de inverter o ônus da prova: ‘pergunto-vos se a cláusula é conforme ou contrária à ordem pública e, em resposta, falais a respeito da prova. Mas o acordo de vontades dos contratantes não se fez sobre a questão da prova, pela excelente razão de que, na intenção comum, não há prova a fazer” (SAINCTELLETTE, 1884, p. 84, apud DIAS, 1980, p. 156).

¹⁷³ PRATA, 1985, pp. 96-97.

¹⁷⁴ AVELAR, 2012, p. 58-59.

¹⁷⁵ MONTEIRO, 1985, p. 111.

¹⁷⁶ PERES, 2009, p. 98-99.

¹⁷⁷ MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L. e TUNC, A. 1961, p. 116.

obstante já ser tardia, não é suficiente para consolidar qualquer identidade entre elas.

A função de uma cláusula limitativa, e também de uma cláusula exoneratória do dever de indenizar, é excetuar a automaticidade da aplicação do princípio legal da reparação integral, instituindo para os contratantes situação vantajosa na perseguição de determinado objeto contratual, mediante a transação antecipada sobre o regime aplicável em caso de indenização por danos. Não há, pelo menos direta e expressamente, qualquer pacto quanto à questão probatória, a menos que esta esteja prevista no contrato de forma explícita e inconteste.

Há, ainda, todavia, outras fontes de confusão envolvendo a cláusula limitativa do dever de indenizar. Ela também é frequentemente identificada com a cláusula penal. *“Há, entre ambas, (...), afinidades e pontos de contato vários, o que não obsta, no entanto, que sejam figuras diferentes, com finalidades e modos de atuação próprios”*¹⁷⁸.

A cláusula penal se constitui em estipulação acessória em determinado contrato de uma prestação, que pode ser pecuniária, ou uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, a ser realizada em caso de descumprimento de alguma obrigação contratual. Também pode figurar, na hipótese de prescrever uma prestação em dinheiro, como liquidação antecipada de danos¹⁷⁹, afastando a aplicação automática do princípio da reparação integral. Exatamente nestes pontos é que se assemelha e aproxima da cláusula limitativa do dever de indenizar.

Também aparenta com a cláusula limitativa porque, assim como esta, somente produz seus efeitos no momento patológico da relação, ou seja, quando do inadimplemento de alguma obrigação do contrato,.

Não obstante alguma correspondência entre as características de ambas, a cláusula penal pode agregar uma qualificação repressiva¹⁸⁰ (consoante doutrina de

¹⁷⁸ PINTO MONTEIRO, António. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 135-136.

¹⁷⁹ Neste ponto, há que se mencionar o conceito de cláusula penal de Rubens França: *“A cláusula penal é um pacto acessório ao contrato ou a outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração ou em declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor ou por terceiro, cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel e exato cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e em punição do devedor inadimplente”* (FRANÇA, Rubens Limongi. Teoria e prática da cláusula penal. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6-7).

¹⁸⁰ DIAS, 1980, p. 127.

alguns autores mais tradicionais¹⁸¹), que é ausente na cláusula limitativa. Para esses autores, o cerne da cláusula penal é a instituição de uma pena privada pelo descumprimento¹⁸², com o escopo de fomentar o adimplemento integral do contrato pelas partes, característica que não é presente na cláusula de limitação.

Além disso, a cláusula penal é marcada pela invariabilidade, ou seja, uma vez formalizada no contrato, seu valor não sofrerá qualquer alteração, enquanto a cláusula limitativa do dever de indenizar pode, conforme o caso, ter seu valor reduzido. Por tal razão é que se diz que a cláusula penal, quando ostentar também caráter ressarcitório, define a indenização *à forfait* (soma fixa e invariável), enquanto a cláusula limitativa fixa *un plafond* (limite máximo, teto)^{183/184}, passível de redução à proporcionalidade do dano, mas nunca de majoração.

Ademais, a estipulação da cláusula penal interessa ao credor da obrigação, que é quem dela se beneficia e quem a levanta em caso de descumprimento da obrigação do devedor. A cláusula limitativa, por sua vez, é estipulada em favor do devedor, que é a quem cabe invocá-la. A cláusula penal, além do mais, pode ser suscitada pelo simples descumprimento de quaisquer obrigações (principais ou secundárias) pela parte que deveria cumpri-las, independentemente da ocorrência de dano ao devedor. A cláusula limitativa, por sua vez, pressupõe a ocorrência de dano àquele que dela se vale, sem o qual não surtirá seus efeitos jurídicos.

São, em suma, institutos distintos.

As cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar também são, por vezes, aproximadas da conceituação dos institutos da transação, da renúncia e, em razão dos seus objetivos, do seguro de responsabilidade civil.

¹⁸¹ Cite-se, a título de exemplo, Mucio Continentino (Da cláusula penal no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1926, pp. 30 e seguintes); João Calvão da Silva (Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, 2ª ed., Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1997, pp. 248; Caio Mário da Silva Pereira (Instituições de direito civil. vol II. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 93 e seguintes).

¹⁸² O Superior Tribunal de Justiça, em interessante julgado, referiu-se à diferenciação entre tais cláusulas, vide: STJ, REsp nº 734.520/MG, Ministro relator Hélio Quaglia Barbosa, julgamento em 21/06/2007.

¹⁸³ COUTANT-LAPALUS, Christelle. **Le principe de la réparation intégrale en droit privé**. Aix-Marseille: Presses Universitaires, 2002. p. 260.

¹⁸⁴ “*Cette combinaison ressemble à une clause penale, mais elle n’a pas le même caractère de forfait, opérant dans les deux sens. La limite fixée représente un plafond, non un plancher (...)*”. (CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: Les obligations*. Thémis droit privé, sous la direction de M. Duverger et C. Labrusse-Riou. 18.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994. p. 293). Tradução livre: “*Esta combinação se parece a uma cláusula penal, mas ela não tem o mesmo caráter de forfait, operando nos dois sentidos. O limite fixado representa um teto, não um mínimo*”.

A transação é tratada no direito brasileiro pelo art. 840¹⁸⁵ e seguintes do Código Civil, e se constitui em negócio bilateral *“pelo qual, mediante concessões mútuas, os interessados previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica”*¹⁸⁶.

Para Aguiar Dias, as cláusulas de modulação do dever de indenizar são uma espécie de transação preventiva¹⁸⁷, por meio da qual as partes acordam, antecipadamente à ocorrência de eventual dano, a exoneração ou a limitação do dever de reparar, evitando o potencial litígio posterior quanto ao dever reparatório.

188

No mesmo sentido opina Letícia Avelar, ao referir que *“ao antecipadamente convencionarem o afastamento total ou parcial da eventual e futura indenização, as partes efetivamente transacionam quanto à reparação dos danos”*.¹⁸⁹

A posição, no entanto, não é unânime. Importante parcela dos autores¹⁹⁰ defende que a transação e as cláusulas sobre o dever de indenizar se diferenciam porque atuam em momentos distintos: enquanto a cláusula é anterior à formalização do direito à indenização e ao litígio, a transação é obrigatoriamente posterior¹⁹¹. *“Enquanto a transação se projeta sobre uma determinada situação jurídica litigiosa preestabelecida, a cláusula de não indenizar recai sobre eventual e futura obrigação de indenizar, não tendo o condão de prevenir ou terminais litígios.”*¹⁹²

Assim, tendo ocorrido o dano e nascido o dever de indenizar, não cabe a estipulação de uma cláusula exoneratória ou limitativa de reparação, que somente teria essa qualificação se fosse anterior ao evento danoso. Eventual concessão recíproca posterior ao dano configuraria transação.

Discussão semelhante é travada a respeito da relação entre o instituto da renúncia e as cláusulas sobre o dever de indenizar. Como é evidente, o cerne da

¹⁸⁵ “Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.” (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

¹⁸⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed, 4. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 544.

¹⁸⁷ *“É preferível notar que a cláusula é espécie do gênero transação, porque esta não repele a forma preventiva”*. (DIAS, 1980, p. 30)

¹⁸⁸ *“Dito de outra forma: a cláusula de não indenizar e a limitativa do dever de indenizar prestam-se, tal como na transação, a evitar um litígio, eliminando a incerteza que de todo litígio naturalmente decorre, em especial quanto ao dever reparatório.”* (AVELAR, 2012, p. 85)

¹⁸⁹ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁹⁰ Neste sentido, conferir ROSAS, Roberto. Validade das cláusulas de não responsabilidade ou limitativas de responsabilidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 479, 1975.

¹⁹¹ PRATA, 1985, p. 164.

¹⁹² PERES, 2009, pp. 79-80.

convenção de modulação do dever de indenizar contém conteúdo de renúncia à indenização, ainda que parcial.

Não se identificam totalmente, entretanto, porque a renúncia constante das cláusulas corresponde uma contraprestação do eventual devedor da indenização; esta é, inclusive, uma condição de validade das cláusulas de modulação do dever de indenizar.¹⁹³

Inobstante isto, parece coerente afirmar que os contornos do instituto da renúncia podem ser levantados como argumento favorável à admissibilidade das cláusulas sobre o dever de indenizar. Isso porque não há qualquer óbice à renúncia do direito ao recebimento de indenização posteriormente à concretização do dano – desde que o direito violado e que deu nascimento ao direito à reparação seja disponível, e que o ato de renúncia seja expresso¹⁹⁴.

Em suma, ainda que as cláusulas exoneratória e limitativa não sejam integralmente identificadas com o instituto da renúncia, pode-se afirmar que a negociação que nelas resulta contém, ainda que parcialmente, um conteúdo de renúncia antecipada sobre a indenização (um direito patrimonial disponível), devidamente negociada pelas partes e materializada por uma cláusula expressa.

Tal posição, como é fácil prever, é contestada por aqueles mesmos autores que se opõem à possibilidade de transação preventiva. Assim como ocorre com nas discussões a respeito da transação, instituto que se afirma ser operante apenas em momento posterior à constituição do dano, também a renúncia antecipada não é concebível pela doutrina que defende não ser possível renunciar a direitos futuros e eventuais, mas tão somente a direitos plenamente existentes¹⁹⁵.

No que tange ao seguro de responsabilidade civil, a aproximação com as cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar se dá em razão dos seus objetivos comuns.

¹⁹³ Este ponto será abordado com maior detalhamento no Capítulo 3.

¹⁹⁴ “(...). *E sabe-se, a renúncia há de ser expressa, pois não que não se a presume, jamais.*” (HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). Atualidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 138-158).

¹⁹⁵ É o que explica Caio Mário: “*De qualquer modo, a renúncia somente pode ter por objeto direito existente. Não vale em relação a direito futuro. Vale dizer: não terá validade a declaração de uma pessoa renunciando a eventuais direitos, na hipótese de vir a sofrer um dano. Somente depois de ocorrido este, quando tem nascimento a pretensão dedutível em juízo (Anspruch), será eficaz a declaração abdicativa do direito à reparação.*” (PEREIRA, 1999, p. 307).

O contrato de seguro de responsabilidade tem por propósito transferir ao segurador a obrigação do segurado de pagamento de indenização a um terceiro, titular do direito à reparação. O segurado, assim, se vê desincumbido do dever de reparar eventual dano de sua responsabilidade¹⁹⁶, que é repassado ao segurador. Neste ponto é que, conforme referido pelos irmãos Mazeud e por François Chabas, há identidade com o escopo das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar: “*ne pas réparer le dommage qui pourra être causé*”¹⁹⁷.

Trata-se o seguro de mecanismo de solidarização dos riscos¹⁹⁸, que simultaneamente desonera o segurado de assumi-los individualmente e, por outro lado, garante o recebimento de indenização pelo sujeito lesado. Neste segundo ponto é que se distancia das cláusulas de modulação do dever de reparação.¹⁹⁹

Enquanto o seguro de responsabilidade garante ao ofendido a reparação pelo dano – desde que este esteja coberto pela apólice e não haja qualquer fato impeditivo – a cláusula de não indenizar deixa a vítima sem reparação e a cláusula limitativa confere indenização até o teto por ela fixado, que poderá ser inferior à extensão do dano.

Em suma, e como será melhor abordado no próximo Capítulo, a cláusula limitativa “de responsabilidade” funciona como repartição de riscos do contrato entre as partes, característica que a torna singular em relação a institutos afins e a outras cláusulas acessórias que instituem medidas pelo descumprimento de obrigações contratuais.

3.2 FUNDAMENTO ORIGINAL DAS CLÁUSULAS DE MODULAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR: a autonomia da vontade da modernidade liberal

Não é aqui preocupação central identificar o momento exato da gênese das cláusulas sobre o dever de indenizar. Há quem defenda a existência e aplicabilidade

¹⁹⁶ “Dito de outra forma: por meio do seguro de responsabilidade civil, o devedor transfere ao segurador o risco de pagar a indenização a terceiro; destarte, o devedor se exime da obrigação de indenizar sem que o terceiro, credor, fique irressarcido.” (AVELAR, 2012, p. 69).

¹⁹⁷ MAZEUD, MAZEAUD; CHABAS. 1998, p. 758.

¹⁹⁸ A respeito, conferir GODOY, Cláudio Luiz. Bueno de. A responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. Ano 2007. 277 f. Tese (Livre-Docência do Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

¹⁹⁹ AVELAR, op. cit., p. 72-73.

destas cláusulas em período remoto²⁰⁰, o que, entretanto, não diz muito sobre a configuração, função e limites de sua admissibilidade na atualidade.

Interessa, todavia, abordar o contexto em que se processou o alargamento da utilização destas cláusulas, porque essa expansão foi produto dos fundamentos encontrados para sua instituição e validação, que se constituíram, especialmente, nos valores ou princípios do direito dos contratos.

Como mencionado brevemente no Capítulo introdutório, este contexto histórico de ampliação da previsão das cláusulas sobre o dever de indenizar coincide com o período de desenvolvimento industrial e tecnológico mais intenso, o mesmo período em que a responsabilidade civil teve ampliado seu âmbito de incidência, mas também, não se pode esquecer, com o consolidar da modernidade liberal. Em suma, o momento em que a liberdade individual e a autonomia da vontade eram fundamentos centrais do direito das obrigações.

Trata-se de momento marcado pela consolidação de significativas transformações no modo de organização social e econômica, como reflexo do peculiar desenvolvimento do pensamento filosófico, que teve como mote romper com o *modus* de organização anterior e as suas respectivas justificativas, mais especificamente do período denominado - não sem uma boa dose de impropriedade - de *idade média*.

Esta definição mais ou menos temporal da modernidade não implica em dizer que ela tenha se instalado num piscar de olhos, a partir de um rompimento abrupto com o regime anterior. Foi, antes de tudo, desenvolvimento histórico continuado, processo complexo sem data ou local de gênese definidos²⁰¹, mas que, de modo geral, encartou a busca pela superação do modelo de vida em sociedade do *ancien régime*.

²⁰⁰ Mencione-se que, a despeito de não se aderir à corrente historiográfica que admite uma recepção passiva de institutos antigos (especialmente os de direito romano) pelo direito moderno, alguns estudos indicam que figuras convencionais de afastamento e limitação do dever de reparação de danos existiam anteriormente ao período moderno. Neste sentido, a título de demonstração, cite-se trecho de Aguiar Dias: "(...) a irresponsabilidade convencional foi conhecida e aplicada no direito romano. (...). No direito romano, a cláusula de irresponsabilidade era lícita não só em matéria contratual como também no terreno da culpa extracontratual (...)" (DIAS, 1980. p. 14).

²⁰¹ "A modernidade é um processo histórico complexo, que, ao contrário dos 'personagens históricos' de inspiração positivista, é fugidia a uma definição precisa de datas marcantes (especialmente de nascimento); a modernidade não foi gestada num determinado lugar específico (sua maternidade não tem endereço) e não tem progenitores precisamente identificáveis". (FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 30).

O medievo se caracterizou por uma sociedade marcada pela noção de coletividade, de grupos. Foi o período que consagrou o corporativismo intermediário e necessário entre os indivíduos e entre estes e as estruturas de organização política, na forma das mais diversas associações²⁰².

É coerente, portanto, que dentre as tendências do pensamento filosófico moderno tenha sido especialmente marcante a corrente de negação do modelo corporativista medieval, com a proposição das premissas de uma filosofia centrada no sujeito e no direito subjetivo²⁰³. Se o que se buscava era a modificação do modelo formalmente (e, por lógica, também materialmente²⁰⁴) desigual de organização social de outrora, a negação da organização associativa e classista do *ancien régime* foi o primeiro passo para instauração de um novo modelo, fundado em novas premissas.

Assim é que *individualismo* e *racionalismo* surgiram como diretrizes filosóficas nucleares deste momento histórico. A perspectiva racional-individualista inadmitia qualquer sobreposição ao indivíduo e à sua vontade, pelo receio de que eventual interposição tornaria premente o risco de limitação da liberdade e da igualdade²⁰⁵. Foram essas as características que renderam ao pensamento filosófico de então a qualificação de *liberal*.

²⁰² LEONARDO, Rodrigo Xavier. As associações em sentido estrito no direito privado. 258 f. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006; LEONARDO, Rodrigo Xavier. As associações sem fins econômicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

²⁰³ A respeito, Diego Carvalho Machado explica: “Os ideias do liberalismo, que ganharam mais corpo com a obra de John Locke, foram abraçados – senão propriamente concebidos – pela burguesia ascendente que, inteiramente refratária a essa ordem de privilégios e de hierarquia (divina, natural e social) dirigiu o movimento revolucionário que ocasionou a ruptura com o Antigo Regime. Por conseguinte, uma vez caído o Estado absolutista, se dá início à construção do Estado moderno (e liberal), o qual, alicerçado na doutrina política do liberalismo, achou-se, ainda, inspirado, em termos de teoria do direito, pelo jusracionalismo, que certamente consubstancia o substrato jusfilosófico que impregnou as manifestações jurídico-legais pós-revolucionárias; É sobre esta configuração teórica que, indubitavelmente, a codificação civil francesa foi elaborada, e a partir da qual se desenhou a moderna teoria do sujeito de direito, que afastou o ser humano concreto da noção de pessoa.” (MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e pessoa humana. Situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 25-26).

²⁰⁴ O indivíduo não era considerado enquanto tal, mas como parte de um corpo, hierarquicamente organizado pela natureza das coisas, para exercer uma função social específica. Função esta que também lhe era dada pela natureza, ente superior que dispunha os homens em diferentes posições, para permitir um completo e harmônico funcionamento social. A própria natureza, assim, justificava a desigualdade de posições dos diferentes sujeitos; “uma sociedade em que todos são iguais e exercem os mesmos papéis, não tem como funcionar harmonicamente”.

²⁰⁵ “León Duguit explica que esse repúdio às associações decorreria de uma aversão a toda e qualquer organização intermediadora entre o indivíduo e o Estado. Sob uma perspectiva filosófica individualista, parecia inaceitável permitir que um conjunto de homens pudesse sobrepor-se à autodeterminação individual. Receava-se, portanto, que as associações pudessem aniquilar a liberdade do indivíduo em favor do grupo organizado”. (LEONARDO, 2006, p. 11).

O pensamento jurídico e o direito da sociedade ocidental organizada sob a perspectiva liberal²⁰⁶ logicamente também consagraram o racionalismo e o individualismo e toda a lógica deles decorrentes. No âmbito do direito privado, especialmente no campo contratual, tais premissas resultaram na edificação dos princípios da autonomia da vontade²⁰⁷, da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e na relatividade dos efeitos dos contratos²⁰⁸ enquanto princípios nucleares.

O princípio da autonomia da vontade se qualificou como “*uma das manifestações mais marcantes do pensamento filosófico-cultural e econômico do liberalismo*”²⁰⁹, sendo compreendido em sua faceta mais ampla. A vontade era tida como elemento absoluto para justificar a vinculação entre os sujeitos que, por crer-se serem livres e iguais, poderiam dispor e acordar quaisquer termos, modulando os efeitos desse acordo, desde que respeitadas a ordem pública e os bons costumes²¹⁰.

Garantida a igualdade formal entre os indivíduos, acreditava-se que a concretização da igualdade material e da justiça social seria uma realidade impositiva²¹¹; que se permitido o exercício da ampla liberdade e da autonomia da

²⁰⁶ “*Em suma, o Estado Liberal consagrou o direito burguês (valorização do direito positivo), o princípio da subsidiaridade, o Estado mínimo, a neutralidade, a racionalidade, a limitação do poder estatal, o fomento dos direitos de defesa dos cidadãos contra o Estado, as instituições estatais separadas das sociais, a autonomia da vontade, a economia privada, o individualismo possessivo, o abandono do mercado em favor de quem era poderoso, a liberdade, a igualdade e a democracia formais e a alienação das pessoas, o que gerou brutais desigualdades sociais*”. (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo. Curitiba: Jaruá, 2011. p. 40).

²⁰⁷ *Autonomia da vontade* é a expressão mais comumente utilizada para se referir a este fundamento das vinculações contratuais, segundo a lógica individual-racionalista própria da modernidade liberal. É expressão coerente ao momento do seu surgimento. Atualmente, entretanto, fala-se em *autonomia privada* e, mais especificamente, em *liberdade contratual*, notadamente em razão da derrocada do mito da vontade.

²⁰⁸ “*Na modernidade, a autonomia da vontade era a expressão do Estado Liberal e se vinculava à livre iniciativa comandada pela burguesia da época, que tinha o contrato como instrumento concretizador das suas aspirações, em específico por conta do Code civil dos franceses de 1804 (Código de Napoleão). É nessa fase que se institucionaliza a vontade por meio do contrato, instituto que cria direitos e deveres para as partes, valorizando a pactuação livre dos interesses regulado pelo contrato, a fortificar o princípio do pacta sunt servanda*”. (FROTA, 2011, p. 41).

²⁰⁹ A afirmação é de Pinto Monteiro (MONTEIRO, 1985, pp. 44-45), também lembrada por Letícia Avelar (AVELAR, 2012, p. 107).

²¹⁰ “*A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, mas sem interferência do Estado e sem consideração aos interesses sociais*” LÔBO, Paulo. Direito Civil: Obrigações. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 15.

²¹¹ “*Postulava-se que o exercício normal da vontade, que pressupunha a liberdade e a igualdade do indivíduo, era o melhor meio de alcançar a justiça. Sendo os indivíduos iguais e livres, o contrato, livremente discutido, seria necessariamente justo, porque traduzia um acordo de vontades (quit dit contractuel dit juste)*.” (MONTEIRO, 1985, p. 44)

vontade nas vinculações privadas, facilitando o intercâmbio de riquezas e o trânsito da propriedade, decorreria, invariavelmente, o necessário e desejado desenvolvimento econômico e social²¹².

O escopo central da garantia de ampla autonomia foi facilitar e impulsionar a contratação, instrumento essencial do trânsito comercial. Na lição de Cláudio Godoy, também lembrada por Avelar, o contrato seria o *“instrumento de vinculação da força de trabalho e de tráfego negocial, foco de produção de riqueza que constituía, afinal, o meio de acesso à propriedade, outro pilar básico da codificação burguês, do Estado Liberal”*²¹³.

O princípio da autonomia da vontade, em suma, assumiu configuração da mais ampla faculdade conferida aos sujeitos para tratarem livremente seus interesses privados, modulando seus vínculos de acordo com suas pretensões, tanto quanto ao objeto, como aos sujeitos da contratação²¹⁴.

Como um desdobramento dos efeitos da ampla autonomia da vontade, foi erigido como outro princípio essencial no direito privado contratual moderno: o princípio da força obrigatória dos contratos. Se os sujeitos são livres e iguais e pelo exercício de suas vontades, autônoma e racionalmente tomadas, podem se vincular conforme melhor atendam seus interesses, nada mais coerente que a estes vínculos, ou contratos, seja conferida força de lei, assegurando o trânsito de riquezas contra as vicissitudes do comportamento dos contratantes.

As relações patrimoniais demandavam segurança, especialmente jurídica, elemento que, na era moderna, pareceu ser condição essencial à concretização do desenvolvimento econômico e social almejado. E o princípio da força obrigatória dos contratos nada mais foi do que um mandamento de segurança nas relações contratuais, fundamentais ao desenvolvimento econômico.

²¹² *“Esta ideia de que cada indivíduo era o melhor defensor dos seus próprios interesses conduzia mesmo a que o papel da lei se não devesse limitar a traduzir um simples ‘nihil obstat’ a quem pretendesse contratar, antes a lei deveria empenhar-se em zelar efetivamente pelo respeito pontual dos contratos – mas sem ter de se preocupar com o conteúdo dos mesmos. E se alguém contratasse sem acautelhar devidamente os seus interesses (e, por isso, em seu prejuízo), poderia afirmar-se, ainda assim, ter tido pelo menos a satisfação de ser l'artisan de son propre malheur”.* (Ibidem, pp. 44-45)

²¹³ GODOY, 2009, pp. 22-23.

²¹⁴ *“A autonomia da vontade, neste condão, consiste na faculdade dada pelo sistema ‘às vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos’, de escolher, por meio de declaração de vontade, se contrata, qual o objeto que contrata e com quem irá contratar, princípio que, como se observa, possui a mais elevada importância”.* (CATALAN, Marcos Jorge. Descumprimento contratual: modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2005 p. 45).

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato, também derivação do princípio da autonomia da vontade, foi igualmente importante na consolidação deste modelo contratual liberalista. Dispõe que os efeitos dos contratos não atingem quem não tenha externalizado vontade na sua formação²¹⁵. Em outras palavras: se o indivíduo não manifestou vontade de se vincular, nem contribuiu nos termos que disciplinarão o vínculo, não poderá ser atingido pelos efeitos da relação jurídica dele originada. Princípio este que também evidencia o espaço central ocupado pela vontade e pela liberdade nos sistemas normativos modernos.

Foi nestes fundamentos que as cláusulas aqui em análise encontraram fundamentação. Em especial, eram vistas como fruto do mais genuíno exercício da autonomia da vontade e tinham por escopo conferir segurança e previsibilidade às relações, no que concerne aos possíveis custos pela falha no cumprimento de qualquer obrigação contratual²¹⁶.

E, encontrando fundamento em valores centrais e praticamente absolutos, não pesavam dúvidas sobre sua admissibilidade. Se a vontade não deveria ser limitada, senão fomentada pelo Estado, e se as cláusulas eram fruto da externalização da vontade, sua aceitação era uma realidade²¹⁷.

Em síntese, desenvolvimento das mais variadas formas de tecnologia, em especial no âmbito dos transportes de cargas e pessoas, imprimiu eficiência ao trânsito social de riquezas, ampliando o número de relações contratuais privadas, as quais tinham nos princípios da ordem obrigacional liberal, em especial na autonomia da vontade, sua principal fonte normativa de justificação e interpretação.

E como efeito mediato disto, no que aqui nos interessa, deu-se a vertiginosa ampliação da disposição de cláusulas de não indenizar e cláusulas limitativas do dever de indenizar²¹⁸.

²¹⁵ “Os direitos obrigacionais consistem exclusivamente em prestações, actos positivos ou negativos, pelo que se fixam apenas no acto ou facto a ser executado, e somente podem ferir a pessoa que se acha vinculada pela obrigação no momento de seu cumprimento.” (BEVILÁQUA, 1896, p. 16 apud TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 111).

²¹⁶ Pinto Monteiro atesta que por meio das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar, as partes “adquiriam a indispensável segurança que lhes iria permitir a utilização de meios técnicos arriscados, os quais contribuiriam para uma diminuição dos custos e, conseqüentemente, dos preços de bens e serviços produzidos”. (MONTEIRO, 1985, p. 72).

²¹⁷ “As cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar, expressão da aclamada liberdade contratual, eram então, amplamente admitidas.” (AVELAR, 2012, p. 108).

²¹⁸ “A autora portuguesa Ana Prata observa que a mais sensata verificação da origem histórica [das cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar] tem suas raízes nas relações decorrentes das atividades industriais e comerciais da fase industrial do capitalismo. O seu

O ramo dos transportes foi emblemático neste ponto. Foi um dos setores que mais significativamente cresceu com o incremento industrial e tecnológico, encurtando as distâncias e imprimindo eficiência nos mais diversos serviços de abastecimento, dos quais depende o desenvolvimento econômico. E, neste âmbito de atividades, as cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar foram de notável importância.

Foi neste setor de atividade, inclusive, que a previsão de tais cláusulas se fez mais presente nos contratos, neste momento inicial²¹⁹, em especial no transporte marítimo, “(...) originalmente por iniciativa dos armadores ingleses, embora mais tarde tenha se expandido por todas as nações marítimas”.^{220/221}

As cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar foram incorporadas por se apresentarem como um mecanismo eficiente de composição de valores aparentemente inversos – de um lado a autonomia da vontade, na qual se fundavam os anseios de desenvolvimento econômico –, e de outro as expectativas por reparações mais adequadas aos novos, e cada vez mais freqüentes, danos.^{222/223}

surgimento e a sua multiplicação vêm de encontro às necessidades do processo de industrialização, de segurança na exploração econômica de inúmeras atividades, criadoras de vastos riscos e de consequentes custos de responsabilidade insuportáveis pela maioria das empresas”. (SILVA, 2001, p. 185).

²¹⁹ É o que assevera Aguiar Dias: “O terreno predileto da cláusula de irresponsabilidade é o contrato de transporte. (...). O transporte marítimo parece haver sido o mais antigo campo de aplicação da cláusula de irresponsabilidade. Pelo menos, terá sido o em que mais rapidamente se admitiu, em virtude da aceitação universal do princípio da limitação da responsabilidade do proprietário do navio imposto pela necessidade do comércio marítimo”. (DIAS, 1980, pp. 165 e 169).

²²⁰ “Sobre a aceitação da convenção no direito inglês, Pontes de Miranda ressalva que ‘o Merchant Shipping Act de 1894 não permitiu a cláusula exonerativa quanto à navegabilidade do navio. Permitiu-se a exoneração pelas faltas dos prepostos e a cláusula de exoneração in navigation or in the management of the vessel, abrangendo todas as faltas náuticas”. (AVELAR, 2012, pp. 108-109)

²²¹ Pinto Monteiro explica: “Com o desenvolvimento do comércio, a evolução dos meios de transporte, o aumento de velocidade dos navios e, conseqüentemente, o aumento de responsabilidades, a utilização de cláusulas exoneratórias expandiu-se por todas as nações marítimas, gerando-se, a respeito da sua disciplina e da proteção dos interesses nacionais, vivas controvérsias e quase uma querela entre nações”. (MONTEIRO, 1985, p. 74).

²²² “Alargando-se por essa forma o campo de aplicação da responsabilidade civil, logicamente criaria o problema, que não tardou em apresentar-se, de atender a dois interesses opostos e equivalentes: de um lado, o de proporcionar às vítimas do dano, cada vez mais numerosas, a reparação capaz de restaurar real ou idealmente o status quo desfeito pelo evento danoso; de outro, o de evitar que, por demasiado empenho em ver satisfeita a primeira preocupação, se converta o mecanismo da responsabilidade civil em processo de aniquilamento da iniciativa privada, ferindo, conseqüentemente, a própria comunidade, a quem essa atividade interessa e beneficia”. (DIAS, 1980, p. 18-19).

²²³ A doutrina majoritária defende que as cláusulas sobre o dever de indenizar apenas encontram espaço na responsabilidade contratual, ou seja, quando existente um vínculo relacional prévio entre os sujeitos que a estipulam. Neste sentido, NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código Civil anotado. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 948; PEREIRA, 1999, p. 305; e

Como os riscos das atividades eram altos e os valores de indenizações igualmente elevados, prever hipóteses de exclusão ou limitação convencional da indenização, derogando as determinações legais quanto à reparação integral, pareceu ser um meio de estímulo ao investidor industrial a permanecer no setor e seguir imprimindo maior eficiência em suas atividades, sem desacelerar o desenvolvimento econômico.

O novo sistema produtivo, como é curial, centrava sua preocupação principal na obtenção de lucro²²⁴. Logicamente, os gastos com indenizações, gradativamente crescentes, figuram como preocupante obstáculo ao aumento do capital a ser investido nas atividades produtivas, de modo que as cláusulas moduladoras do dever de indenizar, convenções fundadas no exercício da vontade, se mostraram um interessante instrumento para superar este entrave²²⁵.

A despeito das peculiaridades dos contextos brasileiro e francês, é possível afirmar que essas questões, aqui genericamente descritas, fizeram-se presentes em ambos os países.

A França, precisamente, foi palco da revolução liberal mais importante do século XVIII. A revolução francesa consistiu em momento de importância ímpar, não apenas do ponto de vista histórico, mas também para o Direito.

O princípio da autonomia da vontade, um dos desdobramentos mais importantes dos princípios da liberdade e da igualdade - todos estes consagrados

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: responsabilidade civil. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 179. Compartilhamos, todavia, da posição de Aguiar Dias, que afirma a possibilidade de estipulação de convenção contratual específica, com o fim de afastar ou limitar o dever de indenizar decorrente da responsabilidade extracontratual. Citando os exemplos dados pelos autores franceses Josserand e Lalou, Dias defende a possibilidade de antecipação de irreparabilidade de determinados danos extracontratuais previsíveis. Explica o autor: *“Por sua vez, o insigne Josserand observa nada impedir que os proprietários vizinhos renunciem convencionalmente a demandarem por estragos que nos respectivos terrenos façam os animais de criação ou de raça. A ordem Pública não pode ser turbada por esse modus vivendi que, ao contrário, tem por objeto assegurar a harmonia da vizinhança. (...). Mas a opinião de que, por ausência de contrato, não pode haver convenção de irresponsabilidade é, por sua vez, exagerada. Sem dúvida que não havendo contrato não pode haver cláusula que, por definição, é estipulação entre várias. Contudo, a irresponsabilidade pode ser objeto de convenção autônoma, destinada a afastar a responsabilidade extracontratual.”* (DIAS, op. cit., pp. 242 e 245).

²²⁴ “O lucro, mais do que a produção para o uso, tornou-se o principal objetivo dos agentes econômicos”. (FERNANDES, 2013. p. 1 do item 1.1., e-book).

²²⁵ DIAS, 1980, p. 40. No mesmo sentido, Avelar afirma: *“As cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar, expressão da aclamada liberdade contratual, eram, então, amplamente admitidas”.* (AVELAR, 2012, p. 108).

pela revolução francesa e pelo posterior *Code Civile* de Napoleão -, ditou a ordem contratual francesa, especialmente depois do século XIX²²⁶.

A previsão das cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar, por um lado, encontrava guarida e fundamento em tal princípio. A liberdade ostentava valor absoluto e a previsão de tais cláusulas se fundamentava no seu exercício, mediante a manifestação livre da vontade²²⁷.

Por outro, as expectativas sobre um sistema de responsabilidade capaz de responder às demandas por indenização cada vez mais freqüentes, aliado ao status conferido ao princípio da reparação integral²²⁸, pesavam a favor de mecanismos de minoração dos encargos indenizatórios potencialmente devidos pelo exercício das mais variadas atividades²²⁹. As cláusulas sobre o dever de indenizar, como se observou, desempenhavam exatamente esse papel, consoante explica o mestre Aguiar Dias:

Desafiado pela soma de encargos que a responsabilidade civil cria para a sua atividade, e diante da progressiva multiplicação das ocasiões ao dano, o homem moderno, longe de renunciar a qualquer iniciativa, busca restringir essas conseqüências, mediante concepções diversas, cada qual mais engenhosa. (...). Pela limitação antecipada e arbitrária das perdas e danos, modifica as normas comuns sobre a liquidação dessas obrigações. Finalmente, obtém do credor eventual que renuncie, antecipadamente, ao crédito a que teria direito, no caso de inadimplemento, com o que altera o princípio de que ao dano deve seguir-se a restituição do prejudicado à situação por ele desfeita²³⁰.

Tais convenções se colocaram, portanto, em uma posição intermediária, a conciliar dois importantes valores consagrados pela ordem jurídica francesa então vigente: entre o princípio da autonomia da vontade – da qual decorria a ampla liberdade de contratar e a liberdade contratual – e o princípio da reparação integral.

²²⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Os contratos nos códigos civis francês e brasileiro. Conferência proferida no “Seminário em comemoração ao bicentenário do Código Civil Francês”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, p. 7, disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8404-8403-1-PB.pdf>> Acesso em: 27/02/16

²²⁷ FARIAS, 2010-2011. Disponível em: <<http://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2011/12/Mariama-Farias-Les-clauses-limitatives-de-la-responsabilit%C3%A9-civile-extracontractuelle.pdf>>. Acesso em: 12/12/2015.

²²⁸ DIAS, 1980, p. 19.

²²⁹ Aguiar Dias cita os números registrados que demonstram este aumento da incidência da responsabilidade civil: “As estatísticas mostram como o desenvolvimento dos meios de circulação influi no aumento do número de sinistros, solicitando cada vez mais fortemente o funcionamento do mecanismo da reparação. (...). Estatística francesa, incompleta, acusava, para 1926, o total de 11.529 mortes em acidentes. Em Paris, observava-se à vista de dados oficiais, que os acidentes causados pelos tramways estavam na proporção de 68% para 20% relativamente aos automóveis”. (DIAS, op. cit., p. 18).

²³⁰ DIAS, 1980, p. 20.

A autonomia da vontade amparava a liberdade das partes e as disposições contratuais por elas criadas, conferindo *status* de lei ao que pactuado entre os contratantes; o princípio da reparação integral tutelava a justiça corretiva e as expectativas sociais sobre o sistema de responsabilidade civil, orientando os juízos de reparabilidade, que poderiam ganhar proporções consideráveis.

O que importa frisar, especialmente, é que este ordenamento, com traços evidentemente liberais, preocupou-se veementemente com a manutenção de um ambiente favorável ao desenvolvimento industrial e econômico. Na França isso foi bastante latente. A constituição de meios de atenuação dos encargos indenizatórios, cada vez mais pesados e freqüentes, foi o objetivo primordial dessas figuras cuja previsão começou a se expandir, dentre as quais estavam as cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar²³¹.

A utilização de mecanismo amparado no princípio praticamente absoluto da autonomia da vontade pareceu perfeitamente adequado aos objetivos traçados, sendo, inclusive, a razão pela qual essas cláusulas, inicialmente, encontraram maior aceitação no ambiente contratual.

Quanto ao contexto brasileiro, a despeito da industrialização tardia que aqui se operou, os fenômenos já referidos no Capítulo introdutório, acerca do crescimento dos acidentes e danos, e da conseqüente ampliação da incidência da responsabilidade civil, também se fizeram presentes.

Foi, aqui, especialmente notório o fenômeno de internacionalização das relações mercantis a partir deste período, em especial através do transporte marítimo, maior responsável pelos crescentes movimentos importador e exportador de mercadorias.

Intensificou-se o contato com o estrangeiro, por meio de contratos, o que acabou trazendo ao Brasil importantes inovações jurídicas no âmbito obrigacional – seja no campo contratual, seja no da responsabilidade civil. Tudo isso conjugado à perspectiva da mentalidade liberal e sua centralidade na autonomia da vontade, aqui também fortemente presente.

²³¹ Menciona-se, dentre essas figuras, o seguro de responsabilidade e a cláusula penal como instrumentos que, além de outros objetivos específicos, tinham também a função, respectivamente, de liberação do devedor do pagamento solitário da integralidade dos danos causados pela sua atividade, e de liquidação antecipada dos valores indenizatórios. A respeito desses institutos, já se tratou anteriormente.

Não se pode olvidar, neste ponto, que o Código Civil de 1916 foi também influenciado pela codificação civil francesa de 1804, tendo aqui consagrado os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos, entre outros, pela acentuada influência estrangeira, notadamente francesa²³².

Por meio das relações firmadas com entes estrangeiros, fenômeno cujo crescimento se deu neste momento inicial de industrialização, chegaram em território nacional “exemplares” de contratos em que se previam as cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar, as quais, aos poucos, foram sendo incorporadas à prática negocial e contratual, por se notar a sua utilidade à solução do problema que aqui também se iniciava acerca das vultosas indenizações.

3.3 OS CONTEMPORÂNEOS PRINCÍPIOS DA ORDEM CONTRATUAL E A (APARENTE) CRISE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS CLÁUSULAS SOBRE O DEVER DE INDENIZAR

Como referido, a ampliação da previsão das cláusulas sobre o dever de indenizar encontrou espaço na modernidade liberal, momento em que o direito privado garantia um papel central ao princípio da autonomia da vontade. Neste contexto histórico e jurídico, a admissibilidade dessas cláusulas era avaliada a partir da hermenêutica do princípio da autonomia da vontade, então absoluto.

O ordenamento de matriz moderna e liberal, como antes tratado, tutelava a liberdade com ferrenho vigor, por se acreditar ser o melhor instrumento à consolidação do desenvolvimento econômico. A ampla liberdade e a possibilidade de auto-determinação das relações privadas continha a esperança de ser suficiente à justa promoção do trânsito de riquezas e, no âmbito privado, a axiologia do princípio da autonomia da vontade foi responsável por materializar este anseio.

²³² Para uma análise breve a respeito da influência francesa sobre o direito civil brasileiro, remeta-se ao texto originado de palestra proferida pelo professor Antonio Junqueira de Azevedo: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris II. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67243/69853>> Acesso em 22/02/16.

Por estas razões é que as contenções que se faziam ao exercício da vontade eram restritas²³³ – e as cláusulas sobre o dever de indenizar, fruto deste exercício, também não sofriam significativas limitações, como efeito reflexo.

O direito privado contemporâneo, todavia, reinventou-se em diversos aspectos. Ainda guarda, é verdade, importantes heranças do moderno direito privado liberal; mas isso não é suficiente para negar a peculiaridade da sua atual conformação. Funda-se em novos conceitos e princípios, e dá distintas interpretações para os valores e princípios antecedentes, buscando coerência com os anseios sociais²³⁴ de um momento que, também não se pode negar, está em muito destacado e diferenciado da modernidade novecentista.

Os ordenamentos foram, enfim, se moldando a valores que antes ocupavam lugares periféricos²³⁵, mas que atualmente parecem ser o pilar sobre o qual o direito privado se sustenta. A solidariedade, dentre estes valores, parece ser nuclear.²³⁶

Resultado disto é que a ordem jurídica contratual ressalta novos princípios fundantes: a boa-fé, a função social do contrato e da empresa, a equidade ou equilíbrio nas relações; todos eles desdobramentos dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, agora nucleares.

É fato, diante de tal conjuntura, que os princípios tipicamente liberais que na modernidade fundamentavam as relações privadas não têm mais o mesmo espaço e o mesmo caráter absoluto. A restrição da liberdade, anteriormente amplíssima, é a imagem mais clara desse fenômeno de mitigação dos valores liberais em favor de um sistema com pretensões mais sociais.²³⁷

A própria relação jurídica, fruto da teoria de direito subjetivo, ambos institutos basilares do direito privado moderno, tornaram-se alvo de pesados questionamentos, mormente porque o direito privado deixou de centrar preocupação em disciplinar apenas as situações patrimoniais, direcionando esforços também à

²³³ É o que, sinteticamente, explica Arnaldo Wald: “O individualismo do século XIX, do qual o Código Napoleão foi o maior monumento legislativo, inspirou-se na fórmula liberal dos fisiocratas, que reduziram ao mínimo a interferência estatal, abrindo amplas perspectivas de liberdade à vontade humana, que só por si mesma, em virtude das obrigações contraídas, poderia sofrer restrições ou limitações.” (WALD, Arnaldo. Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 229).

²³⁴ “O que se verifica, em suma, é que os anseios sociais constituem a causa do direito (...)”. (AVELAR, 2012, p. 104).

²³⁵ FROTA, 2011, p. 40.

²³⁶ SCHREIBER, 2015, p. 20.

²³⁷ “Os três princípios que, na visão clássica, eram fundantes da disciplina do direito contratual – autonomia da vontade, pacta sunt servanda e princípio da relatividade dos efeitos – já não têm mais a força de antes.” (AVELAR, op. cit., p. 110).

tutela da pessoa humana²³⁸. E todo o modelo fundado no direito subjetivo mostrou-se insuficiente para dar conta da complexidade que envolve o exercício de situações existenciais.

Ficou latente, também, que a liberdade, ilimitada e fundante do sistema jurídico moderno, não garantiu o seu exercício concreto por todos, mas funcionou, na prática, em não raras ocasiões, como mecanismo de opressão de alguns, detentores de condições de exercitá-la plenamente, sobre aqueles que, por contingências as mais diversas e pela sua hipossuficiência nos mais diversos níveis, não usufruíam das mesmas condições.

A igualdade, por sua vez, garantia a todos pelo ordenamento escrito, permaneceu mera ilação formal, evidenciando que a sua concretização fática depende, antes, de políticas concretas, do que da mera previsão legalista, especialmente num modelo que privilegia uma liberdade individual²³⁹.

A autonomia da vontade, valor central que materializou as conquistas revolucionárias da liberdade e da igualdade, pelo seu espaço praticamente irrestrito, permitiu que abusos de toda sorte fossem cometidos entre agentes em visível desigualdade de condições; de forma semelhante, a força obrigatória dos contratos imperou, em diversas ocasiões, em detrimento da equidade, forçando a execução de negócios em que o desequilíbrio e a má-fé eram flagrantes²⁴⁰.

Logicamente, todos esses fatores influenciaram de maneira significativa sobre as discussões a respeito da admissibilidade das cláusulas de modulação do dever de indenizar.

Notadamente a edificação de novos valores, como o de justiça e solidariedade social, e o retorno do princípio da equivalência material, próprio da ética social de Aristóteles; e a posição mais controladora sobre atividade privada assumida pelo Estado contemporâneo, colocaram em posição de crise o fundamento central das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar, que era o princípio da autonomia da vontade.

²³⁸ A respeito, permita-se remeter, novamente, à obra de Diego Carvalho Machado (Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2013). Sobre a temática no âmbito da responsabilidade civil, conferir BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²³⁹ LÔBO, P. 2011, p. 15.

²⁴⁰ CATALAN, 2005, p. 45.

O Estado que outrora se abstinha de intervir, legando aos particulares a auto-regulação, agora ostenta um novo papel, para limitar a atuação privada que viole interesses de natureza social e valores consolidados como de ordem pública²⁴¹. Esvazia, em considerável proporção, a amplidão anteriormente conferida à autonomia da vontade. Tudo isso afeta diretamente as discussões sobre a admissibilidade das cláusulas de modulação do dever de reparar.

Na atualidade, deve o contrato, instituto tipicamente privado e essencial ao desempenho de atividades econômicas, cumprir com novos mandamentos e condições à sua perfeição e eficácia: atender a uma função social, revestir-se de manifestações de boa-fé, seja na sua formalização ou na diferida fase de execução, respeitar um equilíbrio material entre prestações dos contratantes, dentre outras tantas exigências.

Em algumas espécies de contratos essas exigências são ainda mais marcantes.

Nas relações de consumo, por exemplo, a incontestável vulnerabilidade do consumidor em face da superioridade técnica e econômica do fornecedor, deixou latente a necessidade de conferir especial vigor àqueles novos valores e princípios, em detrimento da autonomia privada. Para os microssistemas normativos de tutela dessas relações fica ainda mais evidente a força conferida aos princípios da equivalência material, da boa-fé e da função social²⁴², confirmando a significativa transformação do panorama moderno.

No âmbito da responsabilidade civil, igualmente, as influências das novas lentes axiológicas do direito contemporâneo foram gradativamente aparecendo – e influenciando sobre as cláusulas de modulação do dever de indenizar.

Tanto pela inclusão da noção de risco, ao lado da culpa subjetiva, como elemento a fundamentar a responsabilidade civil²⁴³, quanto pela progressiva

²⁴¹ A respeito da consequência da modificação dos princípios, explica Paulo Lôbo: “*Apreciando as transformações havidas no direito privado, especialmente no direito das obrigações, Franz Wieacker demonstra que o acontecimento mais importante quanto aos aspectos fundamentais da viragem do direito civil para o social foi o regresso do direito ao princípio da equivalência material. (...) No Estado social houve o alargamento da responsabilidade solidária das partes e da competência do juiz para revisão dos negócios jurídicos, em razão da mutação funcional do ordenamento normativo numa sociedade dominada pela solidariedade social*”. (LÔBO, 2011, p. 16).

²⁴² TARTUCE, 2012., p. 52 e seguintes.

²⁴³ Especialmente em função do aumento significativo dos acidentes e da necessidade de se atender às suas vítimas, é que se inicia a inserção do risco como fundamento à responsabilização. Neste contexto, Wanderley Fernandes explica: “*O ponto de referência [da responsabilidade civil] desloca-se do ato para a atividade e isso tem implicações relevantes na determinação da responsabilidade pelos*

corrosão dos seus demais filtros clássicos, ficou patente a mudança de foco da responsabilidade civil, que nos seus primórdios modernos primava pela punição do ofensor, e contemporaneamente deve ser instrumento de tutela da vítima – valor prevalente num sistema que prima pela dignidade.

Diante de todas essas nuances, o problema que se coloca é: quais os contornos que se deve conferir a esses princípios e valores da ordem contratual contemporânea, para que não sufoquem por completo a iniciativa privada da qual depende o desempenho de atividades econômicas, em especial aquelas de risco, e que veem nas cláusulas de modulação do dever de indenizar uma saída de conciliação?

3.3.1 O equilíbrio contratual, a boa-fé e a função social do contrato: contornos essenciais

Como é curial, estes princípios influenciam sobremaneira na admissibilidade das cláusulas sobre o dever de indenizar, já que, pela sua natureza contratual, estas cláusulas devem observar aos elementos normativos do direito contratual vigente para se constituírem em institutos válidos e eficazes.

O princípio do equilíbrio contratual se impõe contemporaneamente como elemento de promoção de relações contratuais justas e solidárias. No ordenamento brasileiro, o princípio se materializa pelo mandamento do art. 3º, inciso I da Constituição Federal²⁴⁴, que institui como objetivo da República o estabelecimento de relações sociais livres, justas e solidárias²⁴⁵.

Entende-se como *equilíbrio contratual* a situação de proporcional equivalência das obrigações das partes vinculadas por um contrato. Ainda que as prestações assumidas por cada um dos pólos da relação guardem peculiaridades com a respectiva posição do contratante, e com o fim por ele pretendido pela

danos decorrentes não de um ato isolado, mas de uma atividade econômica organizada, tal como se caracteriza a empresa moderna". (FERNANDES, 2013, p. 28 do item 1.5, e-book).

²⁴⁴ "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária". (BRASIL. Constituição [1988]. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988.)

²⁴⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do contrato*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 32.

contratação, não pode haver, proporcionalmente, uma assimetria tal que coloque uma parte em situação de completa sujeição aos desmandos da outra.

A relação, em suma, deve estabelecer, tanto quanto possível, prestações mútuas proporcionalmente correspondentes, e que gerem a ambos os contratantes proveito equivalente, diante das obrigações que assumem e do bem (*latu sensu*) que pretendem obter por intermédio da contratação.

É, ademais, em função deste princípio que se estabelece o dever, ou subprincípio, de equivalência material entre as prestações assumidas no contrato, que, nas palavras de Claudio Godoy, pode ser também denominado de *um nexo entre as prestações*²⁴⁶.

O direito privado de matriz moderna e liberal, como se sabe, legou aos particulares tamanho espaço de liberdade que, paralelamente ao desenvolvimento alcançado pela facilitação no trânsito de riquezas, a ausência de limitações ao exercício da liberdade resultou no alastrar de relações profundamente desequilibradas.

A equivalência material entre as prestações, neste contexto, veio como elemento a possibilitar a correção da grande assimetria gerada pelo exercício irrestrito da autonomia privada, figurando como limite à própria liberdade contratual.²⁴⁷

Conforme expõe a autora francesa Laurent Aynès, a preocupação com a “economia” do contrato (ou com o seu equilíbrio) reflete no relativo controle sobre os termos contratuais e, por lógica, também das cláusulas de natureza das aqui analisadas²⁴⁸.

Esta compreensão de que o princípio do equilíbrio contratual restringe a liberdade dos particulares na estipulação dos termos contratuais influi, como é possível prever, sobre o fundamento da cláusula de não indenizar. Como antes exposto, é no exercício da autonomia privada que essas cláusulas encontram a base

²⁴⁶ GODOY, 2009, p. 32.

²⁴⁷ Fábio Peres explica que a exigência sobre a manutenção do equilíbrio contratual se impôs no momento em que se viu superada a utopia da igualdade formal entre as partes, pelo reconhecimento de relações estabelecidas entre agentes em profunda desigualdade de posições. Nas suas palavras, “*deve-se reconhecer a crescente propagação das relações jurídicas marcadas pela vulnerabilidade de uma das partes e, nesse contexto, a superação da idéia, outrora amplamente disseminada, de suficiência da igualdade formal para garantir os verdadeiros interesses dos contratantes, uma vez que, tendo em vista as circunstâncias sociais e econômicas, a discussão e a negociação das cláusulas contratuais, em tais casos, não passam do plano da utopia.*” (PERES, 2009, p. 132).

²⁴⁸ AYNES, Laurent. *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*. Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris, 1990, p. 9.

de sua admissibilidade; logicamente, um princípio que relativiza essa base, torna o juízo de admissibilidade da cláusula um tanto crítico.

Disto, entretanto, não parece correto deduzir a conclusão de que o equilíbrio contratual, junto aos demais princípios adiante analisados, coloca em crise todo o sustentáculo das cláusulas moduladoras do dever de indenizar, em especial quando se considera a inserção delas em contratos efetivamente negociados pelas partes envolvidas²⁴⁹.

Analisando essa questão, Fábio Peres sustenta que o princípio do equilíbrio contratual tem ampliado seu espaço de aplicabilidade nas relações em que um dos sujeitos se apresenta vulnerável diante da contraparte, situação que lhe dificulta resistir a imposições e repelir abusos. Quando diante de relações com esta particularidade, explica o autor, o princípio encontra amplo campo de aplicação, funcionando como elemento a mitigar a assimetria entre os sujeitos²⁵⁰.

Esta concepção, entretanto, não anula a existência de relações contratuais entre sujeitos em igualdade de condições de negociação, de poder econômico e técnico e, em consequência, de identidade de poder de barganha sobre seus interesses.

Ainda que sejam numerosas as relações de consumo, as relações de trabalho e outras em que há, *a priori*, um desequilíbrio de posições, não se pode negar a existência de relações em que as partes detêm, nas palavras de Pinto Monteiro, um *equal bargaining power*²⁵¹. Tratam-se estas das relações que, num esforço classificatório, denominamos de *paritárias*²⁵².

Não se está a afirmar, com o que foi dito logo acima, que os princípios aqui em análise, como o princípio do equilíbrio contratual, não se impõem também nos contratos paritários e não influem sobre a admissibilidade das cláusulas de não indenizar. Como será visto no próximo Capítulo, dentre as condições de validade e eficácia destas cláusulas está a observância às normas cogentes (ou, como é comum referir, à ordem pública).

Não se pode desconsiderar, todavia, que há também relações em que os contraentes encontram-se em igualdade de condições de negociação e, nestas

²⁴⁹ No último capítulo deste trabalho, analisaremos com maior afinco as particularidades a serem observadas na estipulação das cláusulas de modulação do dever de indenizar para que, observando aos princípios da ordem contratual contemporânea, constituam-se em institutos válidos e eficazes.

²⁵⁰ PERES, 2009, p. 132.

²⁵¹ MONTEIRO, 1985, p. 247.

²⁵² A respeito das relações paritárias, falaremos também no Capítulo 3.

relações, os princípios clássicos do direito dos contratos recuperam sua relevância tradicional.

Entende-se que nas relações marcadas pela paridade, os princípios clássicos, como a autonomia e a liberdade contratual, não sofrem a mesma relativização que nas relações originalmente desequilibradas. Autonomia privada (ou autonomia da vontade, como referem alguns autores²⁵³), força obrigatória dos contratos e relatividade dos efeitos do contrato reassumem, nestas relações, papel de fundamentação da vinculação^{254/255}.

O equilíbrio contratual, como dito, impõe-se como princípio de tutela de situações originalmente e flagrantemente desequilibradas. Seu campo principal de aplicabilidade é aquele das relações marcadas pela vulnerabilidade de uma das partes, que não tem condições de repelir imposições desproporcionais do outro polo da relação. É, em suma, um ponto de apoio ao contratante em desvantagem.

O princípio não tem por propósito, entretanto, promover um dirigismo contratual desproporcional quando ausente a vulnerabilidade da parte, impondo termos à contratação que não interessem ou prejudiquem os contratantes em perseguir do objeto da avença, razão pela qual não parece adequado sustentar que, em vista do equilíbrio contratual, descabe a estipulação de cláusulas exoneratória ou limitativa do dever de indenizar.

²⁵³ A *autonomia da vontade* foi conquista da modernidade liberal e demonstrava a crença no poder da vontade subjetiva do sujeito diante de suas relações, especialmente jurídicas. Conforme anota Francisco Amaral, “a expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma expressão subjetiva, psicológica”; e expressa a crença na vontade enquanto elemento formador dos contratos (AMARAL, Francisco. **Direito civil – Introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348). Contemporaneamente, entretanto, refere-se ao princípio da *autonomia privada*, conforme anota Flávio Tartuce (TARTUCE, 2012, p. 53-54). A autonomia privada se concretiza pela liberdade de contratar e pela liberdade contratual, bem definidas nas palavras de Noronha: “*Autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem por meio de contrato, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços. Na lição de Larenz, mais concretamente, ‘é a possibilidade oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites, por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos’*”. (NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 144).

²⁵⁴ Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber se manifestam nesse sentido (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* (org. Gustavo Tepedino). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43-44).

²⁵⁵ “*Estando caracterizada uma relação paritária, realça-se em tal situação, a autonomia da vontade, de onde exsurtem como corolários os princípios da liberdade contratual, da relatividade dos efeitos contratuais e a obrigatoriedade dos contratos. Embora seja inegável que a estes se somos três novos paradigmas – os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social do contrato – há que se afirmar que os princípios contratuais clássicos, em especial a liberdade contratual, retêm uma destacada esfera de incidência nas relações paritárias, (...)*” (PERES, 2009, p. 134-135).

A boa-fé é outro importante valor da ordem contratual contemporânea e que, num primeiro olhar, parece retirar da cláusula de não indenizar qualquer espaço de possibilidade.

Tal como o princípio do equilíbrio contratual²⁵⁶, a boa-fé também resulta do mandamento de instituição de relações justas e solidárias. Tamanha é sua centralidade nos ordenamentos atuais que, diz se tratar, simultaneamente, de princípio e cláusula geral²⁵⁷.

Paulo Nalin sustenta que este princípio ocuparia hoje, na formação do contrato, o papel que outrora foi ocupado pela vontade dos contratantes²⁵⁸. Segundo o autor, diante da vulnerabilidade e desigualdade de um contratante em relação a outro, que o impeça ou dificulte de exprimir sua real intenção quanto os termos da vinculação, tanto maior deverá ser o espaço ocupado pela boa-fé. Cumpre colacionar, a respeito, suas palavras:

(...) a vontade contratual ainda encontra espaço na relação jurídica contratual, tanto na paritária quanto na massificada, mas o seu papel decresce de importância à medida que se amplia a vulnerabilidade subjetiva de um dos contratantes²⁵⁹.

E continua, mais adiante:

(...) Ou seja, quanto maior for a equivalência de forças na relação, maior também será a autonomia para contratar; por outro lado, quanto maior o distanciamento socioeconômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato, servindo ela de termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte²⁶⁰. (Grifamos).

²⁵⁶ A despeito da ordem de abordagem empreendida, o princípio do equilíbrio contratual é, em realidade, uma derivação do princípio da boa-fé, tal qual observa Leticia Avelar: “É, pois, em nome da boa-fé e, mais especificamente, do equilíbrio contratual – que inegavelmente está contido no espectro de abrangência daquela –, que se passa a dar importância ao ‘nexo entre as prestações’, buscando-se um equilíbrio entre elas”. (AVELAR, 2012, p. 176).

²⁵⁷ AVELAR, op. cit., p. 192. Os arts. 113 e 422 do Código Civil brasileiro, ademais, exprimem essa dupla feição:

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

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)

²⁵⁸ NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 139.

²⁵⁹ Ibidem, loc. cit.

²⁶⁰ NALIN, 2008, p. 139.

Como preconizado por Nalin, a boa-fé integra a interpretação do contrato como exigência de condutas probas pelos contratantes durante todo o processo do vínculo obrigacional, mas não apenas: é elemento que efetivamente compõe o vínculo em sua origem, portanto necessário à sua existência jurídica, propriamente²⁶¹.

O princípio da boa-fé, diante deste contexto, vem preencher de conteúdo as “manifestações de vontade” constantes dos vínculos contratuais. Se, anteriormente, a obrigatoriedade de cumprimento do contrato advinha do fundamento da vontade externalizada pelas partes, agora este papel é desempenhado pela boa-fé²⁶². Mas não só isso, a boa-fé é também determinante na interpretação dos negócios, a fim de aferir-lhes a validade e a eficácia.

Neste sentido, parece ostentar uma dupla faceta. Por um lado, atua no próprio momento de formação do vínculo; por outro, direciona a leitura das condutas dos contratantes durante todo o processo obrigacional, até que se concretize a execução do objeto e se deem por satisfeitas as intenções das partes. Neste segundo sentido, a boa-fé impõe que os atos das partes durante todas as fases do contrato sejam revestidos de manifestações de probidade, lealdade e retidão^{263/264}, cumprindo não apenas com as obrigações essenciais, mas também com deveres laterais e conexos à perfectibilização da conclusão do contrato.

Pelos seus contornos, é inegável a essencialidade do princípio da boa-fé no atendimento das expectativas sobre a prática contratual contemporânea. Nem por

²⁶¹ A este respeito, explica, novamente, Nalin: “Nessas bases de nucleação do contrato no princípio da boa-fé, não tenho dúvida de que o contrato celebrado sem sua observância também será inexistente, sendo ela (boa-fé) antes elemento de materialização do negócio do que simples princípio informativo ou conformativo da vontade contratual. Ou seja, é antes elemento essencial do que limite interpretativo. Na ótica dos elementos que compõem o negócio, o contrato é espécie daquele; o contrato é antes **de boa-fé** do que **conforme a boa-fé**”. (Grifado no original. (NALIN, op. cit. p. 141).

²⁶² “Por seu turno, o interesse primacial da questão do fundamento da vinculatividade do contrato consiste em mostrar que este não obriga propriamente porque tenha sido ‘querido’, porque fundamentalmente se deva dar relevância à vontade livre das partes (liberdade contratual), mas basicamente porque é necessário, do ponto de vista social, tutelar a confiança dos agentes econômicos e, com essa finalidade, do ponto de vista jurídico, garantir segurança ao negócio celebrado. Como fato social, o negócio jurídico é instrumento fundamental de distribuição e de riqueza. Isto significa que o fundamento básico da vinculatividade não está na autonomia da vontade, mas no princípio de tutela da boa-fé”. (NORONHA, 1994, p. 82).

²⁶³ AVELAR, 2012, p. 196.

²⁶⁴ Antonio Junqueira de Azevedo fala em uma função tríplice do princípio: “ajudar na interpretação do contrato, adjuvandi, suprir algumas falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, supplendi, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido justo, corrigendi”. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 775, 2000, p. 14).

isso, entretanto, se poderia conferir a este princípio o papel de determinador de condutas fixas e engessadas das partes. Ainda que imponha a exigência de comportamento íntegro e leal nas mais diversas fases da relação contratual, não tem por escopo reprimir a natural concorrência entre as partes em perseguir seus interesses encartados no contrato.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber afirmam, neste ponto, que a boa-fé não se constitui, ontologicamente, em preceito protetivo de determinada parte, mas em um dever de condutas reciprocamente colaborativas. Relatam que o princípio foi originalmente incorporado pelo Direito do Consumidor, motivo que lhe conferiu certa carga valorativa de princípio garantista. Nem por isso, entretanto, pode-se afirmar que assume essa faceta quando a relação contratual for paritária²⁶⁵.

Letícia Avelar, forte na lição de Tepedino e Schreiber, toca o ponto onde se pretende chegar, ao afirmar o princípio da boa-fé não reprime a busca pelos interesses particulares das partes no contrato, e, em decorrência, não impõe o cumprimento de deveres conexos que acabem por desnaturar a própria função socioeconômica encartada pelo contrato. Cabe colacionar a clara explicação da autora:

Em outras palavras, o conteúdo dos deveres anexos [impostos pela boa-fé] está indissociavelmente vinculado e limitado pela função socioeconômica do contrato, não sendo razoável, por exemplo, que um dos contratantes exija do outro um dever de informação que não corresponda a um interesse legitimamente resultante daquela função. Também não se espera que, por força da boa-fé objetiva, um dos contratantes deva colaborar com o interesse privado e individual do outro. (...), porque, frise-se, os interesses contrapostos dos contratantes não atentam contra a eticidade, nem contra qualquer dos valores prestigiados pela ordem jurídica²⁶⁶.

Essas conclusões parecem demonstrar, portanto, que também o princípio da boa-fé não foi capaz de desestruturar a fundamentação das cláusulas sobre o dever de indenizar que, conforme será visto no próximo Capítulo, nada mais são do que materialização de determinada pretensão concorrente dos contratantes²⁶⁷.

²⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 4

²⁶⁶ AVELAR, 2012, pp. 195-196.

²⁶⁷ “O interesse individual do devedor será, na hipótese, o de se ver livre da indenização que, sem a cláusula, seria devida na eventual ocorrência de dano; e o interesse do credor, diversamente, será auferir vantagem em decorrência da renúncia ao direito de indenização, que certamente corresponderá a um encargo para o devedor. Trata-se, sem dúvida, de interesses divergentes, mas que, nem por isso, afrontam a boa-fé objetiva.” (AVELAR, 2012, p. 196).

Por fim, há que se falar do princípio da função social do contrato, também integrante da atual ordem contratual.

Tal como os princípios elencados anteriormente, a função social do contrato tem previsão constitucional, também remetendo à perspectiva civil-constitucional que condiciona sua compreensão, “e impõe, antes, que o contrato volte-se à promoção dos valores básicos do ordenamento”²⁶⁸.

No ponto que aqui nos interessa, toma-se o princípio (e também cláusula geral) da função social como um dos instrumentos de mitigação do princípio clássico da relatividade dos efeitos do contrato. Ao exigir atenção ao cumprimento de uma função social e à promoção de interesses sociais, altera a compreensão do contrato enquanto fonte de vínculos individualizados nas pessoas dos contratantes, tal como tradicionalmente considerado.

Para além de instrumento de composição de interesses particulares, o contrato deve observar e, notadamente, respeitar interesses sociais que transcendem aqueles que motivaram a vinculação. Em especial, deve observar, lateralmente, os valores tutelados pela ordem econômica e o já mencionado princípio da dignidade da pessoa humana, de matriz central.²⁶⁹

E é neste sentido que também o princípio da função social, além de flexibilizar o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, exprime sua faceta limitadora da autonomia privada, mais precisamente da liberdade contratual.

Pelo seu conteúdo normativo, não pode o contrato dispor quaisquer termos e quaisquer meios para se atingir os interesses particulares, mas, antes de tudo, deve se orientar em consonância os ditames dos princípios da ordem econômica e a dignidade humana, e, na medida do possível, promover interesses de cunho social. Neste ponto, explica Claudio Godoy²⁷⁰ que a função social funcionaria como “(...) *controle da juridicidade de cada contrato firmado, em função da sua consonância com a utilidade social que deve ostentar*”.

²⁶⁸ Ibidem, p. 190.

²⁶⁹ Nas palavras de Teresa Negreiros, “*partimos da premissa de que função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.*” (NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206). Na concepção de Tartuce, “*a função social dos contratos pode ser conceituada como sendo um princípio contratual, de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade.*” (TARTUCE, 2012, p. 65).

²⁷⁰ GODOY, 2009, p. 156.

Trata-se, sem qualquer dúvida, de princípio central na contemporânea ordem contratual, eis que visa, antes de tudo, tutelar as posições sociais potencialmente violadas pelos atos voltados à promoção de interesses privados.

Assim delineado, todavia, o princípio da função social não assume a atribuição de afastar integralmente o espaço de liberdade dos agentes privados para comporem seus interesses, ou de exigir que todo instrumento contratual tenha por objeto um bem imediatamente útil à promoção de interesses sociais. Não esvazia por completo esse o espaço de liberdade dos particulares.

É esta, inclusive, a exata orientação formalizada pelo enunciado 23 das Jornadas de Direito Civil, de 13/09/2002:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas **atenua ou reduz** o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana (Grifamos e destacamos).

Nos termos do enunciado, é pertinente afirmar que o princípio da função social não tem o condão de anular a autonomia privada por completo, determinando em regras fixas à configuração dos contratos²⁷¹. Poderá, diante de condições específicas, limitar o alcance da liberdade contratual, mas não eliminá-la por completo.

No que concerne às cláusulas sobre o dever de indenizar, a observância do princípio implica em limitar a possibilidade de sua estipulação quando diante de danos que atentem contra a dignidade humana e aos direitos e bens de titularidade metaindividual. Para além dessas situações, entretanto, há ainda um largo campo em que as cláusulas são possíveis, sem que afrontem os ditames da cláusula geral de funcionalização.

A observância da função social tende, primordialmente, à promoção das relações solidárias previstas e tuteladas constitucionalmente, mas não a uma exacerbada predeterminação sobre os termos contratuais. O contrato, afinal, a despeito de sua nova configuração e da necessidade de observar e cumprir uma função social, permanece instrumento econômico de promoção de interesses (também) particulares.

²⁷¹ AVELAR, 2012, p. 191.

4 AS CONDIÇÕES DE VALIDADE E EFICÁCIA DAS CLÁUSULAS DE MODULAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR COMO PRESSUPOSTOS DE SUA ADMISSIBILIDADE

Conforme alertado no capítulo introdutório, mais do que abordar o “instituto” das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar, constitui objeto do presente trabalho a análise da sua admissibilidade jurídica pelos ordenamentos brasileiro e francês. E essa admissibilidade, ver-se-á, conforma-se pela reunião das condições de validade e eficácia desses instrumentos contratuais – o que será objeto de análise do presente Capítulo.

O ponto cerne de discussão a respeito das cláusulas sobre dever de indenizar, ademais, parece ser exatamente este: definir se ditas convenções são ou não admissíveis, diante das particularidades do sistema contratual e do sistema de responsabilidade civil contemporâneos.

A preocupação com essa definição encontra espaço porque as cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar não são objeto de tratamento legal expresso e genérico. Dito de outra forma, os códigos civis brasileiro e francês são omissos em relação à matéria, legando à doutrina e à jurisprudência as discussões a respeito.

Há, é verdade, disposições pontuais da legislação especial de ambos os países. Mas esta especialidade é, justamente, propulsora das dúvidas que pesam sobre a admissibilidade dessas cláusulas em campos outros que não os disciplinados pelas regras especiais.

O presente trabalho se insere exatamente neste contexto.

A abordagem da problemática da validade e da eficácia dessas cláusulas não é, ademais, inédita, como também já se mencionou. A doutrina de longa data vem se debruçando sobre o tema. Nem por isso, entretanto, pode-se afirmar que o problema restou resolvido e que a admissibilidade dessas cláusulas não divide os posicionamentos ou não é mais problema atual.

Em síntese, definidas as cláusulas aqui em estudo como convenções destinadas ao afastamento ou à limitação da consequência da responsabilidade civil, ou, precipuamente, do princípio da reparação integral, insta verificar quais as peculiares condições que se impõem à sua perfeição e eficácia, possibilitando-se

analisá-las quando previstas em contratos ditos paritários, para, ao final, poder se aferir se as posições pela sua admissibilidade ou não encontram algum vínculo de coerência com a realidade atual dos ordenamentos em comparação²⁷².

A proposta do presente Capítulo é, portanto, expor essas vertentes acerca do espaço de admissibilidade conferido às cláusulas de não indenizar no direito brasileiro e no direito francês, assumindo, ao final, uma posição crítica sobre a coerência dos posicionamentos.

4.1 AS CONDIÇÕES DE VALIDADE E EFICÁCIA DAS CLÁUSULAS EXONERATÓRIA E LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR NO DIREITO BRASILEIRO

As cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar, tal como consta de sua designação, são *cláusulas*, portanto convenções, contratos.

A natureza contratual lhes impõe, como é previsível, o cumprimento de todas as condições de validade de qualquer contrato (tanto quanto à forma quanto ao seu conteúdo). Mais propriamente, dos seguintes requisitos: partes capazes, objeto lícito, consentimento real ou acordo de vontades carente de vícios, requisitos de solenidade e forma prescrita em lei, quando houver^{273/274}.

Não obstante a peculiaridade do conteúdo dessas cláusulas, tal fato não lhes afasta da obrigação de observância desses requisitos comuns a todos os contratos. Suas particularidades, entretanto, colocam-se especialmente no momento da aferição de dois desses requisitos, quais sejam, o consentimento real, ou acordo de vontade carente de vícios, e o objeto lícito.

A primeira questão a ser ponderada no juízo de validade da cláusula de não indenizar envolve, portanto, o *consentimento real* das partes na sua estipulação.

²⁷² Neste sentido, posiciona-se Rui Rosado de Aguiar Junior: “A existência da cláusula de não indenizar, celebrada anteriormente à resolução, é contrário à lei e, assim como a renúncia prévia ao direito de resolver, não pode ser aceita”. (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 271).

²⁷³ DIAS, 1980, p. 43.

²⁷⁴ “Com amparo em tal argumentação, entendemos, portanto, que – contanto que atendam aos requisitos de validade impostos à generalidade dos negócios jurídicos – as cláusulas contratuais limitativas e exoneratórias do dever de reparar são, em regra, plenamente válidas e admissíveis em nosso ordenamento jurídico vigente (...)”. (PERES, 2009, p. 130-131).

Como antes se referiu, quando se tratou dos institutos similares às convenções sobre o dever de reparar, estas cláusulas aproximam-se da renúncia antecipada, e, em especial, da transação preventiva sobre perdas e danos.

A cláusula exoneratória assinada pelo credor materializa sua renúncia pela reparação que lhe seja potencialmente devida em momento futuro. A esta renúncia, também se mencionou, deve corresponder uma contraprestação idônea por parte do devedor eventual – contraprestação esta que aproxima o conteúdo da cláusula dos institutos da renúncia e da transação antecipadas²⁷⁵.

É em razão desta configuração que se impõe a exigência de consentimento real sobre a cláusula de não indenizar, “(...) *exatamente porque sua fixação implica renúncia daquele que a aceita, isto é, daquele que poderá vir a sofrer o dano sem o correspondente ressarcimento. E, sabe-se, a renúncia há de ser expressa, pois que não se presume, jamais*”²⁷⁶.

Não pode ser questionável, portanto, a manifestação do consentimento do credor da indenização, já que na hipótese de a cláusula vir a ser acionada, restará privado do seu direito à indenização, por ter a ele renunciado antecipadamente quando anuiu com a cláusula exoneratória.

Repita-se: pelo seu conteúdo de renúncia de direito, o consentimento do renunciante (credor da indenização) deve ser inequívoco.

Não é por outra razão, ademais, que se sustenta a impossibilidade de estipulação das cláusulas de afastamento e limitação da reparação fora dos contratos paritários²⁷⁷. Os contratos de consumo e os contratos por adesão, por exemplo, são firmados entre partes presumidamente desiguais e cuja negociação sobre os termos da contratação é restrita.

Nessas relações, em que se presume a vulnerabilidade de um dos contratantes, o exercício da autonomia privada é limitado à liberdade de contratar, restando sufocada a liberdade contratual (de negociação sobre os termos da

²⁷⁵ Logo adiante, neste mesmo tópico do Capítulo 4, explicaremos que as cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar configuram espécie de transação antecipada, ao invés de pura renúncia, porque a estipulação delas pressupõe uma contraprestação, criando um cenário de concessões recíprocas.

²⁷⁶ HIRONAKA, 1999, pp. 155-156.

²⁷⁷ “Assim, circunscreve-se, na prática, seu campo de atuação à esfera das relações paritárias, entendidas estas como as situações nas quais as partes se encontram em reais condições de discutir e, conjuntamente, construir o conteúdo negocial, em um processo equitativo.” (PERES, 2009, pp. 193-194).

vinculação), ante o poderio técnico e econômico da contraparte, que, unilateralmente, impõe o conteúdo das cláusulas contratuais.

Quando constantes em contratos formulados apenas por uma parte, incumbindo à outra a mera decisão de aderir²⁷⁸ ou não, a presença de uma cláusula exoneratória ou limitativa do dever de indenizar, ainda que conhecida pela parte aderente, configura imposição (eis que não plenamente negociada) e, no mais das vezes, vem desacompanhada de uma contraprestação por parte do devedor eventual da indenização²⁷⁹.

Ausente, assim, o consentimento suficiente a dar validade à renúncia do aderente, que pela necessidade de consumir determinado bem ou serviço essencial se vê compelido a anuir com a referida estipulação, ainda que não receba qualquer benefício em troca.

Não há, diante dessas condições, consentimento pleno, de modo que a cláusula de não indenizar assim estipulada carece de validade. Tratar-se-á, nessas hipóteses, de espécie de cláusula abusiva, que retira direito juridicamente protegido quando o seu titular não manifestou vontade inequívoca de dele dispor.

Pela aplicação deste requisito de validade tem-se, então, que a cláusula de não indenizar e a cláusula limitativa do dever de indenizar encontram possibilidade de previsão em contratos efetivamente negociados. A *contrariu sensu*, são interditas nas relações em que limitado o exercício da autonomia e o poder de resistir às imposições pela parte tida por vulnerável.

Ao lado do consentimento real, coloca-se como outra condição de validade dos contratos em geral, e também das cláusulas aqui em apreço, o *objeto lícito*.

Vale, no direito privado, a máxima de que as partes podem agir e pactuar dentro dos limites impostos pela lei. *“Em direito privado, tudo que não for proibido*

²⁷⁸ Analisando as classificações contratuais, a respeito do contrato de adesão, ou contrato por adesão (expressões sinônimas, segundo este autor), Flávio Tartuce expõe: “(...), o contrato de adesão é aquele em que uma parte, o estipulante, impõe o conteúdo negocial, restando à outra parte, o aderente, duas opções: aceitar ou não o conteúdo desse negócio. Na opinião desse autor, o conceito deve ser visto em sentido amplo, de modo a englobar todas as figuras negociais em que as cláusulas são preestabelecidas ou predispostas, caso do contrato-tipo e do contrato formulário, figuras negociais em que as cláusulas são predeterminadas até por um terceiro.” (TARTUCE, 2012, p. 27).

²⁷⁹ “Com efeito, nos casos em que não há igualdade negocial entre os contratantes, em regra a estipulação de tal cláusula rompe o equilíbrio econômico do contrato, uma vez que não há contrapartida à sua previsão, ocorrendo, em verdade, uma imposição pelo pólo contratual faticamente mais influente.” (PERES, 2009, p. 194).

expressamente é permitido”²⁸⁰. Para o campo obrigacional, o requisito do objeto lícito enquanto condição de validade do negócio jurídico é uma adaptação desta máxima, segundo a qual será lícito o objeto da contratação que não for vedado pelo ordenamento.

Em outras palavras, somente poderá haver convenção entre particulares sobre objetos que a lei não disciplinar como bens indisponíveis e sobre eles proibir negociação²⁸¹.

Adentra-se, neste ponto, naquilo que já afirmamos, logo no início do presente trabalho, ser o ponto mais crítico das discussões sobre a aferição de validade, e por conseguinte da admissibilidade, das cláusulas de não indenizar: definir se seu objeto viola disposição de norma imperativa ou então ofende a ordem pública.

Inicialmente, cumpre inferir que normas imperativas e normas de ordem pública, ainda que frequentemente referidas como expressões sinônimas, não são coincidentes²⁸². Nem todas as normas cogentes, dotadas de imperatividade, são normas de ordem pública; estas, por sua vez, são sempre imperativas^{283/284}.

²⁸⁰ Esta máxima é por alguns referida como “princípio da liberdade”, expressão que não parece a mais adequada.

²⁸¹ *“Estabelecido que a liberdade de contratar não é absoluta, mas sujeita às restrições impostas pela ordem pública, temos que as cláusulas de irresponsabilidade não vigoram senão quando se refiram a obrigações legais passíveis de modificação convencional, isto é, so podem ser estipuladas quando a regra legal aplicável, meramente supletiva da vontade das partes, admite a livre manifestação destas. Seu primeiro limite é, pois, a possibilidade de ser objeto de convenção o direito a que se referem.”* (DIAS, 1980, p. 40).

²⁸² A corroborar essa afirmação, pertinente colacionar as palavras de Roberto Rosas, em que essa conclusão é implícita: *“no âmbito da elaboração das cláusulas, entre elas, limitativas ou exonerativas da responsabilidade, não havendo norma legal impondo restrições somente a ordem pública pode repeli-las.”* (ROSAS, Roberto. Validade das cláusulas de não responsabilidade ou limitativas de responsabilidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 479, 1975, p. 12).

²⁸³ Neste sentido explica Roberto Brebbia: *“todas las leyes de orden público son imperativas, pero no ocurre a la inversa, toda vez que el legislador puede acordar imperatividad absoluta a ciertas leyes, para proteger intereses particulares, sin que tengan por sustento la noción de orden público. (...) Además, las simples leyes imperativas y las de orden público difieren en su operatividad, em cuanto las segundas, a diferencia de las primeras, no exigen una prohibición expresa o implícita para producir la nulidad o ineficacia del acto.”* (BREBBIA, Roberto. Intento de caracterización jurídica de la noción de orden público. In: Derecho privado (dirrección Oscar J. Ameal). Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 91).

²⁸⁴ É a posição de Ana Prata: *“Uma primeira e óbvia consequência dessa genérica noção é a de que a ordem pública, exprimindo-se embora em disposições legais imperativas, consagradoras de preceitos que, nos domínios específicos em que se situam, materializam os princípios fundamentais que a compõem, não se confunde inteiramente com o conjunto dessas disposições. As dificuldades e incertezas de sua identificação resultam precisamente da descoincidência entre a ordem pública e as normas imperativas, descoincidência que se manifesta no duplo sentido de que nem todas as normas imperativas são de ordem pública, nem essa se esgota no conteúdo das normas imperativas. As normas imperativas e os princípios da ordem pública constituem, pois, dois conjuntos que, tendo*

Porém, ainda que não sejam idênticas, ambas operam de maneira similar quanto à definição da “licitude” (*latu sensu*) do objeto das cláusulas sobre o dever de indenizar. Seja pelo respeito às normas cogentes, ou pela observância às normas e valores de ordem pública, impõem-se limites ao exercício da autonomia privada e, em decorrência, à previsão das cláusulas de modulação do dever de indenizar²⁸⁵.

Dentre as limitações às cláusulas aqui em apreço, impostas pelas normas cogentes, encontram-se as situações em que ordenamento jurídico, de antemão, proíbe manifestamente a sua disposição.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, dispõe em seu art. 51, inciso I²⁸⁶, que as disposições impostas pelo fornecedor que excluam ou limitem a responsabilidade por danos causados ao consumidor são consideradas abusivas e, nesta condição, carecem de validade quando previstas em contratos de consumo, excetuando, apenas, os casos envolvendo pessoas jurídicas, cuja apreciação será casuística. Trata-se de norma imperativa que interdita a convenção de derrogação antecipada do princípio da reparação integral.

Neste campo, a interdição pela norma impositiva do CDC se justifica porque nessas relações pressupõe-se a vulnerabilidade do consumidor e a sua insuficiência em face do fornecedor, seja para consentir realmente e negociar os termos da contratação, seja para exigir uma contraprestação efetiva pela sua renúncia à indenização.

Também nos contratos de transporte de pessoas há interdição da previsão de tais cláusulas, por norma cogente. O art. 734 do Código Civil dispõe que “o

embora uma vasta zona de interpenetração e sobreposição, possuem, cada um deles, zonas próprias em que a coincidência não se verifica.” (PRATA, 1985, p. 758).

²⁸⁵ Tratando de tais causas de restrição à validade das cláusulas aqui em apreço, Wanderley Fernandes sustenta: “Desde o início dos estudos acerca das restrições à validade das cláusulas de não indenizar, causou-nos certa desconfiança que a repetição dessa restrição [imposta pelas normas cogentes e pela ordem pública] é desnecessária. Primeiro, se a regra é cogente, não há como negociar os seus termos; porém, isso é verdadeiro para qualquer cláusula contratual. O art. 192 do Código Civil, por exemplo, veda a negociação do prazo de prescrição; o Código de Defesa do Consumidor veda a estipulação obrigatória de arbitragem, a eleição de foro e a boa-fé objetiva é um princípio positivado em nome cogente – quando o texto legal diz que ‘os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé’ – e não pode ser afastado. Em suma, toda e qualquer cláusula contratual deixará de ser válida se contrária a uma norma imperativa.” (FERNANDES, 2013, item 5.3 e-book).

²⁸⁶ “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”. (BRASIL, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 12. set. 1990)

transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, (...), sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade.” A questão, inclusive, já foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal ²⁸⁷. Trata-se, também, de norma cogente, ou imperativa, que interdita convenção em contrário.

Não há, com relação às proibições expressas por normas cogentes, qualquer espaço para dúvidas sobre a admissibilidade das cláusulas de não indenizar. Nestas situações, o ordenamento já dispôs a inafastável inadmissibilidade da convenção²⁸⁸, o que esvazia a necessidade de grandes discussões a respeito.

Com relação às normas tidas como de ordem pública, a discussão fica um pouco mais fluída, porque as vedações à contratação são ditadas por valores tutelados pelo ordenamento e não, necessariamente, por regras e princípios expressos. Como definir, então, essa “*ordem pública*” capaz de interditar ou limitar o exercício da autonomia privada?

Ao se debruçar sobre a questão, Letícia Avelar afirma que, genericamente, denomina-se de ordem pública o conjunto de valores impostos pela moral de cada época; trata-se, em outras palavras, de conceito jurídico indeterminado. Mas mais do que isso, sustenta a autora, forte na lição de Judith Martins-Costa, que no ordenamento brasileiro a ordem pública seria também “*um princípio geral de direito, situado no plano pré-positivo*”²⁸⁹, além de se configurar em cláusula geral.

Seja qual for sua faceta, entretanto, coloca-se como valor impositivo e inafastável, podendo determinar interdições à cláusula de não indenizar nos casos em que o afastamento da consequência da responsabilidade civil lhe cause afronta inaceitável.

Os valores considerados de ordem pública, em suma, ganham essa denominação porque se instituem na carga axiológica de fundo do direito vigente em cada época²⁹⁰, e, por esta razão, não estão no campo de disposição das partes, não podendo ser objeto de contratação ou de renúncia²⁹¹.

²⁸⁷ Súmula 161 do STF: “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.

²⁸⁸ “*Não seria admissível, por outro lado, cláusula de irresponsabilidade com infração a princípios de ordem pública e aos bons costumes, como não o seria, mesmo sem atentado a essas normas, quando proibida pela lei positiva, em atenção a motivos políticos em relação a certos contratos.*” (DIAS, 1980, p. 40).

²⁸⁹ AVELAR, 2012, p. 167.

²⁹⁰ A respeito, explica Miguel Reale: “*Ordem pública aqui está para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. O Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração*”

Cabe citar, aqui, a interdição mais marcante da “ordem pública” à estipulação de cláusulas de não indenizar: a exoneração do dever de reparação de danos que afetem a pessoa humana em sua essência. Não se traduz de validade, neste contexto, a cláusula que vise afastar o dever de indenizar danos que afetem a integridade psico-física do ofendido.

Como assinala Fábio Peres, “*mais precisamente, (...) essa vedação encontra respaldo direto no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como norma central do nosso ordenamento com o advento da Constituição Federal de 1988*”²⁹², a justificar a inaceitabilidade de convenção privada que vise à renúncia de indenização por dano à dignidade.

Exemplo importante de tal interdição está na consideração de nulidade absoluta das cláusulas exoneratórias ou limitativas constantes em contratos de prestação de serviços médicos²⁹³. Logicamente, os danos à pessoa humana causados por conduta médica não são passíveis de negociação. Não há espaço de disponibilidade sobre a dignidade humana, porquanto os danos ditos pessoais não exoneram do dever de indenizar, ainda que haja expressa renúncia do ofendido – a qual será inválida, porque disposta sobre direito indisponível.

Neste “pacote” albergado pela dignidade, entram tanto os danos que afetam o aspecto físico, como o aspecto moral. Assim é que também não guardam validade, pela “ilicitude” do seu objeto, as cláusulas que se prestem a afastar o dever de indenizar o dano moral causado²⁹⁴.

pela vontade dos obrigados”. (REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 131).

²⁹¹ Neste sentido explica Aguiar Dias: “*Estabelecido que a liberdade de contratar não é absoluta, mas sujeita às restrições impostas pela ordem pública, temos que as cláusulas de irresponsabilidade não vigoram senão quando se referem a obrigações legais passíveis de modificação convencional, isto é só podem ser estipuladas quando a regra legal aplicável, meramente supletiva da vontade das partes, admite a livre manifestação destas. Seu primeiro limite é, pois, a possibilidade de ser objeto de convenção o direito a que se referem. As coisas ou bens que estão fora do comércio não podem admitir cláusula de irresponsabilidade relativa às conseqüências da violação do direito a que correspondem*”. (DIAS, 1980, p. 40).

²⁹² PERES, 2009, p. 147.

²⁹³ “*No âmbito da responsabilidade médica, é óbvia a razão para a proibição da cláusula de não indenizar. É considerando a natureza do bem a ser protegido – a incolumidade da vida humana – que justifica-se tal proibição. (...). Cumpre assim ressaltar que o médico não pode, por via de cláusula exoneratória, isentar-se da obrigação de indenização ao paciente em caso de culpa sua ou de seus auxiliares, já que estão em causa valores como a vida, a saúde e a integridade do ser humano, cujo respeito e proteção decorrem de princípios de ordem pública*.” (OLIVEIRA, apud PERES, 2009, p. 147, nota de rodapé 336).

²⁹⁴ PERES, op. cit. p. 149. No mesmo sentido, BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A interdição à validade das cláusulas de afastamento do dever de indenizar sobre danos pessoais é o exemplo mais eloqüente da limitação imposta pelos valores de ordem pública à autonomia e à liberdade privada negocial, justificando-se pela proteção inafastável da dignidade, que impede a alteração convencional do seu regime legal e constitucional de tutela.

Não há como se esgotar todas as possibilidades de interdições à liberdade privada impostas pela ordem pública. O juízo, aqui, é casuístico – até porque, como dito, a ordem pública assume também caráter de princípio e de cláusula geral, cuja interpretação e preenchimento serão sempre feitos diante do caso concreto.

A impossibilidade de se enumerar todas as situações, aliás, parece ser razão das inúmeras posições que se sustentam pela inadmissibilidade das cláusulas sobre o dever de indenizar com fundamento na ordem pública. Utilizando-se de conceito indeterminado, fica mais fácil sustentar a inadmissibilidade da cláusula, mesmo quando, no caso concreto, a negociação privada não ofenda qualquer valor essencial ou direito efetivamente tutelado pelo ordenamento jurídico²⁹⁵.

Como uma ramificação da discussão sobre as interdições impostas pelas normas de ordem pública, adentra-se à análise do requisito de validade mais particular das cláusulas de afastamento e de limitação do dever de indenizar. Trata-se do que Aguiar Dias chama de *causa*²⁹⁶, e outros autores de *contraprestação satisfatória* ou *compensação legítima* pela renúncia à indenização, requisito imprescindível, e cuja ausência custa a invalidade das cláusulas de modulação do dever de indenizar.

Ao estipular uma cláusula de afastamento ou de limitação do dever de reparação, a qual favorece o devedor dessa obrigação, deve ser convencionada uma contraprestação ao credor, que justifique a sua renúncia antecipada.

Essa contraprestação, muitas vezes, se constitui em uma redução de encargos decorrentes do contrato, ou na reciprocidade da exoneração, ou ainda na concessão de outros benefícios à parte potencialmente lesada, que, numa análise econômica do escopo do contrato, entende razoável assumir o risco de não vir a perceber a devida reparação.

²⁹⁵ Neste sentido, explica Wanderlei Fernandes: “Dessa maneira, entendemos que a ordem pública é, sim, uma restrição, porém aplicável a qualquer outra cláusula contratual; aplicação que dependerá do caso concreto específico, sendo desnecessária uma formulação legislativa ou doutrinária específica para as cláusulas de não indenizar.” (FERNANDES, 2013, p. 39, item 5.3, e-book).

²⁹⁶ DIAS, 1980, p. 60.

As possibilidades de contraprestação mencionadas não encerram todas as possibilidades. A aferição da presença ou ausência deste requisito de validade deve ser, também, casuística, e não necessariamente será objetiva. Isto é, pode englobar um caráter subjetivo, psicológico mesmo, que tenha instigado o credor da indenização a renunciá-la. É o que Aguiar Dias explica, com clareza:

Ora, não se pode considerar causa senão o motivo por que o credor consente na exoneração, isto é, a vantagem, diversa da obrigação, em vista da qual o credor acha razoável aceitar a cláusula. Tem, por força, de ser, em face das condições do momento da aceitação e aos meios, perante o espírito do credor, pelo menos o equivalente subjetivo da prestação original, porque, de outra forma, não teria sido aceita²⁹⁷.

A exigência de causa mostra-se coerente sob dois pontos de vista: primeiramente reflete a preocupação com a manutenção do equilíbrio contratual; por outro lado, quando presente, demonstra a existência de efetiva negociação sobre a estipulação da cláusula, tendo ela espaço dentro de um contexto sinalagmático de um contrato paritário²⁹⁸, e não em relações desequilibradas pela vulnerabilidade de um dos sujeitos^{299/300}.

A existência de uma contraprestação à renúncia de indenização coloca-se, indiretamente, também como uma imposição de ordem pública. Isso porque, tal qual referimos no Capítulo anterior, a ordem contratual contemporânea consagra novos princípios, dentre os quais a boa-fé, o equilíbrio contratual e a função social do contrato. Tratam-se de valores de fundo do ordenamento, em matéria contratual, e, nesta condição, podem ser considerados como valores de ordem pública³⁰¹.

²⁹⁷ DIAS, 1980, p. 60.

²⁹⁸ “É esse, portanto, o parâmetro inicial que propomos para que se possa aferir a validade da cláusula de não indenizar: a existência de uma real contrapartida à sua estipulação, de forma a assegurar a manutenção do equilíbrio econômico na relação entre as partes contratantes”. (PERES, 2009, p. 139).

²⁹⁹ No mesmo sentido explica Alberto do Amaral Junior: “No âmbito do direito comum, a doutrina sustenta que a cláusula de não indenizar somente se aperfeiçoará se contar com o consentimento das partes, devendo ainda corresponder a uma vantagem paralela a ser obtida pelo outro contratante”. (JUNIOR, Alberto do Amaral. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo”. In: Revista de Direito do Consumidor, v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1998, p. 10).

³⁰⁰ José de Aguiar Dias, igualmente, posiciona-se nesse sentido, afirmando que à cláusula deve corresponder uma causa: “No que concerne à causa, já ficou explicado que, na cláusula, ela consiste no proveito, na vantagem em face da qual o credor lhe dá assentimento. Se essa é irrisória e a aceitação da cláusula decorre da impossibilidade de discuti-la, não pode prevalecer”. (DIAS, op. cit., p. 69-70).

³⁰¹ “E, por fim, a ordem pública orienta igualmente a inadmissibilidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar nos casos de violação dos princípios do equilíbrio contratual, da função social do contrato e da boa-fé objetiva.” (AVELAR, 2012, p. 175).

Assim é que as cláusulas aqui em estudo não podem prescindir da observância dos referidos princípios, e a existência de uma contraprestação à sua estipulação, enquanto requisito de validade, visa justamente ser um elemento a manter o equilíbrio contratual e demonstrar a boa-fé na sua estipulação.

Ainda que, como dito, a compensação à renúncia de indenização não seja, necessária e objetivamente, correspondente à extensão do dano, tal fato, *a priori*, não ofende a exigência de equilíbrio contratual, já que cumprirá sua função se atender à expectativa e à pretensão subjetiva da parte renunciante no contrato.

Para além das condições de validade antes expostas, a admissibilidade das cláusulas sobre o dever de indenizar depende de outros requisitos, que se impõem como suas condições de eficácia.

Pode ocorrer que as cláusulas de afastamento ou de limitação do dever de indenizar, ainda que validamente estipuladas, não produzam seus efeitos próprios. Diante de três situações, em especial, isso se verifica. É o que passaremos a analisar.

A primeira das causas de ineficácia das cláusulas em apreço é a exoneração do dever de indenizar pelo descumprimento da obrigação essencial do contrato³⁰².

A respeito, inicialmente, cumpre reiterar a posição já manifestada no Capítulo anterior deste trabalho, quando se referiu que as cláusulas sobre o dever de indenizar não afastam o dever de adimplemento da obrigação essencial do contrato. Entende-se estar superada esta questão; não é demasiado reforçar, entretanto, que a estipulação das cláusulas em questão atinge tão somente a obrigação secundária, decorrente da incidência da responsabilidade civil.

Justamente por se tratar de cláusulas acessórias no contrato, o seu objeto não é a obrigação central que ensejou a contratação, mas tão somente a obrigação subsidiária, de nascimento eventual. Disto se extrai a evidente imprecisão da afirmação de que tais cláusulas tornam absolutamente vazia a exigibilidade da obrigação essencial. A afirmação é genérica e desconsidera todas as possibilidades de exigência do cumprimento da obrigação postas pelos instrumentos legais.

³⁰² É o que explica Fábio Peres:“(…), a doutrina majoritária tem considerado que somente há validade da cláusula de não-indenizar nas relações contratuais quando o seu objeto não se refira a ma obrigação principal do contrato. Em outros termos, tais cláusulas seriam admissíveis apenas nas hipóteses em que visassem a limitar ou exonerar o dever de reparar derivado do inadimplemento de obrigações acessórias, não centrais, do vínculo contratual.” (PERES, 2009, p. 180).

Não obstante isto, fato é que a cláusula de não indenizar não opera seus efeitos quando, diante do descumprimento absoluto do contrato, não reste qualquer outra possibilidade de o credor reclamar sua perda – ainda que a cláusula tenha sido validamente estipulada.

Consoante expõe Letícia Avelar, a ineficácia se justifica, diante de tal situação, porque a cláusula se apresenta como “*negativa da própria causa final do negócio jurídico, o que a torna abusiva e faz com que o contrato deixe, assim, de cumprir sua função social*”³⁰³.

Ao se permitir a produção do efeito de exoneração do dever de indenizar pelo descumprimento da obrigação essencial, esvazia-se a imperatividade do cumprimento do contrato, transformando-se a prestação contratual em condição puramente potestativa³⁰⁴, que figurará como mera liberalidade do devedor da obrigação e, neste ponto, mostra-se como afrontosa não só à função social, mas também à boa-fé, fundamentos que justificam a restrição da eficácia.

Portanto, nos contratos em que a impossibilidade de resolução em perdas e danos retire qualquer segurança sobre o cumprimento da obrigação, deixando o credor totalmente carente de meios para tutelar sua posição jurídica³⁰⁵, a cláusula é inoperante.

Um exemplo de contrato em que a previsão da cláusula não surte seus efeitos caso a obrigação essencial seja descumprida, são os contratos de locação de cofres em bancos, para guarda de bens. Trata-se da hipótese de assinatura de um contrato de depósito e guarda de objetos, pelo qual o banco assume a obrigação de guardar os bens seguramente e o contratante assume a obrigação de pagar uma quantia pelo serviço de guarda. O contrato, no caso, estipula uma cláusula exoneratória de “responsabilidade”³⁰⁶.

No caso de vir a ocorrer o extravio dos bens depositados, descumprindo-se a obrigação essencial de guarda, o efeito produzido pela cláusula de não indenizar retira do contratante qualquer possibilidade de tutelar sua posição jurídica. A obrigação do banco se torna, claramente, uma obrigação natural, impossível de ser exigida. O contrato perde qualquer caráter de imperatividade e sentido.

³⁰³ AVELAR, 2012, p. 214.

³⁰⁴ A expressão é utilizada por AVELAR, op. cit., p. 216.

³⁰⁵ PERES, 2009, 183.

³⁰⁶ O exemplo foi originalmente abordado por PERES, op. cit., p. 181 e ss.

O exemplo exposto é mencionado por Fábio Henrique Peres, que explica que a ineficácia das cláusulas de não indenizar é especialmente marcante quando do descumprimento de obrigações principais nos contratos de guarda e depósito. Estes contratos, pela sua essência, dependem da possibilidade de conversão em perdas e danos como garantia da obrigatoriedade do cumprimento da obrigação³⁰⁷.

Todavia, nem sempre a obrigação essencial, se descumprida e concorrendo com uma cláusula exoneratória, se transmudará em uma condição puramente potestativa. Há obrigações que, pela sua essência, podem ser tuteladas por outros meios definidos pelo ordenamento, sendo a conversão em perdas e danos apenas mais um elemento de garantia da imperatividade do cumprimento do contrato.

Nada impede, por exemplo, que em determinadas situações o credor ingresse judicialmente perseguindo a execução direta da obrigação, por meio dos mecanismos previstos nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil³⁰⁸ – quando diante de obrigação de fazer –, requerendo a fixação de multa periódica (as

³⁰⁷ Fábio Henrique Peres, a respeito, explica: “Com efeito, no exemplo dado – assim como em outras situações fáticas similares, dentre as quais se destacam os contratos de depósito e de estacionamento marcados por um dever de guarda ínsito, bem como nos quais há obrigações personalíssimas –, a possibilidade de pleitear indenização na hipótese de inadimplemento contratual serve de garantia inseparável à manutenção da efetividade do negócio jurídico. A obrigação de cumprir a prestação principal une-se à segurança trazida pela possibilidade de pleitear a indenização em face de possível descumprimento, formando um único incidível. Assim, por inviabilizar a consecução do fim contratual pretendido pelas partes, a ausência de outros instrumentos jurídicos capazes de tutelar a posição jurídica do credor em tais hipóteses nos leva a concluir, em tese, pela inviabilidade da cláusula de limitação ou exclusão do dever de indenizar nessas situações em que se desnatura, por completo, a própria essência da relação jurídica.” (PERES, 2009, 183).

³⁰⁸ Art. 461, CPC: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

“Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.” (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 1973).

astreintes) para forçar o adimplemento; ou que requeira a resolução do contrato por descumprimento, com base nos arts. 474 e 475 do Código Civil, ainda que não venha a resolvê-lo em perdas e danos³⁰⁹; ou ainda que oponha exceção de contrato não cumprido, quando diante de contratos bilaterais e comutativos, visando afastar a exigibilidade da sua prestação e o consequente prejuízo dela decorrente, nem que requeira a prestação de garantia suficiente para cobrir a obrigação³¹⁰.

Parece exagerado, nos casos em que aplicáveis os referidos expedientes, julgar ineficazes as cláusulas de não indenizar validamente estipuladas, desconsiderando-se a racionalidade que justificou a sua pactuação pelos contratantes.

Finalmente, ainda sobre as exigências de eficácia das cláusulas aqui em apreço, cabe tecer algumas considerações sobre a natureza da conduta causadora do dano.

Cinge-se a discussão, especialmente, em definir quais os atos causadores de danos que acionam a plena eficácia da cláusula de não indenizar, se apenas os atos levemente culposos ou também as condutas consideradas gravemente culposas.

Com relação ao dolo, não há que se delongar muito. Doutrina e jurisprudência são unânimes em considerá-lo inapto a afastar o dever indenizatório: se a inexecução contratual decorreu de dolo do devedor, este não poderá se exonerar do dever de reparar o credor ofendido, porque a estipulação de cláusula de não indenizar não o beneficia. A questão, ademais, está tratada legislativamente³¹¹.

Letícia Avelar, tratando deste ponto, distingue os dois possíveis momentos em que o dolo pode se manifestar, e explica as conseqüências diversas, conforme o momento.

Segundo a autora, se o dolo do devedor é contemporâneo à formação do contrato, ou no momento da estipulação da cláusula exoneratória ou limitativa, esta restaria afetada em seu plano da validade, sendo anulável pelas disposições dos

³⁰⁹ “Art. 474, CPC: A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.”

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 1973).

³¹⁰ AVELAR, 2012, p. 148-152.

³¹¹ PERES, 2009, p. 168-169.

artigos 145 e seguintes e artigo 171, II do Código Civil³¹². Neste caso, o dolo atua enquanto vício do negócio jurídico, a afetar a validade da estipulação.

De outro lado, se o dolo se apresentar em momento posterior, quando da execução da obrigação (ou seja, o devedor inadimplente dolosamente), ainda que a estipulação seja válida, as cláusulas não poderão surtir os seus efeitos de exoneração ou limitação do dever de indenizar, por disposição de ordem pública³¹³ que não admite a exoneração do dever reparatório de quem age deliberada e intencionalmente para de lesar outrem³¹⁴. O dolo, neste segundo caso, afeta o plano da eficácia.

Se, por um lado, com relação ao dolo é pacífica a posição pela inadmissibilidade do seu alcance pela eficácia das cláusulas de exoneração de indenização, no que tange aos atos culposos, há ainda inúmeras discussões.

A culpa leve, assim como o dolo, não suscita grandes controvérsias. Ela é, inequivocamente, e ao contrário do que ocorre com a condutas dolosa, abarcada pela eficácia da cláusula. A grande questão, todavia, circunda a culpa grave: seria ela, enquanto causa de dano por inadimplemento ou infração legal, passível de acionar as referidas cláusulas e a promover seus efeitos de exoneração ou limitação do dever de indenizar?

Dias, valendo-se da argumentação de Fromageot, entende que as cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar abarcariam, sim, também os danos causados por culpa grave. Segundo estes autores, como a culpa, mesmo de

³¹² Art. 145, CC: São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

Art. 146. O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

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

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

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

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm).

³¹³ Além de afrontar os princípios mais elementares da ordem negocial, dentre os quais os mais afetados são a boa-fé, o equilíbrio contratual e a função social dos contratos.

³¹⁴ AVELAR, 2012, p. 199-205.

gravidade considerável, não ostenta o caráter de intenção, ou seja, não é voluntária, a exoneração de suas conseqüências não ofende a ordem pública³¹⁵.

O autor sustenta que é justamente a isto que se presta a previsão de da exoneração de “responsabilidade”: afastar as conseqüências da culpa (quando se trata de responsabilidade civil subjetiva³¹⁶), mesmo grave, pela transação antecipada entre credor e devedor quanto à indenização³¹⁷.

Dias expõe, ainda, para reforçar sua posição, que a análise da gradação da culpa é despropositada e não se constitui em critério adequado à aferição da admissibilidade das referidas cláusulas³¹⁸.

A maior parte da doutrina, entretanto, discorda desta posição, inadmitindo a eficácia da exoneração ou da limitação da indenização em função da culpa grave, sustentando, inclusive, ser ela equiparável ao dolo. A jurisprudência também é mais favorável a este posicionamento³¹⁹.

4.1.1 A admissibilidade das cláusulas no ordenamento brasileiro, diante das condições de validade e eficácia abordadas

As severas rejeições sobre a admissibilidade da cláusula de não indenizar fundam-se no argumento da *ordem pública*, porém dão-lhe feição que não nos parece adequada. Como bem anota Letícia Avelar³²⁰,

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

³¹⁵ DIAS, 1980, p. 98.

³¹⁶ E tal consideração não exclui a possibilidade de incidência das cláusulas na responsabilidade civil objetiva.

³¹⁷ DIAS, op. cit., p. 98.

³¹⁸ Fábio Henrique Peres também faz tal apontamento (PERES, 2009, p.176).

³¹⁹ Neste sentido, alguns precedentes do STJ: **STJ, 4ª T. REsp 16859/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – julgamento em 29/08/1994; STJ, 3ª T., REsp 135633/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – julgamento em 16/04/1998; STJ, 3ª T., REsp 685791/MG, Rel. Min. Vasco della Giustina – julgamento em 18/02/2010.** Equiparando dolo e culpa grave, conferir: **STJ, 3ª T. REsp 23875/SP, Rel. Min. Castro Filho – julgamento em 14/02/2006.**

³²⁰ AVELAR, 2012, p. 131.

economicamente mais fraco – são, também, comumente utilizados para negar validade à convenção.

Tal posicionamento, como é evidente, pressupõe a ocorrência de desequilíbrio entre as partes contratantes, entendendo que as cláusulas resultariam em imposição do contratante mais poderoso sobre o contratante mais vulnerável e desprotegido, a justificar sua inadmissibilidade. Ademais, sustenta-se também que a estipulação da cláusula exoneratória ou limitadora converte a obrigação contraída em obrigação natural³²¹, razões que demonstrariam a abusividade da estipulação, e, por conseqüência, a sua invalidade e ineficácia³²².

Inobstante se fundar na noção de *ordem pública*, a posição nos parece inexata.

As situações envolvendo contratantes em situação de vulnerabilidade já foram objeto de tratamento legislativo específico, por meio de normas imperativas que interditam a possibilidade de estipulação de cláusula de não indenizar. Nestes casos, o ordenamento brasileiro já reconheceu e descreveu as situações de vulnerabilidade, nas quais a inadmissibilidade das cláusulas excludente e limitadora é a regra.

Excetuando, previamente, as situações especiais em que a estipulação de tais cláusulas poderia resultar em abuso de direito, nas quais a sua invalidade e ineficácia decorrem de lei expressa, adentra-se ao campo das relações não regidas por essas normas especiais, e sobre as quais não incidem as mesmas disposições de invalidade e ineficácia.

Aplica-se em sua plenitude, nesta seara não abrangida pela norma proibitiva, a máxima de que *“em direito privado, tudo que não for expressamente proibido é permitido”*. Assim, nas relações que fogem à disciplina normativa especial, o afastamento e a limitação da indenização são, *a priori*, válidos e eficazes, até que

³²¹ Alberto do Amaral Junior também defende que as obrigações, concorrendo com as mencionadas cláusulas, tornam-se obrigações naturais. (JÚNIOR, 1998. p. 9-10).

³²² Neste sentido, há precedente do STJ, negando admissibilidade à cláusula de não indenizar ao argumento de que a limitação de responsabilidade (e, neste ponto, trata da responsabilidade como semelhante ao dever de indenizar) somente poderia ocorrer por autorização legal e não por convenção privada (STJ – 4ª T. – REsp. 83.717/MG – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – julgamento em 12/11/1996). No que concerne à consideração de que as referidas cláusulas tornariam a obrigação natural, veja-se Voto vencido do Des. Antônio Vieira Braga, TJDF, 7ª Cam. Ap.nº 1.444 – Rel. Des. Ari Franco – julgamento em 27/01/1948. (Revista Forense. vol. 120. Rio de Janeiro: Forense, nov. 1948, p. 457); Tribunal de Alçada de São Paulo, 2ª Cam. Civ. Ap. 7.480 – Rel. Washington de Barros Monteiro – julgamento 27/12/1954. (Revista dos Tribunais. Vol. 235, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 1955, p. 400).

se provem descumpridos alguns dos requisitos essenciais à sua perfeição e plena eficácia.

Aguiar Dias, neste tocante, é categórico em defender que proibição de incidência das cláusulas em determinados campos figura, em realidade, como verdadeiro reforço de admissibilidade nos demais campos³²³. Segundo o autor, quisesse o legislador proibir a convenção em todos setores passíveis de incidência, não teria criado interdições pontuais, dando a entender a especificidade da proibição.

No que concerne à afirmação de que as cláusulas em apreço tornam as obrigações contratuais assumidas posições meramente potestativas, a impor sua inadmissibilidade, é de se reiterar o exposto anteriormente.

Primeiramente, há que se ter claro que a cláusula é acionada apenas no momento patológico em que a responsabilidade civil é acionada. Não desonera do cumprimento da obrigação essencial assumida, portanto.

Em segundo lugar, quando a obrigação principal, pelas suas peculiaridades, não encontrar outras garantias para se manter obrigatória (tal como ocorre no suscitado exemplo de contrato de guarda e depósito de bens), a cláusula de não indenizar é inoperante – no caso, por afronta à boa-fé, que não admite a interpretação da estipulação como tendente a afastar a imperatividade da obrigação assumida (especialmente porque a cláusula é prevista em favor daquele que deve cumprir a obrigação principal)³²⁴.

E, por fim, quando diante de obrigações que podem ser garantias por outros expedientes legais sem que se esvazie o sentido e a função do contrato, a eficácia da cláusula deve ser mantida (desde que validamente estipulada), em respeito à intenção originária das partes na estipulação da avença. Não há, ademais, qualquer violação a valor ou norma de ordem pública em tal convenção a justificar um juízo de inadmissibilidade.

Não é precisa nem fundada, em suma, a afirmação de que as cláusulas sobre o dever de indenizar são inadmitidas no ordenamento brasileiro, seja porque a

³²³ “O fato de interditar certas leis, a cláusula de irresponsabilidade não enseja conclusão forçosa de sua repulsa genérica. É, antes, argumento em seu favor, pois os motivos que inspiram o legislador, naqueles casos, não são comuns a todos os contratos”. (DIAS, 1980, p. 73).

³²⁴ “E é exatamente ao tratar da conduta coerente que se espera do contratante que Claudio Godoy faz referência expressa à ‘reprovação a limitações de responsabilidade que firam a natureza ou causa objetiva do contrato’. Eis, portanto, a boa-fé objetiva sendo aplicada, de forma direta, à cláusula de não indenizar, pois por certo nem esta, nem a cláusula limitativa do dever de indenizar poderão ser admitidas se frustrarem a própria natureza do contrato.” (AVELAR, 2012, p. 194).

premissa de que se configuram em imposição do contratante mais forte não é sempre verdadeira; seja porque a afirmação de violação da ordem pública (em suas diversas facetas) desconsidera que a indenização, como regra, é direito disponível; ou então porque nem sempre a estipulação da cláusula exoneratória implicará em esvaziamento da imperatividade da obrigação.

Somente ponderando todas as premissas fáticas do caso concreto é que se poderá afirmar se a cláusula exoneratória ou limitadora é, ou não, admissível em determinado contrato. É equívoca, entretanto, a afirmação de que é *a priori* inadmissível.

Confirmando isso, tem-se no Código Civil de 2002 disposição, ainda que tímida, que pressupõe a possibilidade de convenção sobre a indenização, o que pode ser interpretado favoravelmente à estipulação, ao menos, da cláusula limitativa do dever de indenizar.

Trata-se do artigo 946 que, ao dispor que “*se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar*”³²⁵, deixa transparecer que o legislador não teve a intenção de interditar a possibilidade de pactuação privada sobre o regime de indenização.

O dispositivo reforça, portanto, a posição de que o ordenamento brasileiro, ainda que tacitamente, não interdita cláusula de modulação do dever de indenizar³²⁶.

4.2 AS CONDIÇÕES DE VALIDADE E EFICÁCIA DAS CLÁUSULAS EXONERATÓRIA E LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR NO DIREITO FRANCÊS

No direito francês³²⁷, assim como no direito brasileiro, as discussões sobre a validade e eficácia das cláusulas sobre o dever de indenizar são intensas. Tal como

³²⁵ Sem grifos no original.

³²⁶ Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodain de Moraes afirmam, a respeito, que pode ser que o legislador tenha tido a intenção de se referir à cláusula penal; entretanto, como uma das funções da cláusula penal é a antecipação da liquidação da indenização por perdas e danos, pode-se entender que tal disposição também se prestaria às cláusulas limitativas de responsabilidade. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin, 2004, v. 2. p. 868).

³²⁷ Para um maior aprofundamento sobre o regime de limitação de responsabilidade no direito contratual europeu, remeta-se à ZIMMERMANN, Reinhard. *Limitation for Liability for Damages in*

sucedo no Brasil, o ordenamento jurídico francês não prevê regulamentação geral das referidas cláusulas³²⁸, mas tão somente proibições pontuais em determinados setores de relações, legando à jurisprudência papel importante no delineamento da admissão destas convenções em outros campos.

Por tal razão é que Aynes afirma que o direito francês oferece apenas soluções parciais ao problema, apresentando-se como um verdadeiro mosaico³²⁹. A jurisprudência, ademais, não é constante e, muitas vezes, não é coerente³³⁰, o que mantém o terreno das cláusulas sobre o dever de indenizar repleto de incertezas.

De início, cumpre mencionar que as discussões acerca da admissibilidade das cláusulas aqui em análise circulam, no direito francês, mais sobre as condições de eficácia do que de validade, a demonstrar que o ordenamento francês, não obstante não considerá-las nulas *a priori*, exprime certa antipatia com a ampla admissibilidade dessas convenções.

Assim como no Brasil, a doutrina francesa é constante em afirmar que, pela sua natureza contratual, as cláusulas sobre o dever de indenizar se submetem à observância dos requisitos comuns a todos os contratos³³¹, sob pena de invalidade e ineficácia.

É o que afirmam Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, segundo os quais (em tradução livre) “as convenções de responsabilidade

European Contract Law. In: Revista de Direito Civil Contemporâneo. n. 2. v. 3. p. 215-248. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

³²⁸ “*Applicables à défaut de texte légal, elles forment un système complexe et non toujours exempt d’incertitudes*” (CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: Les obligations*. Thémis droit privé, sous la direction de M. Duverger et C. Labrusse-Riou. 18.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994).

³²⁹ “*Le droit français des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité se présente comme une mosaïque. Regarde-le de trop près, vous n’y verrez que solutions partielles, interventions législatives ponctuelles, régimes spéciaux. Dans sa gènesse, ce droit manque, en effet, d’une ligne directrice générale. C’est pour l’essentiel un droit jurisprudentiel, formé de solutions successives, (...). De temps en temps, le législateur intervient, contrat par contrat, pour brider la liberté contractuelle: (...). Des règles et des solutions parcellaires, donc*”. (AYNES, Laurent. *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*. Centre de Droit des Obligations de l’Université de Paris, 1990, p. 7). Tradução livre: “O direito francês das cláusulas limitativas ou exoneratórias de responsabilidade se apresenta como um mosaico. Observando-o de perto, não se verá que soluções parciais, intervenções legislativas pontuais, regimes especiais. Na sua origem, este direito carece, com efeito, de uma linha diretriz geral. É, essencialmente, um direito jurisprudencial, formado de soluções sucessivas (...). De tempos em tempos, o legislador intervém, contrato por contrato, para frear a liberdade contratual: (...). Regras e soluções parciais, portanto”.

³³⁰ Neste sentido, novamente, AYNES: “*C’est a dire que le droit français comporte, dans cette matière, de gros défauts qui compromettent as cohérence et permettent de douter du caractere équitable dès solutions qu’il consacre*.” (AYNES, op. cit., p. 2).

³³¹ “*On ne s’étonnera donc pás que les clauses limitatives ou exonératoires soient soumises aux conditions de validité (A) e d’efficacité (B) d’un contrat*.” (AYNES, op. cit., p. 9).

obedecem ao direito comum dos contratos”³³². A interpretação sobre esses requisitos, entretanto, contém algumas particularidades.

A começar pelo consentimento em torno da cláusula, a doutrina sustenta se tratar de condição essencial de validade.

Aynes explica que a necessidade de que a cláusula seja resultado de um efetivo acordo das partes é indiscutível³³³. Reconhece, por outro lado, que na prática, em virtude do grande volume de contratações, é incomum que os contratos sejam integralmente, e em todas as situações, minuciosamente negociados pelos contratantes, fato que, bem considerado pelos tribunais franceses, tem levado a uma flexibilização da exigência, para se aceitar, tão somente, o inequívoco conhecimento da cláusula como suficiente à sua validade³³⁴.

Em outras palavras, sendo evidente o conhecimento da estipulação pela vítima potencial do dano, a cláusula de não indenizar seria aceita como válida, ainda que inserida em um contrato de adesão³³⁵. O requisito do consentimento, desta forma, é considerado preenchido ainda que se materialize por meio de manifestação implícita.

Lembrando a lição de Planiol e Ripert, Aguiar Dias relata que *“a vontade manifestada [em torno da cláusula de não indenizar] há de ser real e séria, (...), conscientemente dirigida a resultado de índole obrigatória”*³³⁶; nem por isso, entretanto, precisa ser sempre expressa verbalmente. O silêncio, afirma o autor, quando contrariar obrigação de responder expressamente à proposta, somado ao inequívoco conhecimento dos seus termos, pode ser interpretado como aceitação das suas disposições, ainda que se trate de instrumento por adesão³³⁷. E isso seria plenamente aplicável às cláusulas sobre o dever de indenizar.

³³² MAZEAUD; MAZEAUD, e. CHABAS, 1998. p. 759 e 762.

³³³ *“Parce qu’elle a pour origine la convention, la clause limitative ou exonératoire de responsabilité est en principe respectée. Doutez un seul instant de la pureté de cette origine, suspectez la volonté contractuelle, tout l’édifice classique s’effondre. Seuls les effets de cette clause pourront alors justifier la faveur ou l’hostilité du droit”*. (AYNES, 1990, p. 13).

³³⁴ No mesmo sentido expõe Le Tourneau (2006, p. 345, apud PERES, 2009, p. 138): *“S’agissant des conditions de validité, il suffit en tout cas, que la clause ait bien été connue et acceptée par la partie a laquelle elle est opposée, ce qui est une question de fait appréciée souverainement par les juges de fond”*. Tradução livre de Fábio Peres: *“tratando-se de condições de validade, basta, em qualquer caso, que a cláusula tenha sido claramente conhecida e aceita pela parte a que se opõe, o que é uma questão de fato, apreciada, precipuamente, pelo juízo ordinário”*. (PERES, 2009, 138)

³³⁵ *“Peu importe, en revanche, que la clause figure dans un contrat dit d’adhésion”*. (AYNES, op. cit., p. 10).

³³⁶ DIAS, 1980, p. 63.

³³⁷ Aguiar Dias explica: *“Por isso, sustentamos que, em qualquer caso, a aceitação da cláusula precisa ser, ou expressa, em ato válido, ou manifestada por outro meio que implique, por parte do*

Doutrina e jurisprudência francesas, portanto, ainda que coloquem o requisito do efetivo consentimento como essencial à validade, dão-lhe feição mais flexível. Não configura, assim, grande obstáculo à validade das cláusulas sobre o dever de indenizar, já que, para que se configurarem em disposições válidas, basta que sejam conhecidas pela parte anuente, ainda quando a manifestação de conhecimento for apenas tácita³³⁸.

A segunda condição de validade é a manutenção da substância do contrato, como uma exigência de coerência elementar³³⁹. A previsão de uma cláusula exoneratória do dever de indenizar não pode esvaziar por completo o objeto da contratação, tornando sem sentido o vínculo jurídico existente.

Com tal exigência, pretende-se barrar que as cláusulas em apreço exonerem do cumprimento da obrigação essencial do contrato, evitando-se a sua conversão em uma situação potestativa, carente de qualquer eficácia obrigatória³⁴⁰.

A preocupação, neste ponto, é impedir o exercício de posição abusiva pelo contratante que se beneficia da exoneração do dever de indenizar. Se aceita a cláusula de exoneração sobre obrigações essenciais que não possam ser exigidas por outro meio, senão pela indenização, retira-se do contrato seu caráter normativo que regula a conduta das partes.

Na França, essa resistência se mostra especialmente marcante porque a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações é valor central no do direito privado francês. Constitui-se em um dos princípios mais fundamentais do direito contratual e,

aderente, o conhecimento de seus termos." (DIAS, 1980, p. 65-66). E, em nota de rodapé (n. 49), complementa: "O silêncio, portanto, pode valer como adesão, desde que o aderente, em face da proposta, esteja obrigado a responder, para dizer se aceita ou não a proposta".

³³⁸ Mais uma vez, explica Laurent Aynes: "Comme toute convention, l'clause NE s'impose que si elle est acceptée, au moment de la formation du contrat. Or, il est bien rare, en pratique, qu'elle soit l'objet d'un échange des consentements. Conformément au droit commun, les tribunaux se contentent d'une acceptation tacite". (AYNES, 1990, p. 9).

³³⁹ Conforme expõe Paul Durant, também mencionado por AYNES (1990, p.10), a validade das cláusulas pressupõe a manutenção de um "minimum contractuel". In: DURANT, Paul. *Des conventions d'irresponsabilité, thèse*. Paris, 1931.

³⁴⁰ "Au fond, la validité de ces clauses suppose, pour reprendre l'expression de Paul Durant, que soit maintenu un 'minimum contractuel'. C'est un principe de cohérence élémentaire: on ne peut en même temps contracter et priver le contrat de sa substance, de son obligation fondamentale. En pratique, donc, une exonération totale de responsabilité ne peut s'appliquer qu'à une obligation secondaire". Tradução livre: "No fundo, a validade dessas cláusulas supõe, usando a expressão de Paul Durant, que seja mantido um 'mínimo contratual'. É um princípio de coerência elementar: não se pode, ao mesmo tempo, contratar e privar o contrato de sua substância, de sua obrigação fundamental. Na prática, portanto, uma exoneração total da responsabilidade não pode se aplicar senão quanto a uma obrigação secundária". (AYNES, 1990, p. 10).

interpretado conjuntamente com a boa-fé (amplamente aplicada pela jurisprudência), impõe-se como uma restrição à liberdade contratual.

Não apenas sobre a cláusula de não indenizar é que essa exigência se impõe, portanto. As estipulações convencionais que retirem do contrato a sua essência, prejudicando a obrigatoriedade e a exigibilidade do seu cumprimento, são vistas, em última análise, como afrontosas à segurança necessária ao fluxo contratual e, nesta condição, encontram resistência pela doutrina e jurisprudência.

Nem por isso, entretanto, a aplicação deste requisito é totalmente rígida, em especial quando a obrigação descumprida não desnatura por completo o vínculo contratual.

No direito francês, essa discussão se tornou calorosa em função de um conhecido caso *Oracle vs. Faurecia*. As partes haviam firmado um contrato, por meio do qual a empresa Oracle se comprometeu a disponibilizar, em data e hora definidos, um determinado sistema para uso interno da empresa Faurecia.

Ocorre que foi disponibilizado tão somente um sistema temporário, e não o sistema definitivo contratado, o que acabou por gerar prejuízos à contratante. O caso foi levado à jurisdição para discutir a indenização.

Havia no contrato uma cláusula limitativa do dever de indenizar que, num primeiro julgamento, foi aceita, mas, em segunda instância, foi afastada sob o argumento de que a limitação se dava sobre a obrigação essencial do contrato. A decisão foi ferrenhamente criticada pela doutrina, e, tendo sido objeto de novo recurso, foi novamente reformada, retornando-se aos efeitos da primeira decisão proferida, que admitia a validade da cláusula.

Na decisão final, restou consignado que somente quando a limitação ou exoneração da responsabilidade resulta na perda de toda substância da obrigação principal, é que seriam reputadas tais cláusulas como *non écrites*. Do contrário, não havendo tal desconstituição da substância da obrigação, as cláusulas somente não seriam aplicadas em função de descumprimento doloso ou gravemente culposos^{341/342}.

³⁴¹ Cour de cassation — Chambre commerciale — 29 juin 2010 — n° 09-11.841. Dalloz, 12/01/16.

³⁴² Quanto ao referido caso, permita-se referir a: CLARÉ AVOCATS. *Actualités Droit des Contrats - La validité d'une clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat : l'application de la notion de manquement à l'obligation essentielle (Com., 29 juin 2010, n° 09-11841 Sté Faurecia c/ Sté Oracle)*. Disponível em : <http://www.clare-avocats.com/fr/p/nullite_clause_limitative_responsabilite>. Acesso em: 12/01/16.

Tal decisão foi emblemática na jurisprudência francesa e foi importante passo à admissibilidade das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar. Apesar de ainda resistente, a jurisprudência encontrou certa estabilidade nas condições consideradas pela admissibilidade dessas convenções: a fixação de contraprestação não irrisória pela estipulação da cláusula, a manutenção do equilíbrio do contrato e a não contradição entre o afastamento e a limitação da indenização por meio das cláusulas e a substância da obrigação principal contratada³⁴³.

Como regra geral, portanto, as cláusulas sobre o dever de indenizar são válidas, sempre que cumprirem com os requisitos comuns a todos os contratos e não contrariarem a própria essência da obrigação assumida.

Há, porém, tal como no Brasil, normas especiais que interditam a possibilidade de estipulação das cláusulas aqui em apreço³⁴⁴. Essas leis, como se afirmou anteriormente, apesar de proibitivas, parecem reforçar a admissibilidade das cláusulas em outros setores por elas não regulamentados.

No direito francês, as principais interdições legais às cláusulas de não indenizar abarcam a responsabilidade pelo transporte terrestre de mercadorias (*Loi Rabier*, de 17 de março de 1905), pelo transporte marítimo (Lei de 18 de junho de 1966), pela construção para habitação (Lei de 4 de janeiro de 1978), e pela venda de produtos e prestação de serviços entre “profissionais e não-profissionais”, ou seja, nas relações de consumo, regidas pelo Código da Consumação.

Nestes casos, sequer há que se aferir o cumprimento dos requisitos de validade mencionados, já que, por disposição legal cogente, a possibilidade de contratação de regime diverso do legal em matéria de responsabilidade civil foi previamente interdito. Seria infrutífero, para não dizer inútil, debruçar-se sobre condições de validade e eficácia de cláusulas expressamente proibidas, porque tidas como abusivas, em determinados contratos.

³⁴³ Quanto a este ponto, leia-se também: MASCRÉ HEGUY ASSOCIÉS, Société d'Avocats. *Clause limitative de responsabilité : les conditions de validité - l'apport de l'arrêt Faurecia du 29 juin 2010*. Disponível em: <http://www.mascre-heguy.com/htm/fr/conseils/conseil_validite_clause_limitative_responsabilite.html>. Acesso em: 12/01/16.

³⁴⁴ É o que explica Aguiar Dias: “A exemplo do que sucede na França, conforme observa CLUZEL, a interdição da cláusula de irresponsabilidade entraria em conflito com a própria lei que, vedando-a em matéria de transporte, implicitamente a reconhece em outros contratos.” (DIAS, 1980, p. 50).

Diversamente, a análise se mostra necessária quando, diante do vácuo legislativo geral e de outros valores positivados pelo ordenamento, o exercício da autonomia privada na estipulação de tais cláusulas parecer duvidoso.

Os requisitos antes mencionados (consentimento, ou conhecimento real sobre a estipulação da cláusula, e a impossibilidade de exoneração de “responsabilidade” pelo descumprimento da obrigação essencial do contrato) não são, entretanto, as barreiras mais impositivas criadas pelo direito francês à admissibilidade das cláusulas sobre o dever de indenizar.

Ainda que consideradas válidas, genericamente, pelo direito francês, não é raro que seus efeitos sejam limitados, quando não suprimidos integralmente. A restrição sobre a eficácia, mais do que sobre a validade da exoneração do dever de reparar, é fenômeno especialmente marcante naquele ordenamento³⁴⁵.

É que, a despeito da consideração de validade da cláusula de afastamento da indenização, a jurisprudência francesa, amparada por uma doutrina constante neste sentido, interpreta-a restritivamente como *cláusula de inversão do ônus da prova*³⁴⁶.

Já se tratou brevemente, no Capítulo anterior, sobre essa espécie de cláusula e, como lá referimos, não é incomum que se considerem cláusulas sobre o dever de indenizar como operantes sobre o ônus probatório. Esta posição, ainda controversa na doutrina e jurisprudência brasileiras, já é particularmente marcante na França, em que os tribunais, como regra, buscam restringir os efeitos da estipulação sobre dever de indenizar como mera convenção de distribuição de ônus probatório³⁴⁷.

A força desta posição tem uma razão de ser.

³⁴⁵ “Il est vrai que le plus souvent c’est, non la validité, mais l’efficacité même de la clause qui est alors en cause”. Tradução livre: “Na realidade, o mais freqüente não é a validade, mas a eficácia da cláusula que é avaliada”. (AYNES, 1990, p. 10).

³⁴⁶ Neste sentido, anota Carbonnier: “(...). D’où cette formule, souvent employée pour rendre raison de la jurisprudence: que les clauses de non-responsabilité sont efficaces en ce sens seulement qu’elles opèrent un reversement du fardeau de la preuve”. Tradução livre: “Esta formula é frequentemente empregada pela jurisprudência: a de que as cláusulas de irresponsabilidade são eficazes no sentido em que operam uma inversão do ônus da prova”. (CARBONNIER, 1994, p. 290).

³⁴⁷ Jean Carbonnier, neste sentido, cita alguns precedentes que entende emblemáticos, aos quais convém referir: “Cependant, l’effet de validité se restreint à un renversement du fardeau de la preuve. On explique qu’il y a éclatement de la responsabilité contractuelle et entrée de la délictuelle (...). Le chéma paraît remonter à **Civ. 4 févr. 1874, s. 74, 1, 273, D. 74, 1, 305**; il a été repris depuis lors: ex. **Civ. 9 nov. 1915, D. 21, 1, 23; Civ. 18 janv. 1933, D. H. 33, 115.**” (Ibidem, p. 297).

O código civil francês, na sessão em que trata da responsabilidade contratual, dispõe, mais especificamente no seu art. 1.147³⁴⁸, ser imputável ao devedor o dever de reparar os danos decorrentes da inexecução ou da mora no adimplemento das suas obrigações, sempre que não demonstrar que o atraso ou o descumprimento foram causados por fato ou causa externa, que não lhe seja imputável.

Trata-se, simultaneamente, de regra de presunção de responsabilidade contratual e de imposição do ônus probatório, a recair sobre devedor, a qual só se afasta pela produção de prova apta a demonstrar que o inadimplemento decorreu de causa externa – que pode ser o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo de terceiro ou da vítima.

A intenção na estipulação de uma cláusula exoneratória, neste contexto, tenderia, exatamente, a excetuar a presunção descrita na regra do art. 1.147, que, como efeito, torna inexigível o dever de reparar o dano.

Ocorre que a interpretação dada à cláusula de não indenizar pela jurisprudência francesa foge desta lógica. Os tribunais consolidaram o entendimento de que o art. 1.382³⁴⁹ do *Code Civil*, que trata da responsabilidade delitual³⁵⁰, é regra de ordem pública, e, nesta condição, se aplica indistintamente, inclusive às relações contratuais. Resultado disto é que, ainda quando na seara da responsabilidade contratual, o devedor inadimplente, mesmo beneficiário de uma cláusula de não indenizar, pode vir a ser responsabilizado na seara da responsabilidade delitual³⁵¹.

Nesta toada, afastada a responsabilidade contratual e, por conseqüência, a aplicação do art. 1.147 do *Code Civil*, a aferição dos danos decorrentes do

³⁴⁸ “Article 1.147: Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.”

³⁴⁹ “Article 1.382: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.”

³⁵⁰ A terminologia *responsabilidade delitual* parece mais adequada em se tratando do sistema de responsabilidade civil francês, que denomina de *délits* e *quasi-délits* as condutas passíveis de responsabilização fora da seara contratual.

³⁵¹ É o que Aguiar Dias expõe, valendo-se da lição dos autores que apreciaram o fenômeno em território francês: “*para outros, a cláusula de irresponsabilidade funciona apenas como mecanismo de inversão do ônus da prova. CLUZEL atesta que é essa a tese sustentada pelos mais autorizados especialistas do direito de transporte. Segundo os autores que a esposam, a cláusula tem plena eficácia como fonte de isenção da responsabilidade contratual. Mas, acrescentam, na maior parte dos casos, à responsabilidade contratual se superpõe a responsabilidade aquiliana, constituindo a inexecução do contrato, na generalidade, ato ilícito, em face do qual ‘... as vítimas do dano, desarmadas como contratantes, recebem proteção como terceiros injustamente lesados por fato ou culpa de outrem’*”. (DIAS, 1980, p. 50).

inadimplemento se submete à regra do art. 1.382, o qual, interpretado sob o ponto de vista do ônus probatório, imputa àquele que reclama a indenização provar a culpa do ofensor.

Este fenômeno de alteração da “seara” da responsabilidade civil aplicável é que, ao final, acaba por conferir à cláusula de não indenizar o efeito de inversão do ônus da prova³⁵². Ao descumprir o contrato e causar dano ao credor, ao invés de o devedor se beneficiar plenamente dos efeitos da cláusula exoneratória de sua responsabilidade contratual, validamente estipulada e aceita, poderá ter que indenizar o dano, pela imputação de responsabilidade extracontratual, disciplinada pelo artigo 1.382.

Jean Carbonnier explica com clareza esta posição (em tradução livre):

As convenções de irresponsabilidade, inválidas para a responsabilidade delitual, são válidas na seara da responsabilidade contratual, conforme o arranjo dado ao contrato pela vontade das partes. Em conseqüência, a responsabilidade contratual será eliminada do contrato, mas ela poderá ser substituída pela responsabilidade delitual, porque, de acordo com a jurisprudência, o artigo 1.382 tem valor de princípio e vocação para se aplicar em todos os âmbitos, mesmo nas relações entre contratantes. O efeito prático desta substituição concerne ao ônus da prova: enquanto no terreno do art. 1.147, a culpa do devedor seria presumida – naquele do art. 1.382, sua culpa deve ser demonstrada pelo credor. De onde se extrai essa fórmula, frequentemente empregada para fundamentar a jurisprudência: de que as cláusulas de não responsabilidade são eficazes tão somente no sentido de que operam uma inversão do ônus da prova³⁵³.

A restrição dos efeitos das cláusulas à inversão do ônus da prova, bastante artificial, funda-se, portanto, sobre a propositada alteração do fundamento de

³⁵² Como referimos no Capítulo anterior, a consideração de que as cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar operam apenas como inversão do ônus da prova é criticada por alguns autores, dentre os quais José de Aguiar Dias é o mais enérgico. Tratando especificamente da operação que aqui referimos no direito francês, Dias critica com fervor o caminho aberto pela jurisprudência francesa quanto à possibilidade de reclamar a indenização pela via da responsabilidade delitual quando a relação é eminentemente contratual. Para reforçar sua posição, o autor se utiliza de passagem de um julgado da Corte de Apelação de Milão, que bem afirmou a respeito: “É admissível o concurso de culpas contratual e extracontratual, a cargo da mesma pessoa, pelo mesmo fato; não é admissível, porém, o simultâneo exercício, por parte do lesado, das ações contratual e aquiliana.” (DIAS, 1980, p. 55).

³⁵³ CARBONNIER, 1994, p. 290. No original: “Les conventions d'irresponsabilité, nulles à l'égard de la responsabilité délictuelle, sont valables à l'égard de la responsabilité contractuelle, l'aménagement d'un contrat dépendant de la volonté des parties. En conséquence, la responsabilité contractuelle va être éliminée du contrat, mais elle pourra y être remplacée par la responsabilité délictuelle, car, selon la jurisprudence, l'article 1382 a valeur de principe et vocation à s'appliquer partout, même dans les rapports entre contractants. La portée pratique de cette substitution concerne la charge de la preuve: tandis que, sur le terrain de l'article 1147, le débiteur aurait été présumé en faute - sur celui de l'article 1382, sa faute devra être démontrée par le créancier. D'où cette formule, souvent employée pour rendre raison de la jurisprudence: que les clauses de non-responsabilité sont efficaces en ce sens seulement qu'elles opèrent un renversement du fardeau de la preuve”.

imputação de responsabilidade, operação que evidencia a hostilidade da jurisprudência francesa com a plena eficácia da exoneração da reparação.

O argumento de que o art. 1.382 configura regra de ordem pública, expõe, ademais, essa resistência em admitir a derrogação do regime legal da responsabilidade civil, ainda quando diante de situações de paridade, e em que a negociação seja efetivamente livre.

Há, ainda, outras situações de restrição da eficácia da cláusula de não indenizar no direito francês, no que concerne à natureza do ato de inadimplemento causador de dano, ou seja, se apenas os atos dolosos podem ser abrangidos pelo efeito da exoneração, ou também os culposos.

No caso de ato doloso do devedor, seja no momento da estipulação da cláusula, seja no momento da execução do contrato, as cláusulas não produzem seus efeitos de exoneração ou limitação da “responsabilidade” e do consequente dever de reparar, pelas próprias disposições do direito comum que impedem a exoneração em caso de ato intencional de lesar³⁵⁴.

A questão da culpa, entretanto, é um pouco mais complexa.

Por um lado, e diferentemente do que ocorre no Brasil, a discussão francesa acerca da possibilidade de exoneração e afastamento do dever de indenizar quanto aos atos culposos de grave intensidade, já encontrou certa estabilidade: a jurisprudência a equipara ao dolo, e tal como acontece no caso dos atos dolosos, as cláusulas de não indenizar são declaradas ineficazes.

A definição de culpa grave, entretanto, encontra algumas peculiaridades.

O direito francês define e aplica as consequências da “*faute lourde*” sob dois enfoques distintos: um, denominado pela doutrina de *abstrato*, decorre da interpretação do ordenamento, propriamente; e outro, leva em conta a consequência, no caso concreto, do comportamento de descumprimento da obrigação diante das particularidades da relação contratual³⁵⁵.

³⁵⁴ Neste sentido, COLLIN AVOCATS. *Conditions de validité des clauses limitatives de responsabilité, nouvel arrêt Oracle/Faurecia*. Disponível em: <http://www.collin-avocats.fr/news.php?mode=news&id=91&sid=d53_158d2e8d1b883c4ef1385ce1f1360>. Acesso em: 15/12/2015. Anote-se, entretanto, que, tal como ocorre no Brasil, se o dolo é contemporâneo ao consentimento, ou à formação do contrato, o problema também será de validade.

³⁵⁵ “*Qu’est-ce que la faute lourde? Yl y a, sur ce point, une jurisprudence circonscrite et, semble-t-il, deux régimes distincts (...). En droit commun, deux conceptions de la faute lourde coexistent. La première, traditionnelle, implique une appréciation du comportement du responsable: la faute est lourde lorsque l’inexécution est délibérée, même si elle n’est pas dictée par une intention de nuire, lorsqu’elle résulte de négligences d’une extrême gravité confinant au dol. En un mot, lorsqu’elle manifeste la volonté du débiteur de se soustraire à son obligation contractuelle. Insensiblement, on*

A primeira concepção entende como configurada a culpa grave sempre que a conduta for de tal forma negligente que se possa concluir pela intenção deliberada do devedor inadimplente de se subtrair à sua obrigação contratual, mesmo que esta intenção não seja, propriamente, de lesar o credor.

A negligência excessiva é lida como contrária à exigência de trato adequado das obrigações, o que, em consequência, é interpretado como afronta aos ditames da boa-fé, razão pela qual doutrina e jurisprudência francesas afirmam ser a culpa grave equivalente ao dolo, o que lhes custa, como ocorre no caso do dolo, a plena ineficácia da cláusula de não indenizar^{356/357}.

A segunda concepção, leva em consideração as consequências da conduta diante do caso concreto. A análise concreta visa uma melhor adequação da solução à racionalidade da relação. Porém, desta análise pode resultar que uma conduta de menor importância (mesmo de simples distração) seja tida por culpa grave, caso dela decorra uma total frustração do credor. Em suma, *“ela [a conduta] pode ser uma simples negligência, contanto que ilude a expectativa essencial do outro contratante”* (tradução livre)³⁵⁸, o que, segundo esse entendimento, caracterizaria a sua gravidade.

De um jeito ou de outro, a conduta qualificada por culpa grave, a qual poderá se configurar segundo os dois critérios eleitos pelo direito francês, não é abarcada pelos efeitos da cláusula de não indenizar ou da cláusula limitativa. A jurisprudência já é estável neste ponto e equipara a culpa grave ao dolo, o que faz equivaler também o resultado incidente sobre a culpa grave pela previsão de cláusulas de modulação de reparação.

passé de l'appréciation abstraite du comportement à l'examen des conséquences de celui-ci; c'est la seconde conception: la faute est lourde, lorsqu'elle prive le contrat de l'obligation essentielle, lorsqu'elle fait disparaître la substance du contrat.” (AYNES, 1990, p. 10-11)

³⁵⁶ A jurisprudência francesa, em diversos julgados, remete à culpa grave como falta de extrema magnitude, a demonstrar descomprometimento com o cumprimento da própria obrigação principal assumida, o que justifica sua equiparação ao dolo e a impossibilidade de beneficiar dos efeitos de uma cláusula exoneratória ou limitativa. Neste sentido, conferir: **Cass. Com. 6 mardi. 1994, n° 92-21100**. LEGIFRANCE, acesso em 10/02/16.

³⁵⁷ Acrescenta-se também aos casos de limitação da eficácia das cláusulas de não indenizar aqueles em que a previsão da cláusula tenha resultado num inadimplemento da obrigação essencial do contrato. Neste sentido: *“Mais la jurisprudence a défini d'autres hypothèses dans lesquelles ces clauses seront écartées pour ne retenir que l'application du droit commun de la responsabilité contractuelle: Il s'agit des cas de faute lourde ou de manquement à l'obligation essentielle”*. (COLLIN AVOCATS. *Conditions de validité des clauses limitatives de responsabilité, nouvel arrêt Oracle/Faurecia*. Disponível em: <<http://www.collin-avocats.fr/news.php?mode=news&id=91&sid=d53158d2e8d1b883c4ef1385ce1f1360>>. Acesso em: 15/12/2015).

³⁵⁸ *“Ce peut être une simple négligence du moment qu'elle trompe l'attente essentielle du co-contractant.”* (AYNES, 1990, p. 11)

4.2.1 A admissibilidade das cláusulas no ordenamento francês, diante das condições de validade e eficácia abordadas

A análise das condições expostas no item anterior, nas quais se expôs as situações em que as cláusulas sobre o dever de indenizar são tidas como inválidas ou ineficazes, demonstrou que essas convenções sofrem considerável resistência em território francês.

Por um lado são, a princípio, tidas como disposições válidas, porque fruto do exercício da autonomia privada, princípio caro à ordem jurídica francesa. O Código Civil francês, que data do início da era moderna, consagra a autonomia como princípio fundamental; da mesma forma, a *pacta sunt servanda* encontra espaço de relevância, valores que, transpostos às cláusulas aqui em análise, acabam por fundamentar a sua declaração de validade.

Aliás, justamente pela posição central desses valores é que o direito francês debruça-se menos sobre a validade do que sobre a eficácia dessas convenções. Não sendo desejável interpretar restritivamente o teor de princípios tão caros à ordem contratual, é adequado buscar por outros fundamentos pela eventual inadmissibilidade das cláusulas em análise, o que foi feito por meio do juízo de plena eficácia.

Mas, pode-se perguntar, qual a razão dessa busca por restrições à eficácia de cláusulas que, filtradas pelos valores da ordem contratual, são plenamente válidas?

A resposta parece vir de outro valor que foi energicamente incorporado por meio de uma “jurisprudência construtiva”³⁵⁹: a boa-fé³⁶⁰.

³⁵⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Os contratos nos códigos civis francês e brasileiro. Conferência proferida no “Seminário em comemoração ao bicentenário do Código Civil Francês”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, p. 7, disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8404-8403-1-PB.pdf>> Acesso em: 27/02/16.

³⁶⁰ “La jurisprudence a progressivement confirmé l'autonomie de l'obligation de contracter de bonne foi. En effet, abandonnant totalement le détour par le dol, la Cour de cassation a affirmé l'existence de l'obligation de contracter de bonne foi pour en déduire une obligation précontractuelle de renseignement, sorte de dérivé moderne du dol.” (Disponível em <<http://www.prepa-isp.fr/wp-content/Annales/1-enm/civil/2009.pdf>> Acesso em: 29/02/16.

A resistência do Código de Napoleão ao tempo deve-se, em muito, ao uso que dele faz a jurisprudência, ao aplicá-lo e criar a norma para o caso concreto, em cada tempo e contexto considerado. A inclusão do princípio da boa-fé está entre as criações da jurisprudência, que, atenta às alterações sociais, aplicava a disciplina legislativa de modo atualizado, dando-lhe interpretação conforme as peculiaridades de um determinado momento social³⁶¹.

Na França, a introdução da boa-fé enquanto princípio jurídico foi também coerente à grande importância ostentada pelo princípio da obrigatoriedade dos contratos. Este princípio, que assegura as expectativas materializadas pelo contrato, reivindicava uma norma de complementação, que reforçasse a posição de exigência de comportamentos de adimplemento. E a boa-fé prestou-se perfeitamente a este fim, especialmente diante de um contexto de certo desprestígio dos valores de matriz e origem liberais.

As cláusulas sobre o dever de indenizar, diante deste contexto, e em especial diante das crescentes restrições que se impunham à autonomia da vontade, passaram a sofrer questionamentos, o que, no âmbito jurídico, refletiu sobre os juízos de admissibilidade (validade e eficácia).

Neste cenário, dois expedientes foram especialmente marcantes: uma operação, bastante artificial, de alteração da seara da responsabilidade civil aplicável, a fim de atrair a aplicação de uma norma tida como de ordem pública, e, com isso, limitar o efeito da cláusula à inversão do ônus probatório; e a equiparação de condutas “gravemente culposas” às condutas dolosas, para impossibilitar a exoneração da responsabilidade contratual.

O primeiro expediente que mencionamos se baseia no “*caráter intangível da responsabilidade delitual e no concurso de responsabilidades*”³⁶².

Tal posição é bastante questionável, inicialmente porque pressupõe uma dualidade da culpa, “*que, fundamentalmente, é uma, embora capaz de revestir dos aspectos, o contratual e o extracontratual*”³⁶³. Ademais, não se pode admitir o

³⁶¹ A respeito dos significados, interpretações e definições da boa-fé para o direito francês, permita-se remeter à LEFEBVRE, Brigitte. *La bonne foi: notion protéiforme*. Disponível em: <https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_26/26-2-lefebvre.pdf> Acesso em: 29/02/16.

³⁶² DIAS, 1980, p. 51.

³⁶³ Ibidem, p. 52.

exercício cumulativo das ações de responsabilidade contratual e extracontratual, sob pena de configuração de *bis in idem*³⁶⁴.

A incoerência da posição também sobressai do fato de não se considerar a responsabilidade contratual de ordem pública, diferentemente do tratamento conferido à responsabilidade extracontratual. Como explica DIAS, “*não é exato que a ordem pública se empenhe mais no segundo do que no primeiro caso, porque o princípio invocado – alterum non laedere – tanto é ofendido em um como no outro.*”³⁶⁵.

Com relação à posição francesa de que a culpa grave é equiparada ao dolo diante dos efeitos das cláusulas de não indenizar, a principal crítica a este posicionamento é que a sua aplicação retoma as discussões infundáveis sobre a possibilidade de se instituir uma real e objetiva gradação da culpa, elemento, por natureza, subjetivo.

Dias, analisando essa posição do direito francês, vai mais além e afirma que a culpa grave não pode ser equiparada ao dolo pelo simples fato de que não é intencional. Segundo o autor, há que se ter bem claro que as posturas de má-fé e de boa-fé não são equivalentes³⁶⁶.

Por fim, há que se mencionar mais uma situação que demonstra a grande resistência do ordenamento francês na admissibilidade das cláusulas em apreço. Mesmo diante de relações marcadas pelo equilíbrio entre as partes, em que não se possa cogitar da imposição dos termos da contratação por uma parte à outra, e nas quais fique evidente que a cláusula compõe a racionalidade contratual pensada para reger os interesses particulares, há uma limitação da sua plena eficácia.

Expressão desta resistência é a “importação” da noção de *hipossuficiência técnica*, própria das relações de consumo, para a interpretação das cláusulas sobre

³⁶⁴ “Quando se alude a cumulação de responsabilidade ou cumulação de ações, não se quer estabelecer que o credor tem a seu dispor a soma das duas ações, o que seria admitir o *bis in idem*, mas apenas a faculdade ou opção, entre duas vias igualmente capazes de assegurar-lhe a satisfação procurada. Ora, quando o eventual credor da indenização, assegurada contratual e extracontratualmente, convencionada sobre ela, exonerando o possível devedor, manifesta antecipadamente a opção. A aceitação da cláusula é indicação de que o credor considera de fundo contratual a responsabilidade do devedor. Isso, repetimos, quando a cláusula incida em caso de cumulação de responsabilidade e, portanto, de ações.” (DIAS, 1980, p. 55).

³⁶⁵ DIAS, op. cit, p. 57.

³⁶⁶ Ibidem, p. 98. Mais adiante na mesma obra, Aguiar Dias repete esta orientação: “A gravidade da culpa é, pois, incapaz de equipará-la ao dolo. O valor que lhe pode ser reconhecido é o de prova ou indício de má-fé” (p. 99).

o dever de indenizar previstas em relações paritárias. É o que expõe Wanderley Fernandes³⁶⁷:

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

O ordenamento francês não dispõe de “lista” legal única e suficientemente clara sobre as cláusulas abusivas nas relações de consumo, o que, em certa medida, dificulta a aferição da validade das cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar neste setor de relações. Há, porém, um órgão administrativo que cria uma lista referencial destas cláusulas, que poderá ser utilizada casuisticamente pelos juízes³⁶⁸. Este fato, associado ao vácuo normativo geral sobre as cláusulas exoneratória e limitativa de responsabilidade, acaba potencializando a interpretação genérica delas como disposições abusivas, mesmo quando não incertas em relações formadas por contratantes em desigualmente de posições.

4.3 AS CLÁUSULAS EXONERATÓRIA E LIMITATIVA DO DEVER DE INDENIZAR NOS CONTRATOS PARITÁRIOS: exercício da autonomia privada para a alocação do risco

O contrato é instrumento privado de acertamento de intenções recíprocas. É negócio jurídico bilateral que materializa uma composição econômica sobre determinado bem (*latu sensu*); instrumento convencional em que se instituem regras de comportamentos e criam situações jurídicas necessárias, às partes, para se

³⁶⁷ FERNANDES, 2013, p. 3 do item 9.1.1. (e-book).

³⁶⁸ FERNANDES, 2013, p. 3 do item 9.1.1. (e-book).

atingir os fins por elas buscados³⁶⁹. Pressupõe, sempre, uma determinada racionalidade econômica, pensada como o melhor meio de gerir a execução dos interesses nele dispostos.³⁷⁰

Quando efetivamente negociadas pelas partes, as disposições contratuais são coerentes à racionalidade econômica instituída. Sua análise demonstra uma preocupação em conciliar os objetivos dos contratantes com todas as contingências que podem vir a frustrar o negócio. Em outras palavras: a razão de ser da formalização do contrato é disciplinar, antecipadamente, os efeitos de determinada relação, tendo por escopo reduzir a imprevisibilidade sobre as circunstâncias que potencialmente afetem a execução da vontade comum dos contratantes.

A contratação tem espaço, portanto, quando a relação pretendida pelos sujeitos envolva algum grau de incerteza, o qual precisa ser mensurado segundo um juízo de probabilidade, para que se tenha controle sobre os riscos envolvidos no negócio, possibilitando-se proceder a sua mais eficiente alocação³⁷¹.

Ainda que as partes assumam uma posição extremamente diligente e cuidadosa, jamais conseguiriam prever e prevenir todas as obras do acaso³⁷². Nem por isso, entretanto, perde importância o juízo de probabilidade e as posições de prevenção. A formalização de um contrato devidamente ponderado com as contingências possíveis e prováveis não é capaz de barrar uma realidade aleatória e

³⁶⁹ Na acepção de Orlando Gomes, também lembrado por Paula Forgioni, o contrato é “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam.” (GOMES, Orlando. Contratos, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 11).

³⁷⁰ É o que afirma Paula A. Forgioni: “O mercado organizado dá força às transações. As regras e a praxe negocial, assim como o moto competitivo, proporcionam amplo espaço ao gênio dos comerciantes e às suas contratações.” (FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 26).

³⁷¹ “Em um contrato, buscamos regular o comportamento futuro das partes contratantes e, nesse sentido, ele é instrumento de segurança e previsibilidade; porém, eventos imprevisíveis poderão determinar resultado diversos daquele esperado ou, ainda, o desentendimento das partes no tocante ao conteúdo das promessas trocadas poderá determinar a interferência de um terceiro para interpretar e preencher o seu conteúdo. Essas incertezas podem ser explicadas de maneira científica ou irracional, mas, seja de uma forma ou de outra, os agentes econômicos procuram quantificar o efeito das disfunções e transformar o infortúnio em risco calculado.” (FERNANDES, 2013, p. 18 e 19, item 1.3, e-book).

³⁷² Wanderley Fernandes é quem mais uma vez explica: “Se o futuro depende das decisões tomadas no presente, algum mecanismo de cálculo estatístico, probabilístico, ou qualquer que seja a fórmula adotada, deverá nos dar previsibilidade do resultado futuro. Essa calculabilidade já nos permite alguma noção de risco. Há uma causalidade necessária entre os eventos da vida. Sabedores que nossos atos são capazes de determinar um resultado futuro, diante da incerteza das variáveis que poderão definir o resultado para além da determinação de nossa vontade, talvez possamos criar mecanismos de limitação ou delimitação dos efeitos que tais resultados venham a ter sobre a nossa vida e sobre a vida daqueles que são por eles afetados direta ou indiretamente.” (FERNANDES, op. cit., p. 17, item 1.3, e-book).

irresistível, mas pode ser “*um mecanismo de limitação ou delimitação dos efeitos que tais resultados venham a ter*”³⁷³ sobre cada parte envolvida na contratação.

A alocação e repartição dos riscos, assim, também segue a racionalidade econômica da operação contratual. Significa dizer que as partes, conforme as suas intenções individuais, assumem riscos ao firmarem o contrato.

Cada contrato, é evidente, envolve riscos peculiares, que justificam determinadas composições. Um risco, entretanto, é comum a todos: a possibilidade de frustração total ou parcial do negócio, pela inexecução da obrigação central firmada, abrindo-se o campo de incidência da responsabilidade civil.

Como mencionamos no Capítulo introdutório deste trabalho, a responsabilidade civil institui sempre uma relação secundária, e, em consequência, um dever subsidiário de reparar. Na seara contratual, aqui tratada, a responsabilidade civil nasce com o descumprimento de uma, algumas ou de todas as obrigações pactuadas em determinada avença, dando origem a um dano à parte prejudicada.

Juntamente com o risco de frustração do negócio, em si, a imputação da consequência da responsabilidade civil – o dever de indenizar – é um risco de relevante importância de qualquer negócio, e nesta condição, deve ser considerado no desenho da vinculação contratual³⁷⁴.

As cláusulas sobre o dever de indenizar são instrumentos que se prestam, exatamente, a este fim. Ou seja, têm por escopo a alocação dos riscos inerentes aos prejuízos do inadimplemento e à imputação do dever de indenizar³⁷⁵.

Para além das condições de validade e eficácia dessas cláusulas, elas devem ser lidas com essa lente, ou seja, de que se prestam a tornar previsível, pelo menos quanto ao risco inerente ao dever de indenizar, quais os efeitos de eventual frustração da relação contratual.

As posições frequentemente sustentadas pela inadmissibilidade dessas cláusulas se fundam em uma posição moral, de que seriam estipulações tendentes a instigar o descumprimento de obrigações voluntariamente assumidas; que trariam

³⁷³ FERNANDES, op. cit., p. 24, item 1.3 (e-book).

³⁷⁴ FERNANDES, 2013, p. 26 e seguintes, item 1.5 (e-book).

³⁷⁵ “Revelam-se, assim, como instrumentos a garantir uma maior segurança, tanto negocial quanto jurídica, aos sujeitos de determinada relação, distribuindo entre as partes os riscos e os encargos decorrentes de eventuais danos”. (PERES, 2009, p. 191).

insegurança às relações e afrontariam valores superiores, considerados como de ordem pública, e que, nesta condição, não poderiam ser afastados.

Tidas, entretanto, como instrumento de alocação prévia de determinado risco, parece evidente que as discussões travadas sobre admissibilidade dessas cláusulas não têm foco sobre essa função, tão peculiar. Não se está a afirmar que não cabe um juízo de admissibilidade jurídica dessas cláusulas, mas que esse juízo deve considerar também a perspectiva econômica que impulsionou a sua estipulação. A partir dessas considerações é que, então, caberá colocar a questão: o risco envolvido no negócio é elemento passível de disposição e alocação, por meio de ajuste entre particulares que derogue a aplicação de normas legais em matéria de responsabilidade civil? ³⁷⁶

A questão parece deslocada do seu senso comum, portanto. A exoneração ou a limitação da indenização precisam ser consideradas segundo sua razão de ser, ou seja, segundo a intenção das partes quando pactuaram convenção. Se o contrato, como um todo, deve ser interpretado segundo a racionalidade econômica que determinou uma ou outra composição³⁷⁷, outra não deve ser a postura adotada diante das cláusulas de modulação do dever de indenizar.

Nos contratos denominados *paritários*, essas considerações são especialmente impositivas.

A realidade contratual atual tende a desviar o foco dos contratos paritários, e isso em razão, principalmente, dos novos princípios consagrados pela ordem contratual. Se no início do século XVIII havia uma forte crença de que a igualdade formal e a ampla possibilidade de exercício da vontade seriam suficientes ao estabelecimento de contratos equilibrados e, em decorrência, de relações justas, a

³⁷⁶ Wanderley Fernandes analisa essa questão sob o ponto de vista da teoria do risco, sobre a qual se funda a responsabilidade objetiva. Para além das considerações que tecemos, é pertinente, neste contexto, mencionar que o risco da reparação recai, em especial, sobre o agente que desenvolve a atividade industrial lucrativa. Nas relações paritárias, que trataremos adiante, essa realidade pode se aplicar, como frequentemente ocorre, a ambos os contratantes. Mas nem sempre é assim, como expõe Fernandes: “(…), embora a racionalidade econômica seja pautada pelo lucro, sendo o risco um elemento a ser considerado pelo agente econômico, a racionalidade jurídica acaba por valer-se do conceito econômico de risco para alocar ao titular da atividade econômica o dever de reparação dos danos causados a terceiros. A infant industry amadureceu e se consagrou a preponderância da dignidade da pessoa humana, que merece reparação pelos danos sofridos, bem como do interesse social de distribuição dos riscos e prevenção da ocorrência dos danos a eles associados.” (FERNANDES, 2013, item 1.6, p. 43, e-book).

³⁷⁷ Tratando, especificamente, da interpretação de contratos empresariais, Paula Forgioni edifica: “O momento da interpretação do contrato não pode ser uma ‘terra de ninguém’, um ‘vale tudo’ que abre espaço a um pragmatismo caótico ou ao arbítrio do julgador. Respeitados os quadrantes da legalidade e os limites impostos à autonomia privada, aquele que julga não está autorizado a transformar o contrato em algo diferente do que as empresas acordaram.” (FORGIONI, 2015, p. 210).

partir de meados do século XX essa crença ruiu – e com isso, também o enfoque sobre relações paritárias.

Não se pode desconsiderar, entretanto, que, contemporaneamente, não são firmados apenas contratos em que uma das partes é hipossuficiente. Há, é verdade, um volume imenso de relações marcadas pela vulnerabilidade de uma das partes, ou, nas palavras de Paula Andrea Forgioni, por uma *dependência econômica* que a impossibilita de resistir às imposições da outra³⁷⁸.

Na seara empresarial, entretanto, é inexato lidar com o conceito de hipossuficiência que aplicamos às relações civis mais freqüentes; “(...), *salvo raríssimas exceções, não se pode reconhecer no empresário um hipossuficiente; o mercado capitalista não poderia funcionar dessa forma*”³⁷⁹.

Não se está a afirmar que os contratos empresariais são todos paritários, firmados sempre entre partes com igual poder de barganha sobre os termos da vinculação³⁸⁰. Não há uma identidade na definição de contratos paritários e contratos empresariais. Mas a referência aproximativa de ambos pode ser utilizada para os fins aqui buscados, tendo em vista que a seara dos contratos empresariais é o campo de maior freqüência das relações em que as partes podem negociar com paridade a alocação dos riscos envolvidos no negócio.

Como é curial, em casos tais não se pode interpretar a relação travada com as lentes protetivas das legislações especiais – como a trabalhista e a do consumidor, por exemplo – a fim de tolher o exercício da autonomia e impossibilitar o ajuste sobre o risco.

Na dinâmica da jurisprudência, entretanto, essas particularidades são frequentemente ignoradas, e, não raro, a análise das cláusulas sobre o dever de indenizar diante de relações paritárias resta contaminada pela racionalidade que permeia as relações em que um dos contratantes encontra-se em dependência econômica. Disto resulta que as cláusulas não são lidas como mecanismos de alocação dos riscos do negócio, mas sim como imposição de uma parte para que a

³⁷⁸ FORGIONI, op. cit., p. 69-70.

³⁷⁹ FORGIONI, 2015, p. 69.

³⁸⁰ Pelo contrário, há o reconhecimento de situações, mesmo empresariais, em que a contratação se dá entre sujeitos em desigualdade de imposições, cuja configuração é descrita por Guyon, também lembrado por Paula Forgioni: “*l'un des contractants est en mesure d'imposer ses conditions à l'autre, qui doit les accepter pour survivre.*” (GUYON, Yves. Droit des affaires – droit commercial general et sociétés. 11. ed. Paris: Economica, 2001, t. 1, p. 971).

outra exonere das conseqüências do descumprimento da sua obrigação contratual³⁸¹.

Esta visão não enfoca o ponto cerne das cláusulas de não indenizar, acabando por considerá-las inadmissíveis também nas relações em que são plenamente negociadas pelas partes, como mais um ponto coerente à racionalidade econômica impressa na relação.

Como dissemos, cada relação tem uma singular racionalidade econômica e um escopo determinado. Há, porém, uma finalidade comum à grande maioria das relações contratuais: a busca por vantagens recíprocas entre as partes. Nos contratos empresariais, onde o número de contratos paritários é mais expressivo, o escopo é, indiscutivelmente, o lucro. É o que explica Forgioni:

O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua 'vontade comum' e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar³⁸².

O lucro, por sua vez, está intimamente ligado aos riscos impressos na relação. Quanto maior o risco assumido – aí considerando tanto o risco econômico de frustração da racionalidade desenhada pela relação, quanto o risco jurídico, cuja conseqüência principal é a imputação do dever de indenizar – maior será o lucro buscado pela parte que a ele se submete. A possibilidade de maior ganho é, afinal, o que motiva a exposição aos maiores riscos³⁸³.

Sendo lucro e risco duas faces de uma mesma moeda, não é difícil concluir que a o nível de risco envolvido na operação reflete, diretamente, no preço negócio³⁸⁴. Maior o risco, maior o preço, para possibilitar uma maior compensação (lucro) pela exposição ao risco. Fecha-se, assim, um círculo.

³⁸¹ Exemplo disso é o que referimos no item 4.2 deste Capítulo, quando abordamos a posição da jurisprudência francesa de transportar para a seara empresarial um conceito próprio das relações de consumo e de trabalho, que é a hipossuficiência. Tal qual mencionamos, ainda quando diante de contratos paritários, se as partes contratantes não são integrantes de um mesmo nicho, uma pode vir a ser considerada hipossuficiente, ensejando a inadmissibilidade da cláusula de não indenizar fixada naquele contrato, o que encontra respaldo nessa postura, bastante freqüente, de desconsiderar a finalidade pretendida pelas partes (de alocação do risco de prejuízo) ao estipularem a convenção de não indenização.

³⁸² FORGIONI, 2015, p. 40.

³⁸³ “Economistas franceses, como Jean Baptista Say e Courcelle-Seneuil, na mesma ocasião, já identificavam o lucro como o prêmio pela assunção de riscos.” (FERNANDES, 2013, p. 8, item 1.2, e-book).

³⁸⁴ Repete-se aqui citação anterior, pela sua pertinência também nesse ponto: “Essas incertezas podem ser explicadas de maneira científica ou irracional, mas, seja de uma forma ou de outra, os

Justamente por influir na expressão econômica do negócio, que é o preço, que os contratantes tendem a redobrar esforços na busca pela mitigação dos riscos.

Como dissemos, mesmo as relações mais cuidadosamente desenhadas não são capazes de prever todos os riscos envolvidos em determinada relação; o que elas podem alcançar, entretanto, é uma maior limitação dos efeitos de tais conseqüências, por disposições antecipatórias que tragam previsibilidade, tal como operam as cláusulas objeto deste estudo³⁸⁵.

O risco de incidência da responsabilidade civil é, ademais, uma das principais preocupações dos agentes que desenvolvem atividades econômicas, porque o direito comum em matéria de responsabilidade civil (tanto no Brasil como na França) prevê que a extensão do dever de indenizar será a extensão do dano. Em outras palavras, funda-se no princípio da reparação integral³⁸⁶.

Ocorre que, antecipadamente, nem sempre é possível mensurar a extensão do dano, que pena aplicação do referido princípio deve ser integralmente reparado. A possibilidade de obtenção de indenização de outras perdas, para além dos danos ditos emergentes e dos lucros cessantes, por exemplo, confere ao cálculo certa boa dose de imprevisibilidade³⁸⁷ – fator dentre os mais repudiados pelos agentes econômicos. Como referimos, a própria formalização do contrato se justifica para afastar a imprevisibilidade e imprimir segurança à vinculação.

As cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar, diante deste contexto, e quando presentes em relações paritárias, efetivamente negociadas por partes em igualdade de condições, figuram como importante instrumento na prática econômica, porque operam como instrumento de alocação eficiente do risco, influem sobre o preço do produto ou serviço³⁸⁸, e, por tal razão, podem ser determinantes na realização ou não de determinado negócio³⁸⁹.

agentes econômicos procuram quantificar o efeito das disfunções e transformar o infortúnio em risco calculado. Cálculo que se reflete sobre o preço.” (FERNANDES, op. cit., p. 19, item 1.2, e-book).

³⁸⁵ “Como não é possível prever todas as hipóteses de danos, pois os contratos são incompletos, e não temos controle sobre a ocorrência de eventos futuros, resta-nos atuar sobre os seus efeitos, alocando entre as partes e definindo os danos ressarcíveis ou não, bem como estabelecendo limites ou prefixando o valor da reparação.” (FERNANDES, 2013, p. 56-57, item 1.6, e-book).

³⁸⁶ A respeito dos lindes deste princípio, permita-se remeter às considerações que fizemos no item 2.2.2 deste trabalho.

³⁸⁷ FERNANDES, op. cit., p. 52, item 1.6, e-book.

³⁸⁸ “En effet, il est clair que les clauses restrictives de responsabilité peuvent avoir un certain impact sur les charges des entreprises – et par conséquent affecter les conditions de la concurrence – et qu’en outre, certaines d’entre elles ont une incidence sur la protection des consommateurs, c’est-à-dire qu’elles ne sont pas sans influence sur les conditions d’exercice du principe de libre circulation des personnes et de marchandises à l’intérieur de la Communauté.” (GHESTIN, Jacques. Préface. In: *Les*

O risco da inexecução e da ocorrência de um dano deve, pelas disposições legais, ser suportado pelo devedor da obrigação passível de inadimplemento. Sabendo disto, este contratante exigirá, por meio de ajuste econômico no contrato, a devida compensação econômica deste risco, a qual será incorporada preço³⁹⁰. Se, entretanto, as partes, de comum acordo, resolverem alterar o regime legal de assunção do risco de dano pela inexecução, o custo poderá ser reduzido, criando-se situação mais benéfica para ambos os contratantes.

Neste ponto, pertinente referir às palavras de Fábio Peres:

Revelam-se, assim, como instrumentos a garantir uma maior segurança, tanto negocial quanto jurídica, aos sujeitos de determinada relação, distribuindo entre as partes os riscos e os encargos decorrentes de eventuais danos, sejam estes causados diretamente pelo contratante ou, ainda, por terceiros auxiliares ou representantes. Ao estabelecer regras de redistribuição, na forma pretendida pelas partes, dos eventuais prejuízos materiais decorrentes de determinada relação preestabelecida, as cláusulas de não indenizar podem servir de verdadeiro instrumento de fomento da economia, viabilizando o incremento da atividade produtiva³⁹¹. (Sem grifos no original).

Reforça-se, com o que foi exposto, a posição de que o direito ao recebimento de indenização é, a princípio, um direito disponível, tal como é passível de modulação a assunção de determinado risco. E, havendo disponibilidade (possibilidade de contratação), este risco pode ser gerido mediante cláusulas de modulação do dever de indenizar, as quais, até que se provem afrontosas a alguma norma imperativa ou norma de ordem pública, ou a qualquer requisito exigido para a admissão de convenções contratuais, são válidas e plenamente eficazes para o fim que lhes foi destinado na racionalidade impressa no contrato.

Fica evidente, também, que enquanto instrumento de alocação dos riscos da atividade, as cláusulas sob análise não excluem por completo as conseqüências da responsabilização pelo custo do dano, a demonstrar a incorreção da afirmação de

clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris, 1990, p. 3).

³⁸⁹ “Ou seja, as cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade, consideradas as condições especiais e os riscos de cada operação econômica, poderão fazer sintonia fina da alocação de riscos, modulando a extensão da aplicação do regime geral de responsabilidade ao negócio específico.” (FERNANDES, 2013, p. 56, item 1.6, e-book).

³⁹⁰ “Em outras palavras, o preço, em princípio, deverá conter a previsão feita pelo empresário dos custos de ressarcimento daqueles que, eventualmente, venham a ser atingidos pela sua atividade econômica.” In: FERNANDES, 2013, p. 45, item 1.6, e-book.

³⁹¹ PERES, 2009, p. 191.

que ditas cláusulas exoneram ou limitem demasiadamente as conseqüências da inexecução. É o que explica Fernanda Piccinin Leite:

O erro que se comete é entender a cláusula de não indenizar como um mandamento para que ninguém fique responsável pelo custo do dano causado, ou, especificamente, um mandamento de exclusão da responsabilidade. Na verdade, a cláusula de não indenizar muda o contratante que seria naturalmente responsável pela reparação ao permitir que ele nada pague, transferindo esse risco, automaticamente, para o outro contratante. Afinal de contas, uma vez perecendo a coisa, é certo que haverá um custo³⁹².

A alteração do polo a suportar os riscos é, evidentemente, possível, em especial quando o exercício da autonomia privada sofre menos restrições, como ocorre quando a relação firmada é uma relação paritária. Já falamos anteriormente que tais relações devem também obedecer aos ditames dos princípios contemporâneos do direito contratual, mas, quando ausente qualquer hipossuficiente de um dos contratantes, os princípios clássicos do direito contratual, notadamente a autonomia, reassumem importante espaço.

Por meio da liberdade contratual, tendente a organizar uma racionalidade que facilite o trânsito mercantil e o desempenho de atividades econômicas, é, sim, possível promover a alocação de riscos conforme a intenção dos contratantes. E, se esta alocação é feita por meio da previsão de cláusulas de não indenizar e limitativa do dever de indenizar, resta clara admissibilidade destas cláusulas, ficando sua validade e eficácia condicionadas à observação dos requisitos que foram anteriormente abordados.

³⁹² LEITE, Fernanda Piccinin. A validade das cláusulas de não indenizar nos contratos comerciais, p. 12. In: http://lex.com.br/doutrina24099950_A_VALIDADE_DA_CLAUSULA_DE_NAO_INDENIZAR_NOS_CONTRATOS_COMERCIAIS.aspx. Acesso em: 12/12/15.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme alertado já na Introdução deste trabalho, a responsabilidade civil está entre os campos mais sensíveis à realidade social. Molda-se de acordo com as alterações das condições da comunidade em que se aplica e está dentre as expressões mais significativas da importância do Direito para a organização da vida em sociedade.

Justamente por isso, também, a responsabilidade civil é tão complexa. Falar do seu “processo evolutivo”, do seu desenvolvimento até desembocar na (ainda incerta) configuração contemporânea exige se perpassasse por todos os intrincados elementos que a compõem, os quais, isoladamente, poderiam ser objeto de trabalhos isolados.

Reduzir toda essa complexidade, buscando não negligenciar nenhum aspecto fundamental, mas também não podendo se deter e se perder nas digressões teóricas sobre cada mínimo detalhe envolvido na responsabilidade civil é tarefa impossível. É por tal razão, inclusive, que procuramos justificar qualquer falha ou inadequada brevidade ao abordar todos os aspectos dos quais tratamos ao longo do trabalho.

O objetivo central era chegar à aferição da admissibilidade das cláusulas de não indenizar, numa perspectiva comparada entre os ordenamentos brasileiro e francês, e, para tanto, escolhemos o percurso transcorrido nos três capítulos do trabalho.

Tudo quanto exposto sequer chega perto de todos os contornos e discussões que envolvem o tema das cláusulas de modulação do dever de indenizar. Por interseccionar a responsabilidade civil e o direito dos contratos, a sua complexidade é notória.

Não obstante, é possível traçar algumas considerações finais, ainda não conclusivas, propriamente, mas que dão um parcial desfecho ao percurso transcorrido neste estudo. Tentemos sistematizá-las.

As cláusulas sobre o dever de indenizar são instrumentos contratuais que visam afastar a aplicação do regramento legal em matéria de responsabilidade civil diante de determinada relação, instituindo um regime que se mostre mais vantajoso.

Mais precisamente, visam excepcionar o princípio da reparação integral, que dispõe que a extensão do dever de indenizar é a mesma do dano causado.

Tais cláusulas não se prestam ao afastamento ou limitação da responsabilidade civil em si mesma, mas à obrigação dela decorrente, concernente à reparação. Daí porque nos referimos, para designá-las, ao dever de reparar.

O fato de serem cláusulas de exceção à regra geral de reparação demonstra que o alargamento na sua utilização se deveu ao próprio alargamento do âmbito da responsabilidade civil, que, por sua vez, processou-se a partir do desenvolvimento industrial e econômico.

Esse fenômeno alterou a dinâmica social de forma relevantíssima, não só por ter imprimido um novo modelo de produção e de vida, mas por expor a sociedade a novas contingências. Juntamente com os benefícios e as novidades trazidas pelo incremento das novas tecnologias, vieram os riscos, os acidentes e a multiplicação desenfreada dos danos, a exigir da responsabilidade civil uma nova configuração.

Doutrina e jurisprudência foram fundamentais no desenho dessa nova configuração, que após moldada pelas análises casuísticas, foi incorporada formalmente às legislações. Hoje, Brasil e França têm um sistema de responsabilidade civil relativamente estável – ao menos quanto ao seu objeto fundamental: prover a devida compensação às vítimas de eventos danosos.

Esse objetivo, entretanto, motivou tamanha flexibilização dos filtros clássicos da reparação, que o âmbito de incidência da responsabilidade civil parece hoje ilimitado. Notadamente para os sujeitos que desenvolvem atividades econômicas, em especial as que envolvem risco, este cenário é preocupante.

A potencialidade de submissão a um regime severo de reparação diante da incalculável massa de consumidores de bens e serviços é assombrosa à livre iniciativa.

Este contexto, da mesma forma que aquele do início do desenvolvimento industrial que impulsionou a reconfiguração da responsabilidade, demanda visibilidade de outros interesses para além daqueles dos sujeitos lesados; demonstra, ademais, que a responsabilidade, por mais importante que seja à ordem social, pode se tornar lesiva se não for sopesada com outros valores.

As cláusulas sobre o dever de indenizar, juntamente com outros institutos (tal qual a cláusula penal e o seguro de responsabilidade, por exemplo, ambos

referidos brevemente no item 3 deste trabalho), foram pensadas para trazer alguma flexibilidade a um cenário penoso de vultosas indenizações.

Originalmente, encontravam coerente fundamentação junto ao princípio da autonomia privada. No início da modernidade liberal, o direito dos contratos consagrava à autonomia tutela central: era o pilar para o desenvolvimento econômico almejado. As cláusulas de não indenizar, enquanto disposições contratuais, eram lidas como fruto da ampla autonomia, sobre as quais não deveria pender qualquer restrição autoritária.

O direito dos contratos sofreu, entretanto, ao lado da responsabilidade civil, significativas alterações, das quais o princípio da autonomia privada foi a “pedra de toque”. A liberdade contratual foi alvo de maiores limitações, em especial diante da necessidade de observância de novos princípios erigidos no direito dos contratos.

Equilíbrio contratual, boa-fé e função social dos contratos imprimiram às negociações contratuais uma nova dinâmica e, em determinados casos, se sobrepuseram à autonomia privada. As cláusulas sobre o dever de indenizar, neste ambiente, pareceram carentes de fundamentação.

As principais posições sustentadas pela inadmissibilidade das modulações do dever de indenizar surgiram a partir deste momento, e com fundamento nesse novo contexto principiológico. Várias são as críticas estabelecidas sob esses argumentos à validade e eficácia das cláusulas sobre o dever de indenizar.

Destituídas de um regramento legislativo genérico, e dentro desse movimento, as convenções sobre reparação começam a encontrar barreiras mais significativas, consolidadas sobre a fluida premissa da “ordem pública”, interpretada como a principal fonte de limitação ao exercício da autonomia privada. Os novos princípios, em síntese, foram “incorporados à ordem pública” suscitada pelos opositores da admissibilidade das cláusulas de não indenizar.

Os contornos conferidos aos referidos princípios, quando confrontados com as cláusulas aqui em apreço, pareceram, entretanto, exagerados. Não atentaram, ademais, às peculiaridades dos diferentes campos de relações contratuais, que impõem diferentes leituras aos seus lindes, conforme o caso. A interpretação do equilíbrio contratual, da boa-fé e da função social, em suma, não pode ser a mesma diante de relações de consumo e de relações empresariais marcadas pela paridade – afirmação que fizemos para afastar um juízo de admissibilidade *a priori* das cláusulas de não indenizar.

Percorrido este espaço, adentrou-se então à apreciação das condições de validade e eficácia exigidas das cláusulas sobre o dever de indenizar, ocasião em que procedemos, propriamente, à comparação entre os sistemas brasileiro e francês.

No Brasil, a admissibilidade das cláusulas divide opiniões. São exigidos como condições de validade todos os requisitos exigidos de qualquer outro contrato e, como um elemento “especial”, a existência de uma causa para a estipulação do dever de indenizar.

Considerando que as convenções de afastamento e limitação da reparação aproximam-se do instituto da transação antecipada sobre danos, impõe-se a existência de uma contraprestação ao credor da indenização pela estipulação da cláusula, a justificar a sua anuência com a exoneração integral ou parcial do devedor. A exigência materializa, também, a atenção às disposições do equilíbrio contratual e da boa-fé.

A preocupação com o consentimento real sobre a cláusula é também marcante no direito brasileiro: não se pode cogitar de que tenha sido imposta pelo beneficiário da exoneração ou limitação, sob pena de invalidade por abusividade.

No Brasil, ainda, são tidas por ineficazes as cláusulas que exonerem do cumprimento das obrigações principais que não possam ser demandadas por outros expedientes dispostos a favor do credor, e também quando o inadimplemento da obrigação que ensejou o dano ocorrer por conduta dolosa.

Tais são as situações a serem consideradas quando a previsão das cláusulas não encontre obstáculo em disposição normativa cogente.

No França, as discussões sobre a admissibilidade das cláusulas aqui em apreço gravitam mais sobre as condições de eficácia do que de validade. Doutrina e jurisprudência entendem válida a convenção de exoneração que tenha sido firmada por manifestação tácita, desde que comprovadamente conhecida pelo anuente.

Tal fato, entretanto, não permite concluir pela grande aceitação das cláusulas sobre o dever de indenizar pelo direito francês. Neste território, ao contrário, a admissibilidade dessas convenções parece ser objeto de certa resistência e incoerência.

Doutrina e jurisprudência francesas interpretam as referidas cláusulas, quase sempre, como convenção de inversão do ônus da prova. Fundamentam essa posição pelo argumento de que a responsabilidade civil delitual é de ordem pública

e, mesmo diante de relação contratual prévia, pode ser acionada, para o fim de afastar a plena eficácia de exoneração ou limitação das cláusulas aqui em análise.

Disto resulta, em síntese, que os efeitos da cláusula de não indenizar restam limitados à distribuição do ônus probatório, a demonstrar a resistência francesa em admitir o afastamento do seu regime legal de reparação.

Além disso, a plena eficácia das cláusulas em apreço resta circunscrita às condutas levemente culposas, eis que a culpa grave, em território francês, é considerada equivalente ao dolo e, nesta condição, não tem o condão de afastar o regime legal em matéria de responsabilidade civil.

Superadas as hipóteses em que claramente inadmissíveis, adentra-se ao campo das relações em que não incide nenhuma das disposições legais especiais que instituem proibições expressas às cláusulas de não indenizar, mais especificamente no campo das relações paritárias, firmadas por partes com igual poder de barganha.

São relações dotadas de uma peculiar racionalidade econômica, e nas quais, via de regra, os termos da vinculação são efetivamente negociados pelos contratantes, visando uma melhor alocação do risco.

A possibilidade de frustração do negócio é calculada objetivamente pelas partes e o contrato paritário é desenhado para melhor acomodar os interesses nele envolvidos com as contingências externas. As cláusulas de afastamento e limitação do dever de indenizar, nesses casos, é plenamente negociada e tem uma razão de ser: alocar o risco de inadimplemento, mediante uma contraprestação econômica mais vantajosa.

Essa configuração parece ser a mais essencial das cláusulas sobre o dever de indenizar, não obstante não seja levantada com tanta frequência quando se realiza o juízo puro de admissibilidade jurídica.

Ao desconsiderar o elemento central que motivou a previsão de tais cláusulas, que é a alocação do risco do inadimplemento (dentro de um contexto de boa-fé), tende-se a uma análise incompleta e desconectada das expectativas (especialmente econômicas) veiculadas no contrato, podendo resultar no posicionamento pela inadmissibilidade *a priori* de tais cláusulas.

Entretanto, enquanto convenções instituem benefícios a ambos os contratantes, e quando efetivamente negociadas e compensadas pelas partes, não

afetam normas de caráter cogente e interesses externos de cunho social, sendo exagerado e inexato negar-lhes validade e eficácia.

Integrando o contrato como disposição efetivamente discutida pelas partes, e funcionando como instrumento de alocação do risco, as cláusulas exoneratória e limitativa do dever de indenizar são não apenas válidas e eficazes, mas são de grande utilidade e estímulo à livre iniciativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações de suas conseqüências. São Paulo: Saraiva, 1955

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. São Paulo: Saraiva, 1955

AMARAL, Francisco. Direito civil – Introdução. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

ARISTÓTELES. A Ética a Nicômaco, 1992, p. 99 (V, 1, 1133a)

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

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

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

BAPTISTA, Silvio Neves. Ensaio de direito civil. São Paulo: Método, 2006

BESSONE, Darcy. Do contrato – teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 261

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. In Revista Brasileira de Direito de Família, v. 31, 2005

BRASIL. Constituição [1988]. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. *CLBR*, Poder Executivo, 1912.

BRASIL, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 12. set. 1990.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2001.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 1973.

BREBBIA, Roberto. Intento de caracterización jurídica de la noción de orden público. In: *Derecho privado* (dirreción Oscar J. Ameal). Buenos Aires: Depalma, 2001

CAPELOTTI, João Paulo. O nexu causal na responsabilidade civil: entre a certeza e a probabilidade. 164d. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 12/03/2012

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

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

CATALAN, Marcos Jorge. Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2005

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014

CLARÉ AVOCATS. *Actualités Droit des Contrats - La validité d'une clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat : l'application de la notion de manquement à l'obligation essentielle* (Com., 29 juin 2010, nº 09-11841 Sté Faurecia c/ Sté

Oracle). Disponível em : <http://www.clare-avocats.com/fr/p/nullite_clause_limitative_responsabilite>. Acesso em: 12/01/16.

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

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

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. Paris: RSNJ, 1988.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. P. 333-348. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil: em comentário ao Código Civil português*. 2ª ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1957, v. 12

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014

DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffré, 1951, p. 106

DIAS, José de Aguiar. *A cláusula de não-indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980

DURANT, Paul. *Des conventions d'irresponsabilité, thèse*. Paris, 1931.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

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

FERNANDES, Wanderley. Coleção direito em contexto: cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013 (e-book).

FLOUR, Yvonne. Faute et Responsabilité Civile: Déclin ou Renaissance? In Droits – Revue Française de Théorie Juridique, n° 5, 1985, Paris: PUF

FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002

FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

FRANÇA, Code Civil, 1804. Disponível em: <
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=AE39DBC2270B7E6DE7751CCFEE3363AA.tpdila08v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160322> Acesso em 20/01/16

FRANÇA. Cour de cassation — Chambre commerciale — 29 juin 2010 — n° 09-11.841. Dalloz, 12/01/16

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

FROMAGEOT, Henri. De la faute comme source de la responsabilité em droit privé. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1891

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo. Curitiba: Jaruá, 2011. p. 40
Gabriel Marty. *La relation de cause e effect comme condition de la responsabilité civile*. Revue Trimestrelle de Droit Civil, 1939

GAZZANIGA, Jean-Louis. Notes Sur l'Histoire de la Faute. In: Droit – Revue Française de Théorie Juridique, n° 5, 1985. Paris: PUF

GHESTIN, Jacques. Préface. In: *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*. Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris, 1990

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do contrato*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009

GODOY, Cláudio Luiz. Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. Ano 2007. 277 f. Tese (Livre-Docência do Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007

GOMES, Orlando. *Contratos*, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 11

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed, 4. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008

GUYON, Yves. *Droit des affaires – droit commercial general et sociétés*. 11. ed. Paris: Economica, 2001, t. 1, p. 971

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

JOSSERANT, Louis. **Cours de droit civil positif français**, Paris, 1939.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2003

JUNIOR, Alberto do Amaral. *A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo*”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1998

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 775, 2000

LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris: Librairie Dalloz, 1962

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*. Paris: Dalloz, 2000

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993

LEITE, Fernanda Piccinin. A validade das cláusulas de não indenizar nos contratos comerciais, p. 12. In: http://lex.com.br/doutrina24099950_A_VALIDADE_DA_CLAUSULA_DE_NAO_INDENIZAR_NOS_CONTRATOS_COMERCIAIS.a_spx. Acesso em: 12/12/15.

LIMA, Alvino. Culpa e Risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Obrigações. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011
MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e pessoa humana. Situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 25-26

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003

MASCRÉ HEGUY ASSOCIÉS, Societé d'Avocats. *Clause limitative de responsabilité: les conditions de validité - l'apport de l'arrêt Faurecia du 29 juin 2010*. Disponível em: http://www.mascre-heguy.com/htm/fr/conseils/conseil_validite_clause_limitative_responsabilite.html. Acesso em: 12/01/16.

MAZEAUD, Henri et Léon.; MAZEAUD, Jean. CHABAS, François. *Leçons de droit civil: obligations*. 9.ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 778.

MAZEAUD, MAZEAUD, TUNC. *Tratado teórico e prático de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires, EJE, 1961, p. 397

MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 1985, p. 98

NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, v.1. São Paulo: Saraiva, 2003

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 144

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

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

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955-1972. v. 26. § 3132, n. 3

PRATA, Ana. Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Coimbra: Almedina, 1985

PROENÇA, João Carlos Brandão. A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual. Coimbra: Almedina, 1997

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000

ROSAS, Roberto. Validade das cláusulas de não responsabilidade ou limitativas de responsabilidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 479, 1975

SACCO, Rodolfo. Introdução ao direito comparado. Trad: Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010

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

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. v. 5, 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela; FABRIS, Sergio Antonio (Livraria Jurídica). Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008

SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa da. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual. Caso fortuito e força maior. Revista de Direito Privado, 2001, p. 183-213

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional. In: Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2004

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional (org. Gustavo Tepedino). Rio de Janeiro: Renovar, 2005

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003

VILLEY, Michel. Histórico sobre o tempo responsável. Tradução de André Rodrigues Corrêa. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 1, maio 2005

VINEY, Geneviève. De la Codification du Droit de la Responsabilité Civile: l'Experience Française. In: Actes du Coloque International de Droit Civil Comparé – Codification: Valeurs e Langage, disponível em www.cslf.gouv.qc.ca

VINEY, Geneviève. *Les obligation: la responsabilité, effects (Traité de droit civil)*. Paris: LGDJ, 1988

WALD, Arnaldo. Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2015

WALD, Arnaldo. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2015

ZIMMERMANN, Reinhard. *Limitation for Liability for Damages in European Contract Law*. In: Revista de Direito Civil Contemporâneo. n. 2. v. 3. p. 215-248. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.