

INTRODUÇÃO

A pesquisa enfocou a cláusula de não indenizar em sua amplitude, tendo em vista sua imensurável importância e, principalmente, a necessidade da defesa argumentada de uma posição sobre tal problemática, em virtude da vasta divergência doutrinária e jurisprudencial envolvendo o tema. Ressaltou-se a inexistência de uma corrente dominante sobre o assunto. O trabalho se embasou no Direito Civil como área de concentração, e na Responsabilidade Civil como centro de interesse da discussão.

Devido à escassez legislativa disciplinando a cláusula de não indenizar, prevalecem posições opostas ou mesmo somatórias na doutrina e na jurisprudência, sendo fundamental um exame apurado da matéria com o intuito de firmar posições.

O tema “A cláusula de não indenizar nos contratos”, envolve diversos ramos do Direito, devido à sua ampla extensão no âmbito jurídico. Será analisada a cláusula de não indenizar e sua relação com princípios da Constituição Federal de 1.988, princípios de Direito Civil, análise sistemática dos institutos de responsabilidade civil, bem como alguns temas bastante interessantes pertinentes a esta polêmica cláusula existente no Direito Brasileiro.

Há posições doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de se entender que a cláusula de não indenizar é válida quando for convencionada de forma expressa e livre. É o que diz o princípio da autonomia da vontade. Por outro lado, há uma corrente que sustenta a nulidade da cláusula de não indenizar, haja vista ser contrária ao interesse social, à função social do contrato, a boa fé objetiva, entre outros argumentos.

O primeiro capítulo do trabalho de pesquisa traz o conceito, as características, a natureza jurídica, bem como a função da cláusula de não indenizar ou cláusula limitativa do dever de indenizar. Neste mesmo capítulo será trabalhado a análise e estudo de princípios de direito civil constitucional com o intuito de conhecer a aplicação dos mesmos, para uma possível ponderação em eventual conflito, como acontece na aplicação da cláusula de não indenizar nos contratos.

Em seguida, a análise recai sobre os institutos da responsabilidade civil, constituindo mecanismos de interpretação da responsabilidade contratual em todos as fases do contrato. Neste momento o autor apresenta os pressupostos da responsabilidade civil, trazendo a ideia da necessidade de indenizar eventuais danos, uma vez presentes os requisitos básicos de uma relação contratual.

Em um novo capítulo, trata-se do conflito existente na doutrina e na jurisprudência sobre a cláusula de não indenizar, examinando-se os argumentos favoráveis e contrários à sua aplicabilidade. É somente após que se apresentam as razões pelas quais conclui pela inaplicabilidade da cláusula de não indenizar, ainda que convencionadas em contratos paritários.

A corrente defendida visa um diagnóstico do sistema legal adotado no Brasil, de forma a tutelar os princípios constitucionais mais favoráveis, e a proteção incontestável e integral dos sujeitos da relação contratual.

Com a finalidade de firmar uma posição a respeito da problemática da cláusula de não indenizar, o autor limitou-se ao estudo das posições divergentes, bem como angariando jurisprudências diversas sobre todas as posições citadas e devidamente justificadas.

Munido de esforço e determinação, o autor tentou alcançar seus objetivos gerais, compreendidos como a análise crítica das correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

A intenção é que, ao final, se possa compreender a cláusula de não indenizar sob os novos contornos e as novas luzes que se originam dos valores atualmente prestigiados pelo ordenamento jurídico brasileiro e que buscam atender não mais aos interesses individuais do Estado liberal de antes; mas, sim de um Estado social de agora, cujas maiores preocupações dizem respeito à valorização da pessoa humana e à solidariedade social.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Nos dias atuais é comum encontrarmos na esfera contratual a estipulação entre as partes a respeito da exclusão da responsabilidade de indenizar eventuais danos sofridos advindos da má-execução do contrato. Essa modalidade de acordo é denominada Cláusula de Não Indenizar.

O doutrinador Silvio Rodrigues, conceitua a Cláusula de Não Indenizar da seguinte forma:

A Cláusula de Não Indenizar é aquela estipulação através da qual uma das partes contratantes declara com a concordância da outra, que não será responsável pelo dano por esta experimentado, resultante da inexecução ou da execução inadequada de um contrato, dano que este, sem a cláusula, deveria ser ressarcido pelo estipulante.¹

Rodrigues, nos mostra em sua conceituação que a Cláusula de Não Indenizar, consiste na estipulação, inserida no contrato, por meio da qual uma das partes declara, com a anuência da outra, que não será responsável pelos prejuízos advindos do inadimplemento, absoluto ou relativo, da obrigação ali contraída.

Preceitua ainda Caio Mário da Silva Pereira², que “Os efeitos da Cláusula de Não Indenizar consiste no afastamento da obrigação consequente ao ato danoso, e que dentro do campo de sua aplicação e nos limites de sua eficácia é uma excludente de irresponsabilidade.”

Para um melhor estudo a respeito do tema proposto é essencial uma boa definição de importantes princípios constitucionais e de Direito Civil aplicáveis ao direito contratual. Dentre tais princípios devemos destacar o princípio da autonomia da vontade.

Segundo o doutrinador Carlos Alberto Gonçalves:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem

¹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v.4. Responsabilidade Civil. 20 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2.003. Pág.181.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.012. Pág.305.

celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.³

Deste modo, Gonçalves nos trás a ideia de que um contrato é munido de liberdade contratual, onde os contratantes podem em comum acordo disciplinar seus interesses com liberalidade, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

Importante ainda conceituar o princípio da função social do contrato. Caio Mário da Silva Pereira⁴ trás ao conceituar o contrato uma característica de essencialidade, uma vez que qualquer indivíduo, sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução, contrata. Segue afirmando que o mundo moderno é o mundo do contrato. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários.

Desta forma, nos resta a entender que a noção de ordem pública, o respeito aos bons costumes, e a função social do contrato constituem freios e limites à liberdade contratual. Este princípio é destinado a coibir abusos advindos da desigualdade econômica mediante a defesa da parte economicamente mais fraca.

Por fim, conceituar-se-á o princípio da boa fé objetiva utilizando dos ensinamentos do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, o de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.⁵

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.695.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.012. Pág.10.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.700.

Através das palavras de Gonçalves, entendemos que o princípio da boa-fé objetiva é aquele em que as partes devem agir com probidade, lealdade e boa-fé, em todas as etapas do contrato, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.

Segue dizendo Carlos Alberto Gonçalves⁶, que a boa-fé objetiva enseja também a caracterização de inadimplemento, mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato. É o que a doutrina moderna denomina violação positiva da obrigação ou do contrato. Desse modo, quando o contratante deixa de cumprir alguns deveres anexos, por exemplo, esse comportamento ofende a boa-fé objetiva e, por isso, caracteriza inadimplemento do contrato.

Tem-se por Marco Teórico um trecho da doutrina escrita por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao tratar que:

A ordem pública também não permite aceitar a cláusula de não indenizar e a cláusula limitativa do dever de indenizar que se refiram a obrigação essencial do contrato, naqueles casos em que retirada do credor a possibilidade de receber indenização, nenhum outro instrumento de utilidade prática lhe resta para se proteger das consequências do inadimplemento do devedor. Em tais situações, a cláusula, seja exonerativa ou limitativa do dever de indenizar, não atende ao princípio da função social do contrato, além de violar a boa-fé objetiva.⁷

Segundo Hironaka, as cláusulas limitativas do dever de indenizar esbarra nos princípios da ordem pública, bem como os princípios da função social dos contratos e boa-fé objetiva. Segue a autora dizendo que esta cláusula não é permitida quando se tratar de obrigação essencial do contrato.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.640.

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord). Direito Contratual: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. Pág.41.

1. A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

1.1 CARACTERÍSTICAS DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

A cláusula de não indenizar é considerada excludente da responsabilidade civil, possuindo função de afastar a obrigação de indenizar, excluindo dessa forma a responsabilidade. A cláusula de não indenizar é uma obrigação acessória e não principal, uma vez que não pode ser estipulada cláusula de não indenizar em relação às obrigações principais.⁸

Uma característica marcante das cláusulas de exoneração da responsabilidade é que apenas ocorrem sendo o objeto uma estipulação contratual. Não há como existir cláusula de não indenizar em relação a danos eminentes de responsabilidade extracontratual, uma vez que a mesma não está baseada na responsabilidade aquiliana.⁹ Baseia-se no Direito Constitucional, Direito Civil, Código de Defesa do Consumidor e no Direito Comum. Envolve assuntos como a Responsabilidade Civil, Contratos em espécie, Evicção e Vícios Redibitórios. Pretensões de terceiros não atingem as cláusulas de não indenizar.

Todavia, como estamos no campo essencialmente de direito dispositivo das partes, podem os contratantes convencionar que se exima o faltoso de fazer a reparação. Trata-se da aplicação da cláusula de não indenizar. Da mesma forma que a cláusula penal predetermina a indenização, a cláusula de não indenizar limita o montante de eventual indenização ou simplesmente exclui o dever de indenizar.¹⁰

O Código de Defesa do Consumidor determinou em seu artigo 51 que é abusiva toda a cláusula que contenha óbice ao dever legal de indenização

⁸ PERES, Fábio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2.009. Pág.127.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.012. Pág.133.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos / Sílvio de Salvo Venosa. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2.011. Pág.334.

relativa ao fornecedor, assim é nula de pleno direito, não podendo estar presente no contrato de consumo.¹¹

Conforme o artigo 18 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, se uma cláusula, presente em um contrato de consumo, possuir o fito de exonerar, atenuar ou impossibilitar a responsabilidade do fornecedor à reparação dos danos por vício nos produtos e serviços será terminantemente proibida, tendo-se em vista a vulnerabilidade do consumidor.¹²

O artigo 12 e seguintes do referido estatuto, em congruência com o artigo 25 do mesmo diploma legal, estabelece que danos provenientes pelo fato do produto ou pelo vício do produto serão sempre ressarcidos. Ainda orientam no sentido de proibir toda estipulação contida em contratos que atenuem, impossibilitem ou exonem o dever legal de uma indenização ao fornecedor.

No tocante ao estudo de direito comparado, as cláusulas que impliquem renúncia ou disposição de direitos também são igualmente vedadas, tal como estabelece o artigo 18, letras a, b e c do Decreto-lei Português n.446 de 1.985.

A cláusula de não indenizar tem a característica de alterar o jogo de riscos em proveito do contratante, transferindo-os para a vítima do resultado danoso.

Conforme exemplifica Carlos Roberto Gonçalves:

É o caso do contrato de depósito celebrado entre o cliente e o dono do estacionamento, contendo cláusula em que o último não se responsabiliza pelo desaparecimento de objetos deixados no interior do veículo.¹³

Cláusula de não indenizar significa uma ou mais determinações contidas nos contratos de consumo, onde uma das partes, simplesmente, se isenta de indenizar caso ocorra alguma das condições previamente especificadas.

¹¹ CARVALHO, Míriam Regina de. Direito do Consumidor Face à Nova Legislação. São Paulo: Editora de Direito, 2.008. Pág.22.

¹² Idem, Pág.23.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.135.

Assim, esta cláusula caracteriza o objeto do negócio jurídico e as respectivas condições da relação de consumo. Pode-se dividir em cláusulas de exoneração e causas de exoneração. As causas de exoneração estão basicamente contempladas na lei, já as cláusulas de exoneração caracterizam-se por sua peculiaridade ao contrato, visando anular, restringir ou modificar as consequências normais de um fato, segundo estipulação prévia.

A fim de saber sobre a validade da cláusula de não indenizar, deve-se investigar se a norma de direito comum que determina a responsabilidade atende a interesse de ordem privada ou pública. O interesse privado pode ser afastado pela cláusula de não indenizar, já em relação às normas de ordem pública a regra é diferente, porque visam à tutela dos bons costumes e do bem geral.

Conforme prescreve Fábio Henrique Peres:

O critério da ordem pública é o único que pode servir, enquanto não se procede a estudo profundo das relações sociais, a fim de serem induzidas, cientificamente, as regras concernentes à possibilidade e à impossibilidade das cláusulas de exoneração.¹⁴

Uma característica única e marcante sobre a cláusula de não indenizar refere-se à problemática relativa ao tema. Ainda não se tem definida uma posição na doutrina e na jurisprudência sobre o respectivo assunto.

Embora exista muita controvérsia a respeito de sua validade, a jurisprudência revela que a cláusula de não indenizar não poderá ser admitida nas seguintes hipóteses: exclusão ou limitação sobre danos envolvendo direitos indisponíveis; ou quando a indenização é o objeto do negócio, de modo que a sua exclusão ou limitação equivaleria a privar de todo o efeito o negócio jurídico.¹⁵

Ou seja, o nosso ordenamento jurídico contratual não permite que seja estipulada cláusula excluindo a obrigação de indenizar nos casos em que tal obrigação seja decorrente do próprio objeto essencial do contrato executado pelo causador do dano.

¹⁴ PERES, Fábio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2.009. Pág.133.

¹⁵ AVELAR, Leticia Marquez de. A Clausula de não indenizar. São Paulo: Juruá Editora. 1. Ed. 2012. Pág.36.

Além dos requisitos dispostos acima, segundo Carlos Roberto Gonçalves¹⁶ há cinco outros requisitos a serem respeitados para que a cláusula de não indenizar seja considerada plenamente válida pelo ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: não colisão com preceito de ordem pública; ausência de intenção de afastar obrigação de indenizar inerente ao objeto essencial do contrato; inexistência do escopo de eximir o dolo ou a culpa grave do causador do dano; bilateralidade de consentimento; e igualdade de posição das partes.

Assim, é imprescindível a igualdade das partes e a bilateralidade quanto ao consentimento de estipulação da cláusula. É preciso, ainda, que o agente não tenha a intenção de exonerar-se do dolo ou culpa e que não pretenda afastar obrigação atrelada à função.

Tem-se ainda por característica a não admissibilidade da cláusula de não indenizar quando se tratar de danos causados com reserva de dolo ou culpa grave. É o que dispõe Daniel Ustárroz, ao dizer que:

Danos causados por dolo ou culpa grave não podem ser objeto da cláusula de não indenizar, sob pena de se admitir a imoralidade e impunidade de uma má-fé previamente acordada, o que contraria também preceitos de ordem pública.¹⁷

A bilateralidade de consentimento se traduz pela vontade de ambas as partes em fazer valer tal estipulação, inserida no contrato por meio da livre concordância das partes. O último requisito refere-se à igualdade de posição das partes, vetando a possibilidade de aplicar-se a cláusula de não indenizar quando há uma situação de hipossuficiência entre os contratantes, especialmente em contratos de adesão.

Por tal razão, o Código de Defesa do Consumidor afasta a aplicação dessa cláusula, devido à situação de hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor. Outro exemplo em que não há possibilidade de aplicação da cláusula de não indenizar é no contrato de transporte, ressaltando a súmula

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág.345.

¹⁷ USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade Contratual. 2. ed. ver., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. Pág.183.

161 do STF, bem como nas relações relacionadas ao transporte aéreo, ante a previsão disposta no Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7565/86, em seu art. 247, a qual também estabelece a nulidade da cláusula.

Por outro lado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é unânime quanto a liberdade dos condomínios para aplicação dessa cláusula, que se dá na maioria das vezes para eximir a culpa destes por eventos ocorridos em suas áreas comuns.

Ressalte-se que somente serão consideradas válidas e legítimas as cláusulas que limitem a responsabilidade, encurtem o prazo do exercício do direito do prejudicado ou excluam a responsabilidade por eventual fato danoso que venha a ocorrer, desde que a obrigação a ser afastada não seja da essência do contrato, sob pena de se estar negando o próprio dever de prestar o pactuado.¹⁸

Em que pese todas as limitações legais para sua aplicação, a admissão dessa cláusula, como já aduzido no caput deste artigo, revela-se importante instrumento de redução e controle dos riscos do negócio a ser entabulado, traduzindo-se em redução de custos e incremento dos negócios em geral.

Esta possibilidade encontra respaldo, inclusive, no artigo 946 do Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, que assim dispõe:

Art. 946. 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.¹⁹

E não poderia ser diferente, pois à luz do princípio da liberdade contratual, as partes são livres para contratar qualquer negócio, desde que, logicamente, não ofenda a ordem pública e os bons costumes, além de vários outros princípios que norteiam as normas relativas ao contrato, tais como, os princípios da boa-fé objetiva, da probidade, do equilíbrio contratual e da função social do contrato, dentre outros.

¹⁸ CARLI, Vilma Maria Inocêncio. Teoria e direito das obrigações contratuais: uma nova visão das relações econômicas de acordo com os códigos civil e consumidor. Campinas: Bookseller, 2005. Pág.328.

¹⁹ BRASIL. Código Civil. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2.013. Pág.438.

Como aventado, a jurisprudência de nossos tribunais vem se modernizando e considerando válida a cláusula de não indenizar desde que presentes os requisitos e características para a formação de qualquer negócio jurídico, como capacidade das partes, livre manifestação de vontade, objeto lícito e possível, forma prescrita e não defesa em lei. Importante salientar que o consentimento deve ser bilateral, ou seja, ambas as partes devem aceitá-la, além de ser observado se a convenção está de acordo com a ordem pública e os bons costumes.

Em julgado recente no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi confirmada uma sentença em uma ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis em que o réu, condenado a pagar os aluguéis vencidos e a desocupar o imóvel, pleiteava uma compensação de seu débito com as benfeitorias realizadas no imóvel, em sede de apelação. Tal argumento não foi aceito pelos Ilustres Desembargadores, uma vez que no contrato de locação existia uma cláusula exonerativa de indenização com relação a quaisquer benfeitorias realizadas no imóvel, inclusive as necessárias, com base no art. 35 da Lei n. 8.245/91. Na tentativa de anular a disposição que excluía o apelado do dever de indenizar, o magistrado afirma que "a anulação da cláusula contratual exonerativa da obrigação de indenização de benfeitorias pode ser tentada pelo locatário, sendo seu o ônus da prova do vício de consentimento porventura alegado". Não tendo sido comprovado nenhum vício, a sentença foi então confirmada.²⁰

Ainda assim, existe uma imensa discussão acerca da legitimidade da também chamada "cláusula de irresponsabilidade", de um lado há quem defenda que esta desrespeita a ordem pública, pois estaria retirando da vítima uma proteção dada pela lei.²¹

²⁰ NETO, Gilberto Alves da Silva Dolabela. Validade das cláusulas excludentes de responsabilidade contratual. Jus Navegandi, Teresina, ano 16, n. 2787, 17 fev. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18510>. Acesso em: 27 de setembro de 2014.

²¹ USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade Contratual. 2. ed. ver., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. Pág.187.

Aqui cabe mostrar a opinião de Ruy Rosado de Aguiar Júnior²² que salienta: “a existência de cláusula de não indenizar, celebrada anteriormente á resolução, é contrária á lei, assim como a renúncia prévia do direito de resolver, não pode ser aceita”.

A cláusula de não indenizar e a limitativa do dever de indenizar não será admitidas quando pretenderem afastar ou mitigar indenização por danos causados diretamente às pessoas naturais ou às coisas de pessoas naturais, cujo reflexo constitua dano moral. Nesses casos, é o princípio da dignidade da pessoa humana que restringe a liberdade das partes; ou, como também se poderá dizer, é a função social de contrato que impede a exclusão e a limitação convencionais do dever de indenizar em tais hipóteses.²³

1.2 FUNÇÕES DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

A cláusula de não indenizar tem a função de alterar, em benefício de uma das partes o risco que passa a ser transferido à outra parte. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves²⁴, a finalidade principal da cláusula de não indenizar não é propriamente afastar a responsabilidade do inadimplente, mas apenas a obrigação de indenizar. Portanto a finalidade da cláusula de não indenizar, simplesmente, resume-se em excluir a indenização, isto é, excluir a responsabilidade civil concernente à obrigação de indenização.

A cláusula de não indenizar consiste em afastar, previamente e bilateralmente, a aplicação de uma obrigação ao seu caso. Segundo Silvio Venosa²⁵, trata-se da cláusula pela qual uma das partes contratantes declara que não será responsável por danos emergentes do contrato, seu

²² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil — As obrigações e os contratos. RT, 775/24.

²³ AVELAR, Leticia Marquez de. A Clausula de não indenizar. São Paulo: Juruá Editora. 1. Ed. 2012. Pág.35.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011, Pag.117

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos / Sílvio de Salvo Venosa. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2.011. Pág.335.

inadimplemento total ou parcial. Ainda de acordo com o autor, trata-se da exoneração convencional de reparar o dano.

Segue dizendo Carlos Roberto Gonçalves:

A cláusula de não indenizar consiste em um acordo de vontades pelo qual se convencionou que determinada parte não será responsável por eventuais danos decorrentes de inexecução ou execução inadequada do contrato.²⁶

Ou seja, segundo essa definição, Gonçalves conclui que tal cláusula tem função de estipular que uma das partes não será responsável por quaisquer danos advindos da execução do contrato.

Essa cláusula possui como função alterar o sistema de riscos no contrato. Refere-se à exoneração convencional do dever de reparar o dano. Neste contexto, os riscos são contratualmente transferidos para a vítima.

O Código Civil de 2002 não regula as cláusulas limitativas do dever de indenizar, assim como não havia feito o Código Civil de 1916. A omissão da legislação deixou à doutrina e à jurisprudência o dever de estabelecer seu regime jurídico, e sobretudo definir seus efeitos.

A doutrina vem encabeçada por José de Aguiar Dias²⁷, que publicou o mais completo estudo sobre o tema no Brasil. Em sua obra, o autor faz questão de diferenciar a exclusão da responsabilidade e a exclusão da respectiva consequência, que é a reparação. A cláusula de não indenizar não torna ninguém irresponsável pelo cumprimento de suas obrigações, mas exime o causador do dano da consequência do inadimplemento.

1.3 NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

Ao tratarmos da natureza jurídica das cláusulas limitativas do dever de indenizar, a doutrina é unânime ao estabelecer que a natureza da cláusula de

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011, Pág.118.

²⁷ AGUIAR DIAS, José de. Cláusula de não indenizar. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.980. Pág.63.

não indenizar é contratual, razão pela qual se discute a sua aplicabilidade dentro das relações contratuais.²⁸

Existem três correntes jurídicas referentes à natureza jurídica da cláusula de não indenizar. A primeira considera a cláusula de não indenizar com natureza jurídica de direito público, a segunda como natureza de direito privado, e a terceira corrente como de direito misto.²⁹

Nas palavras de Letícia Marquez de Avelar, se considerarmos a ideia proposta pela corrente que traz para a cláusula de não indenizar uma natureza jurídica de direito privado, estaríamos afirmando que esta cláusula poderia ser sempre convencionada pelas partes, sem qualquer limitação e intervenção do estado sobre as relações privadas.³⁰

A corrente que defende a natureza jurídica da cláusula de não indenizar como de direito misto, visa separar sua aplicabilidade dentro dos diversos tipos de contratos dentro da seara civil contratual. Sendo o contrato paritário, ela poderia ser livremente convencionada, já que enquanto risco da atividade econômica, a indenização do contrato é, portanto, um bem econômico que também pode ser negociado.³¹ Se o contrato versa sobre direitos públicos protegidos, ela sofreria limitações, não podendo ser pactuada sem prévia previsão legal.

Estabelece Caio Mário da Silva Pereira, que a posição que parece mais coerente é aquela que compreende a cláusula de não indenizar como de direito público baseada nas normas de tutela ao consumidor, contidas no Código de Defesa do Consumidor, isto é, tais normas garantem a proteção a um direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, a defesa do consumidor.³²

²⁸ PERES, Fábio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2.009. Pág.46.

²⁹ Idem. Pág.47

³⁰ AVELAR, Leticia Marquez de. A Clausula de não indenizar. São Paulo: Juruá Editora. 1. Ed. 2012. Pág.32.

³¹ PERES, Fábio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2.009. Pág.49.

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.012. Pág.146

O artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a natureza jurídica de suas normas corresponde a normas de ordem pública e interesses sociais, decorrentes de sua imperatividade e inderrogabilidade por vontade das partes.³³

Segundo Fábio Henrique Peres:

Seja qual for a modalidade da cláusula penal, no entanto, aqui se faz uma referência genérica à sua natureza, como assim definida pelo autor como "pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa da obrigação."³⁴

Em que pese sua natureza convencional, essas cláusulas produzem efeitos similares muitas vezes aos das excludentes legais de responsabilidade civil e das hipóteses legais de limitação e de exclusão do dever de indenizar. É uma das possíveis formas de se alocar riscos no contrato comercial e tem natureza de cláusula acessória, não se constituindo a obrigação principal do contrato.

1.4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O direito contratual rege-se por diversos princípios, alguns tradicionais e outros modernos. Os mais importantes são os: da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública, do consensualismo, da relatividade dos efeitos, da obrigatoriedade, da revisão ou onerosidade excessiva e da boa-fé.³⁵

Para Maria Helena Diniz³⁶, o princípio da autonomia da vontade, no qual se funda a liberdade contratual dos contratantes, consiste no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

³³ CARVALHO, Miriam Regina de. Direito do Consumidor Face à Nova Legislação. São Paulo: Editora de Direito, 2.008. Pág.51.

³⁴ PERES, Fábio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2.009. Pág.42.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.695.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais / Maria Helena Diniz. 23 ed. Ver. E atual. de acordo com a Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2.007. Pág.23.

Estabelece ainda Diniz, que:

Esse poder de auto regulamentação dos interesses das partes contratantes, condensado no princípio da autonomia da vontade, envolve liberdade contratual, que é a de determinação do conteúdo da avença e a de criação de contratos atípicos, liberdade de contratar, alusiva à de celebrar ou não o contrato e à de escolher o outro contratante, e liberdade de convencionar qualquer matéria no âmbito contratual.³⁷

Tradicionalmente, desde o direito romano, as pessoas são livres para contratar. Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato.³⁸

Este princípio se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.³⁹

Predominava na doutrina brasileira o princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais, de origem liberal defendendo a liberdade em contratar desde que não fosse contrária à Lei e à Ordem. Tutelava-se a relação contratual e não o seu resultado.⁴⁰

Para a ilustre doutrinadora Giselda Hironaka:

Têm aumentado consideravelmente as limitações à liberdade de contratar, em todos os seus aspectos. O princípio da autonomia da vontade sofreu, paulatinamente, a delimitação imposta pela função social do contrato. Assim, enquanto não houver conflito entre o auto regramento das partes e a obtenção dos fins sócio econômicos do negócio jurídico, prevalecerá o conteúdo da manifestação de vontade e os efeitos previstos para o modelo jurídico. Entretanto, quando o interesse público determinar, o princípio da autonomia da vontade cederá terreno ao princípio da boa-fé objetiva, sendo integralmente preservada a função social do contrato, interpretada no sentido de ser

³⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais / Maria Helena Diniz. 23 ed. Ver. E atual. de acordo com a Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2.007. Pág.23

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.695.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.012. Pág.22.

⁴⁰ Ibidem.

um processo de harmonização dos interesses contrapostos, a fim de garantir a justiça e a paz social.⁴¹

Os princípios mais importantes do direito contratual são ligados à liberdade de contratar. Em suma, são a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos.

Segundo o doutrinador Silvio Rodrigues:

Os contratos são celebrados porque as partes podem dispor sobre seu patrimônio, ou seja, decidir o que querem fazer com seus próprios bens, sua propriedade. O fundamento normativo dos contratos, a despeito de seu teor moral, decorre diretamente da lei, que autoriza que as partes possam livremente contratar e, se assim podem, aquilo que decidem adquire força de lei entre elas.⁴²

Desta forma, Rodrigues nos trás a ideia de que um contrato é munido de liberdade contratual, onde os contratantes podem em comum acordo disciplinar seus interesses com liberalidade, dispondo de forma livre o seu patrimônio, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

Têm aumentado consideravelmente as limitações à liberdade de contratar, em seus três aspectos. A faculdade de contratar e de não contratar, mostra-se, atualmente, relativa, pois a vida em sociedade obriga as pessoas a realizar, frequentemente, contratos de toda espécie, como o de transporte, de compra de alimentos, de aquisição de jornais e de fornecimento de bens e serviços públicos (energia elétrica, água, telefone, etc.).⁴³

O licenciamento de um veículo, por exemplo, é condicionado à celebração do seguro obrigatório. O Código de Defesa do Consumidor dispõe que o fornecedor de produtos e serviços não pode recusar atendimento às demandas dos consumidores, na medida de suas disponibilidades de estoque e em conformidade com os usos e costumes.⁴⁴

Também a liberdade de escolha do outro contratante (de contratar com quem quiser) sofre, hoje, restrições, como nos casos de serviços públicos

⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord). Direito Contratual: temas atuais. São Paulo: Método, 2.007. Págs.41-42.

⁴² RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v.4. Responsabilidade Civil. 20 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2.003. Pág.134.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.695.

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.012. Págs.22-23.

concedidos sob regime de monopólio e nos contratos submetidos ao Código do Consumidor.⁴⁵

E, em terceiro lugar, o poder de estabelecer o conteúdo do contrato (de contratar sobre o que quiser) sofre também, hodiernamente, limitações determinadas pelas cláusulas gerais, especialmente as que tratam da função social do contrato e da boa-fé objetiva, do Código de Defesa do Consumidor e, principalmente, pelas exigências e supremacia da ordem pública.⁴⁶

É preciso não olvidar que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo.⁴⁷

Nítida é, como diz Carlos Roberto Gonçalves⁴⁸, a função institucional do contrato, visto que limitada está a autonomia da vontade pela intervenção estatal, ante a função econômica-social daquele ato negocial, que o condiciona ao atendimento ao bem comum e dos fins sociais.

1.5 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O Código Civil de 2.002 se desvinculou das concepções individualistas e privadas que nortearam o direito contratual, para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio da socialidade por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.⁴⁹

O ilustre doutrinador Cláudio Luiz Bueno de Godoy dispõe que:

O termo função social do contrato, significa a garantia de uma tutela à parte mais fraca nas relações contratuais, tendo em vista as cláusulas

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.012. Pág.23.

⁴⁶ Idem. Pág.24.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais / Maria Helena Diniz. 23 ed. Ver. E atual. de acordo com a Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2.007. Pág.24.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.696

⁴⁹ Idem. Pág.686.

contraditórias ou ambíguas. Isto é, defende-se o contratante denominado como parte hipossuficiente na relação contratual.⁵⁰

A concepção social do contrato apresenta-se modernamente como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética, guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal e tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes.⁵¹

Podemos observar que a lei civil subordina a liberdade contratual à sua função social, com prevalência dos princípios condizentes com a ordem pública. Considerando que o direito de propriedade, que deve ser exercido em conformidade com a sua função social, proclamada na Constituição Federal, viabiliza-se por meio dos contratos, o novo Código estabelece que a liberdade contratual não pode afastar-se daquela função.⁵²

A função social do contrato constitui, assim, princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Alia-se aos princípios tradicionais, como os da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam.

Este princípio desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer por estarem no exercício da autonomia da vontade. É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser focado sob dois aspectos: um, individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios; e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade, que é a distribuição de riquezas, for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.⁵³

As partes devem celebrar seus contratos com ampla liberdade, observadas as exigências da ordem pública, como é o caso das cláusulas gerais. Visto que a função social é cláusula geral, assinala Nelson Nery Junior,

⁵⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Função social do contrato. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2.009. Pág.11.

⁵¹ ALVES, Jones Figueirêdo. Novo Código Civil comentado, coord. de Ricardo Fiuza. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2.011. Págs.372-373.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.687.

⁵³ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Págs.42-43.

o juiz poderá preencher os claros do que significa essa “função social”, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais.⁵⁴

A interpretação dos contratos deverá ocorrer em favor do aderente ao contrato, o intuito é assegurar o respeito a princípios como o da boa-fé objetiva e o da probidade nos contratos em geral. O que ocorre no Código Civil em vigor quanto aos contratos é, simplesmente, uma despersonalização jurídica nos contratos, protegendo-se a parte mais fraca na relação contratual, ou seja, o cidadão.

Conforme determina o Código Civil em vigor, caso o contrato estipule obrigações apenas para uma das partes da relação contratual, esta parte poderá requerer a diminuição da prestação. A finalidade desta alteração é evitar a onerosidade excessiva e respectivo prejuízo para uma das partes da relação contratual e, também, o enriquecimento ilícito da parte contrária. O intuito pode ser compreendido como a preservação do equilíbrio entre as partes de uma relação contratual.⁵⁵

1.6 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA ORDEM PÚBLICA

Conceito variável no tempo e que traz consigo os valores que a moral vigente, em determinada época, considera fundamentais, a ordem pública pode ser traduzida, simplesmente, como um conjunto dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico que objetiva a tutela do bem comum; uma tutela que se dirige, portanto não apenas aos interesses privados mas também, e prioritariamente, ao interesse público. E o interesse público, como se sabe, não é hoje o mesmo do passado, assim como não será idêntico ao que se apresentará no futuro: o interesse, que se diz público, altera-se de acordo com os valores prestigiados por determinada sociedade, que variam,

⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil - Apontamentos gerais. In: Franciulli Netto, Domingos; Mendes, Gilmar Ferreira; Martins Filho, Ives Gandra da Silva (Coord.). O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. Págs.406-408.

⁵⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Função social do contrato. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2.009. Pág.23.

consequentemente, conforme a época vivida. Daí que, na sociedade brasileira da atualidade, não se pode excluir do conceito de ordem pública os assim chamados novos princípios do direito dos contratos: a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e a função social do contrato.⁵⁶

Já com relação às exigências de ordem pública implícitas no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, àquelas que não estão expressas em preceitos de direito positivo, a que primeiro se sobressai, no que diz respeito às cláusulas exonerativa e limitativas do dever de indenizar, é a da necessidade de se conferir vantagem correspondente ao credor, que legitimamente compense a renúncia, seja ela total ou parcial, ao direito de receber indenização. Cuida-se assim de atender ao princípio do equilíbrio contratual, corolário da boa-fé objetiva.

É ainda a ordem pública que impõe a inadmissibilidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar em caso de dolo ou culpa grave do devedor. Havendo dolo no momento da celebração do ajuste, a solução é dada por artigo expresso de lei (artigo 171, II, do Código Civil) e a hipótese é de invalidade; entretanto, se o dolo ou a culpa grave for a causa do inadimplemento contratual, são razões de ordem pública, e não preceitos específicos do direito positivo, que obstam a que a cláusula produza seus efeitos, trata-se então de ineficácia. É que, evidentemente, isentar o contratante do dever de indenizar quando tiver agido de forma dolosa ou gravemente culposa não condiz com os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato.

Como nos ensina Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁵⁷, a ordem pública é também uma cláusula geral, que está no nosso ordenamento por meio do art.17 da Lei de Introdução ao Código Civil, regra de direito internacional privado que retira eficácia de qualquer declaração de vontade ofensiva da ordem pública.

⁵⁶ SILVEIRA, Josete. Da Validade da Cláusula de Não Indenizar. Dissertação de Mestrado – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente - São Paulo, 2.010. Pág.52.

⁵⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil — As obrigações e os contratos. RT, 775/24.

A liberdade contratual encontra limitação no princípio da ordem pública, entendendo-se que o interesse da sociedade deve prevalecer quando colide com o interesse individual. Segue afirmando ainda Carlos Roberto Gonçalves sobre a limitação da autonomia da vontade e os prejuízos a ordem econômica:

O princípio da autonomia da vontade, como vimos, não é absoluto. É limitado pelo princípio da supremacia da ordem pública, que resultou da constatação, feita no início do século passado e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco.⁵⁸

O Código Civil de 2.002 proclama, no parágrafo único do artigo 2.035: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

Podemos observar nos dizeres de Gonçalves⁵⁹ que o princípio da autonomia da vontade se limita pelo princípio da ordem pública, uma vez que a liberdade de contratar não pode provocar desequilíbrios e exploração do economicamente frágil. Deste modo, somos levados a entender que a cláusula de não indenizar contém dois requisitos essenciais: o consentimento bilateral e a não confrontação com preceito contido em lei.

Em suma, a noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes constituem freios e limites à liberdade contratual. No campo intervencionista, destinado a coibir abusos advindos da desigualdade econômica mediante a defesa da parte economicamente mais fraca, situa-se, ainda, o princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva, baseado na teoria da imprevisão, regulado nos artigos 478 a 480 do Código Civil.

1.7 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.696.

⁵⁹ Idem. Pág.697.

correta não só durante as tratativas como também durante a formação e o cumprimento do contrato.⁶⁰

Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, o de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.⁶¹

Nas palavras de Nelson Rosenvald:

Há que salientar que existem duas acepções de boa-fé, uma subjetiva e outra objetiva. O princípio da boa-fé objetiva – circunscrito ao campo do direito das obrigações – é o objeto de nosso enfoque. Compreende ele um modelo de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte. Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer que a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros de honestidade e retidão. Por isso, a boa-fé objetiva é fonte de obrigações, impondo comportamentos aos contratantes, segundo as regras de correção, na conformidade do agir do homem comum daquele meio social.⁶²

Ou seja, Rosenvald ressalva a existência de duas acepções de boa-fé, dando foco ao princípio da boa-fé objetiva, que encontra sua justificação no interesse coletivo, onde as pessoas devem agir com lealdade, cooperação, honestidade e probidade, incentivando conseqüentemente o sentimento de justiça social.

Alguns doutrinadores, dentre os quais está Ruy Rosado de Aguiar

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.700.

⁶¹ Idem, Pág.700.

⁶² ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2.007. Pág.133.

Júnior⁶³ sustentam, também, que boa-fé subjetiva está relacionada com a teoria da aparência, que atua para proteção do terceiro que confia na aparência de uma posição jurídica criada, direta ou indiretamente, pela contraparte.

Quanto ao princípio da boa-fé objetiva aplicável preponderantemente sobre os contratos, de forma singela, este pode ser definido como um dever de corresponder com lealdade à necessária confiança da outra parte contratante, de ver de observar um padrão de conduta íntegro, honesto, que se espera de todo aquele que está inserido ao meio social no qual o negócio jurídico se realiza. Esse dever de conduta, boa-fé, é inerente aos contratos, vale dizer, independe de previsão contratual.⁶⁴

Segundo Silvio Rodrigues:

A boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta a consideração para com os interesses do outro, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de honestidade pública.⁶⁵

Nas palavras de Rodrigues, o princípio da boa-fé objetiva tem por objetivo tutelar direitos contratuais baseados no dever de lealdade, honestidade e probidade. Deste modo o autor trás em seus dizeres que este princípio tem um significado sinônimo de honestidade pública.

A boa-fé objetiva caracteriza um princípio geral, aplicável ao direito das obrigações, produzindo nova delimitação do conteúdo objetivo do negócio jurídico, especialmente o contrato, mediante a inserção de efeitos jurídicos à justa e razoável expectativa de produção dos resultados práticos que normalmente adviriam do negócio, excepcionadas as circunstâncias especiais de cada caso concreto, ainda que o vigor formal da lei ou da interpretação

⁶³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil — As obrigações e os contratos. *RT*, 775/24. Pág.244.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.700.

⁶⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v.4. Responsabilidade Civil. 20 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2.003. Pág.134.

literal do contrato estabeleça a produção de efeitos diversos.⁶⁶

A teoria da boa-fé objetiva, relaciona-se à ideia de que o contrato representa um processo, onde as partes buscam a consecução de fins previamente estabelecidos, mediante a reunião de esforços e a cooperação mútua, tendo como fim comum a satisfação dos interesses contrapostos das partes.⁶⁷

Nesse contexto, Cruz e Tucci, ensina que:

As partes guardam a liberdade de contratar, podem escolher o tipo de contrato e regular o conteúdo do contrato a ser aperfeiçoado. A teoria da boa-fé objetiva constitui um mecanismo técnico-jurídico de aferição da abusividade das cláusulas contratuais expressas ou de inaplicabilidade parcial dos efeitos do negócio jurídico, ou ainda de interpretação integrativa da declaração de vontade, sempre que seja preciso restabelecer o equilíbrio contratual.⁶⁸

Para Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci, o equilíbrio buscado é aquele razoavelmente esperado, ou seja, o equilíbrio que preserva a função econômica para o qual o contrato foi concebido pelas partes, salvo se a superioridade de uma das partes tiver subjugado os interesses da outra.

O princípio da boa-fé objetiva é considerado um dos meios para impedir a exploração do homem pelo próprio homem. Assim, a lei civil busca assegurar a lealdade do contrato. Tal princípio está positivado no direito civil por intermédio do artigo 422 do Código Civil em vigor.⁶⁹

A boa-fé objetiva é concebida como uma regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração de que todos os membros da sociedade são juridicamente tutelados, antes mesmos de serem partes nos contratos. O contraente é pessoa e como tal deve ser respeitado.

Este princípio, por outro lado, tem compreensão diversa. O Intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.012. Pág.136.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais / Maria Helena Diniz. 23 ed. Ver. E atual. de acordo com a Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2.007. Pág.27.

⁶⁸ CRUZ E TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Revista do Advogado. São Paulo-SP, ano XXII, n.68, Dezembro-2002. Págs.100-110.

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011. Pág.701.

concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

Podemos concluir que tanto nas tratativas como na execução, bem como na fase posterior de rescaldo do contrato já cumprido, a boa-fé objetiva é fator basilar de interpretação. Dessa forma, avalia-se sob a boa-fé objetiva tanto a responsabilidade pré-contratual, como a responsabilidade contratual e a pós-contratual.⁷⁰

A boa-fé é instituto que também opera ativamente nas relações de consumo, mormente no exame das cláusulas abusivas. O artigo 422 do Código Civil, se aplica a todos os contratantes, enquanto os princípios que regem a boa-fé no Código de Defesa do Consumidor se referem às relações de consumo. Ambos os diplomas se harmonizam em torno do princípio.⁷¹

⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos / Sílvio de Salvo Venosa. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2.011. pág.387.

⁷¹ Idem. Pág.388.

2. A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR ANTE À TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil compreende uma responsabilidade decorrente do dever de indenizar imposto ao causador do resultado danoso. O tema responsabilidade civil, atualmente, está se popularizando, pela complexidade e multiplicidade das relações sociais ao passar dos tempos.⁷²

O simples ato danoso é a base da responsabilidade civil, como, por exemplo, a colocação no mercado de um produto com defeito. Existem diversas espécies de responsabilidade civil. Entretanto, o objetivo da responsabilidade civil é a tutela da vítima que sofre prejuízo com o resultado danoso.⁷³

Nas palavras de Pablo Stolze:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.⁷⁴

A responsabilidade civil iniciou-se como instrumento de vingança privada. O indivíduo acometido por um ato de maldade, simplesmente retribuía da mesma forma, prejudicando aquele que o prejudicou. A vingança não possuía limites. A Lei de Talião passa a impor alguns limites à responsabilidade civil da época, através do seguinte provérbio: “Olho por olho, dente por dente”.⁷⁵

Ou seja, a reparação do prejuízo sofrido somente poderia ocorrer no limite sofrido pela vítima. O objetivo fundamental era a volta ao estado *quo*

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 4. Responsabilidade Civil/Carlos Roberto Gonçalves. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2.010. Pág.51.

⁷³ Idem. Pág.52.

⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. Volume 3: Responsabilidade Civil/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2.012. Pág.16.

⁷⁵ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2.007. Pág.116.

ante, isto é, o retorno ao estado anterior ao dano sofrido pela vítima do efeito danoso.

Trata-se do princípio da natureza humana, o de reagir ao mal injusto contra a pessoa, a família ou ao grupo social. Após diversos anos, surgiu a *Lex Aquilia* do Direito Romano, baseada na culpa. O ato ilícito era considerado um elemento autônomo, desta forma, criou-se a concepção da responsabilidade extracontratual.⁷⁶

A *Lex Aquilia* determinou o princípio em que se pune pelos danos injustamente provocados, independente de relação obrigacional anteriormente convencionada. A partir deste momento se extrai a origem da responsabilidade extracontratual.⁷⁷

Ao estudarmos a responsabilidade civil, através da análise dos artigos 186, 187 e 927, do Código Civil, podemos pressupor quatro importantes elementos básicos: a conduta, o dano, o nexa causal, e a culpa.

No que diz respeito à conduta, Carlos Roberto Gonçalves⁷⁸ estabelece que ela pode ser positiva ou negativa, representando respectivamente, uma ação ou omissão. A conduta pode ser realizada por ato próprio, ato de terceiro que esteja sob sua responsabilidade, e pelos danos causados por coisas ou animais que estejam sob sua guarda.

Ocorre o dano quando a conduta do agente deverá repercutir em um resultado danoso, ou seja, deverá causar um prejuízo à esfera de interesse patrimonial ou mesmo moral das pessoas envolvidas neste efeito danoso. A vítima deve ter experimentado um prejuízo em virtude do ato realizado pelo agente ou pela sua omissão em fazer algo.⁷⁹

Importante ressaltar a necessidade da existência do nexa causal, para a configuração da responsabilidade civil. Deve existir uma relação, uma ligação, um nexa de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o resultado experimentado pela vítima do evento danoso. Se não houver uma relação entre a conduta e o resultado danoso não se poderá falar em responsabilidade civil,

⁷⁶ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2.007. Pág.117.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 4. Responsabilidade Civil/Carlos Roberto Gonçalves. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2.010. Pág.53.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.011. Pág.519.

em obrigação de indenizar. Deve-se levar em conta as excludentes da responsabilidade civil.⁸⁰

A responsabilidade civil refere-se à obrigação imposta a uma pessoa de ressarcir os danos que causou a outrem. O caso fortuito difere-se da força maior no sentido de que, o primeiro decorre de fatos humanos e o segundo decorre de forças da natureza. Entretanto, ambos afastam o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, ou seja, excluem a relação de causalidade. No caso fortuito e na força maior a imprevisibilidade ou inevitabilidade somada à ausência de culpa representam excludentes da responsabilidade civil.⁸¹

Por fim, podemos conceituar a culpa utilizando dos ensinamentos do ilustre doutrinador Pablo Stolze⁸², que estabelece que a culpa é a ação ou omissão praticada pelo agente gerando uma conduta culposa, ou seja, contrária à lei ou aos interesses sociais. A culpa poderá se manifestar em qualquer de suas modalidades: imprudência, negligência ou imperícia.

Para se verificar a responsabilidade civil há que estar presente todos os elementos, caso contrário não haverá responsabilidade civil e conseqüentemente não haverá o dever de indenizar. Lembrando que na responsabilidade objetiva necessita de todos os elementos acima elencados, com a exceção da culpa.⁸³

Assim, responderá pelo dano causado o agente, desde que tenha agido culposamente. Caso este agente não tenha culpa, não responderá pelo dano. Surge a responsabilidade subjetiva baseada na prova da culpa.⁸⁴

O atual contexto econômico e social não se adequou a esta espécie de responsabilidade. Assim, hoje, dificilmente é possível presumir a culpa ou o dolo de uma pessoa, pois são atitudes particulares.⁸⁵

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág.84.

⁸¹ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, v.4. Responsabilidade Civil. 20 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2.003. Pág.14.

⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. Volume 3: Responsabilidade Civil/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2.010. Pág.17.

⁸³ Idem. Pág.18.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 20. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2.007. Pág.18.

O Código de Defesa do Consumidor, desde 1.990, já consagrava a responsabilidade objetiva, de modo que nas relações de consumo, como regra, não é necessário demonstrar culpa do fornecedor para que haja o dever de indenizar. Esse tratamento representou um marco importante para o instituto da responsabilidade civil.⁸⁶

Importante ressaltar que o Código Civil compreende tanto a responsabilidade subjetiva como a objetiva, assim como, a sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor.⁸⁷

O Código Civil, nos dias atuais, adota tanto a responsabilidade subjetiva, como a objetiva. Isto porque o *caput* do artigo 927, do Código Civil, exige a demonstração do elemento culpa para que surja o dever de indenizar, enquanto o parágrafo único desse mesmo artigo o dispensa.

Na concepção de José de Aguiar Dias:

Não nos restam dúvidas de que a adoção desta nova sistemática de tratamento da responsabilidade civil é fruto de uma evolução notável. Afasta-se, sobretudo, da sistemática anteriormente acolhida pela legislação privada, onde a regra predominante assentava-se na responsabilidade subjetiva (repousando, pois na culpa do agente) e, na dicotomia: responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.⁸⁸

O grande doutrinador José de Aguiar Dias, considerado um dos maiores defensores da responsabilidade objetiva para o direito brasileiro, há muitos anos atrás ditava que era necessária uma modificação nos fundamentos da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, sempre se adotou a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. A responsabilidade contratual resulta do não cumprimento de uma determinação prevista em um contrato anteriormente estipulado entre as partes. A responsabilidade extracontratual ou aquiliana deriva de um ato ilícito, através da violação a um dever geral não prejudicar ninguém, correspondente a uma norma de conduta.⁸⁹

⁸⁶ Idem. Pág.19.

⁸⁷ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. Proteção ao Consumidor – Conceito e Extensão. vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004. Pág.138.

⁸⁸ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol.1 e vol.2. Pág.23.

⁸⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v.4. Responsabilidade Civil. 20 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2.003. Pág.15.

Note-se que havendo uma relação contratual e um dos contraentes não cumprir a sua obrigação, o outro contraente poderá exigir pela via judicial o seu cumprimento. Também poderá ser interposta a ação quando ocorrer a mora do devedor, prejudicando o credor, nestes casos, judicialmente poderá ser concedido o ressarcimento das perdas e danos ao credor que sofreu o prejuízo.⁹⁰

É de se ver que, caso não seja cumprido o contrato, este poderá ser dirimido pela via indireta, isto é, judicialmente. Já a responsabilidade referente à equivalência da própria prestação, é a chamada indenização compensatória.⁹¹

O artigo 392 do Código Civil nos fornece uma noção de culpa através da graduação da responsabilidade. Basta o credor reclamar o não cumprimento da obrigação para caracterizar o dever de indenizar. Somente o caso fortuito e a força maior, se devidamente provadas exoneram o devedor do pagamento da indenização pelo não cumprimento da obrigação contratual.⁹²

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

A responsabilidade civil, enquanto fenômeno jurídico decorrente da convivência conflituosa do homem em sociedade, é, na sua essência, um conceito uno, incindível.⁹³

Entretanto, em função de algumas peculiaridades dogmáticas, faz-se necessário estabelecer uma classificação sistemática, tomando por base

⁹⁰ MARTINS, Fran. Responsabilidade Civil no Atual Código Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.010. Pág.27.

⁹¹ Idem. Pág.28.

⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.011. Pág.525.

⁹³ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. Volume 3: Responsabilidade Civil/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2.012. Pág.56.

justamente a questão da culpa e, depois disso, a natureza da norma jurídica violada.⁹⁴

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo. Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência.⁹⁵ Através das palavras de Pablo Stolze Gagliano, podemos concluir que a obrigação de indenizar é a consequência juridicamente lógica do ato ilícito.

A teoria clássica, também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando esta se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa (em sentido lato, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito) passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.⁹⁶

A responsabilidade subjetiva está ligada à ideia de culpa, seu principal pressuposto. O novo Código Civil, em seu artigo 186, manteve a responsabilização subjetiva como regra geral.⁹⁷

Caio Mário da Silva Pereira destaca:

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características. Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva exige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.⁹⁸

Para Caio Mário, o fundamento maior da responsabilidade civil está na culpa. Segundo o doutrinador é fato comprovado que a culpa não consegue

⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. Volume 3: Responsabilidade Civil/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2.012. Pág.57.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.011. Pág.521.

⁹⁷ Idem. Pág.522.

⁹⁸ Idem. Pág.520.

cobrir toda a gama dos danos ressarcíveis; mas é fato igualmente comprovado que, na sua grande maioria, os atos lesivos são causados pela conduta antijurídica do agente, por negligência ou por imprudência.

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu.

Nas palavras de Silvio Rodrigues⁹⁹, na responsabilidade civil subjetiva, a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente, de modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.

Todavia, há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele, mas sim por terceiro com quem mantém algum tipo de relação jurídica. Nesses casos, trata-se de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas sim presumido, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu.

Como observa Caio Mário da Silva Pereira:

Na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do ônus da prova. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional.¹⁰⁰

Ou seja, para Caio Mário, a tese da presunção de culpa nada mais é que a presunção do comportamento culposo do causador do dano, devendo este

⁹⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v.4. Responsabilidade Civil. 20 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2.003. Pág.11.

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2.005, Pág.37.

demonstrar a ausência de culpa, em uma espécie de inversão do ônus probante, para se eximir do dever de indenizar.

Existem hipóteses em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de responsabilidade civil objetiva. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.¹⁰¹

Conforme dispõe Caio Mário¹⁰², as teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente. É de ressaltar que o movimento objetivista surgiu no final do século XIX, quando o Direito Civil passou a receber a influência da Escola Positiva Penal.

Ainda, Caio Mário da Silva Pereira destaca que:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou de investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.¹⁰³

Para este ilustre doutrinador, não carece da análise da culpa para se configurar, bastando apenas a existência da conduta humana, do dano e do nexo de causalidade. Embasa-se, dentre outras, na teoria do risco, pela qual toda pessoa que exerce alguma atividade que gera risco de dano a terceiros, se o dano for ocorrido, deve ser reparado, mesmo que não haja concorrido com culpa.

Diz Carlos Roberto Gonçalves:

¹⁰¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. Volume 3: Responsabilidade Civil/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2.012. Pág.56.

¹⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2.005. Pág.35.

¹⁰³ Idem. Pág.36.

A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*, isto é, que auferes os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos ou riscos), ora mais genericamente, como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo, em razão de uma atividade perigosa, ora, ainda, como “risco profissional”, decorrente da atividade ou profissão do lesado, como ocorre nos acidentes de trabalho.¹⁰⁴

Para Gonçalves, a teoria que busca justificar a responsabilidade civil objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros, e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Por exemplo, em razão do crescimento da indústria e com a mecanização da produção, grande foi o número de acidentes de trabalho, sendo que o operário não tinha nenhum amparo. Mesmo após o acidente, a situação do trabalhador era de desamparo, porque não havia meios para provar a culpa do empregador. Foi quando os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais atendia à demanda surgida com a transformação social, principalmente ante o pesado ônus da prova que recaía sobre os trabalhadores.¹⁰⁵

Assim, em final do século XIX, destacam-se os trabalhos dos juristas Raymond Saleilles e Louis Josserand, que, buscando um fundamento para a responsabilidade objetiva, desenvolveram a teoria do risco.¹⁰⁶

Segundo Maria Helena Diniz:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibionus; ubi comoda, ibi incommoda*).¹⁰⁷

¹⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 4. Responsabilidade Civil/Carlos Roberto Gonçalves. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2.010. Pág.49.

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v.7. São Paulo: Editora Saraiva, 2.004, Pág.46.

¹⁰⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. Volume 3: Responsabilidade Civil/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2.012. Pág.58.

¹⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v.7. São Paulo: Editora Saraiva, 2.004, Pág.48.

A ideia é de que o fundamento desta responsabilidade está na atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros. São da mesma autora os exemplos das atividades destinadas à produção de energia elétrica ou de exploração de minas; à instalação de fios elétricos, telefônicos e telegráficos; ao transporte aéreo, marítimo e terrestre, à construção e edificação de grande porte.

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

A responsabilidade contratual se origina da inexecução contratual, podendo ser de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação.¹⁰⁸

É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. Deste modo a responsabilidade civil contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista é imprescindível à preexistência de uma obrigação.¹⁰⁹

Na responsabilidade contratual, não precisa o contratante provar a culpa do inadimplente, para obter reparação das perdas e danos, basta provar o inadimplemento. O ônus da prova, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou presença de qualquer excludente do dever de indenizar.¹¹⁰

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág.124.

¹⁰⁹ LOPES, Lissandra de Ávila. A responsabilidade pós-contratual no direito civil. *In*: Revista Eletrônica do Curso de Direito Da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, v.1, n.3. 2.006. Págs.44-54. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2.2/index.php/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf>. Acesso em: 11 de outubro de 2.014.

¹¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. Volume 3: Responsabilidade Civil/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2.010. Pág.61.

Como estabelece Ricardo Pereira Lira¹¹¹, na relação jurídico-contratual, o contratante que não cumpriu com suas obrigações contratuais terá de indenizar o outro em virtude de sua inadimplência. E a obrigação de indenizar só aparece quando uma das partes contratantes não adimplir parte ou todo o contrato.

É sabido que a responsabilidade pode decorrer da lei ou do contrato. Segue dispondo Ricardo Pereira Lira:

O dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Neste último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade. Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos. Se a transgressão é pertinente a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.¹¹²

O efeito principal, portanto, de ambas as responsabilidades é a obrigação de indenizar a vítima. O que as diferencia é o ônus da prova. Na responsabilidade extracontratual, incumbe à vítima ou queixoso demonstrar os seus requisitos caracterizadores, quais sejam a existência do dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima.¹¹³

Na responsabilidade contratual, por sua vez, a incumbência de provar que não houve descumprimento das cláusulas contratuais é do agente causador do inadimplemento contratual.¹¹⁴

Comentando as fontes das obrigações, de acordo com a teoria dualista pautada em lei ou contrato como elementos geradores, Caio Mário da Silva Pereira assim se posiciona:

¹¹¹ LYRA, Ricardo Pereira, apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Malheiros, 2004. Pág.38.

¹¹² Idem. Pág.37.

¹¹³ Idem. Pág.38.

¹¹⁴ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.004, vol.1 e vol.2. Pág.29.

Diante destas considerações, podemos mencionar duas fontes obrigacionais, tendo em vista a preponderância de um ou de outro fator: uma, em que a força geratriz imediata é a vontade: outra, em que é a lei. Não seria certo dizer que existem obrigações que nascem somente da lei, nem que as há oriundas da só vontade. Em ambas trabalha o fato humano, em ambas atua o ordenamento jurídico, e, se de nada valeria a emissão volitiva sem a lei, também de nada importaria esta sem uma participação humana, para a criação do vínculo obrigacional. Quando, pois, nos referimos à lei como fonte, pretendemos mencionar aquelas a que o reus debendi é subordinado, independentemente de haver, neste sentido, feito uma declaração de vontade: são obrigações em que procede a lei, em conjugação com o fato humano, porém fato humano não volitivo. Quando, ao revés, falamos na vontade como fonte e discorremos de obrigações que provêm da vontade, não queremos significar a soberania desta ou sua independência da ordem legal, senão que há obrigações, em que o vínculo jurídico busca mediatamente sua explicação na lei, nas quais, entretanto, a razão próxima, imediata ou direta é a declaração de vontade.¹¹⁵

Assim, podemos concluir que muitas previsões legais e constitucionais serão verdadeiras cláusulas contratuais legais obrigatórias. Embora tenham nascimento na lei, não têm aplicação senão no bojo de uma relação contratual de emprego, daí por que o contrato é que será a fonte imediata das obrigações, sendo a lei fonte mediata, preponderando o caráter contratual sobre o legal.

Na responsabilidade extracontratual não há qualquer relação jurídica anterior entre o agente que causou o dano e a sua vítima. É a partir do ato lesivo do agente causador do dano que surgirá a faculdade da vítima de acionar a máquina judiciária na persecução de uma reparação civil.¹¹⁶

A princípio a responsabilidade extracontratual baseia-se na culpa, devendo o lesado provar para obter reparação que o agente agiu com imprudência, imperícia ou negligência. Mas poderá abranger ainda a responsabilidade sem culpa, baseada no risco. Duas são as modalidades de responsabilidade civil extracontratual quanto ao fundamento: a subjetiva, se fundada na culpa, e a objetiva, se liga ao risco.¹¹⁷

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.011. Pág.523.

¹¹⁶ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.004, vol.1 e vol.2. Pág.30.

¹¹⁷ MARTINS, Fran. Responsabilidade Civil no Atual Código Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.010. Pág.23.

Uma outra questão de alta relevância, que desde o início de impõe, é a da distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, uma vez que uma pessoa pode causar prejuízo a outra tanto por descumprir uma obrigação contratual, como por praticar outra espécie de ato ilícito. De modo que, ao menos aparentemente, existe uma responsabilidade contratual, diversa da responsabilidade extracontratual, também chamada aquiliana.¹¹⁸

Na hipótese de responsabilidade contratual, ante de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; já na hipótese da responsabilidade extracontratual, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.¹¹⁹

Muitos entendem que as duas responsabilidades são de igual natureza, não havendo por que discipliná-las separadamente. E, de fato, tanto na configuração da responsabilidade contratual como na da aquiliana vários pressupostos são comuns. Ambas as responsabilidades carecem da existência do dano, a culpa do agente e a relação de causalidade entre o comportamento de agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo outro contratante.¹²⁰

Pablo Stolze ensina que para que seja caracterizada a responsabilidade civil contratual, faz-se necessário que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual uma violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na culpa aquiliana, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.¹²¹

Justamente por essa circunstância é que, na responsabilidade civil extracontratual, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na

¹¹⁸ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v.4. Responsabilidade Civil. 20 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2.003. Pág.08.

¹¹⁹ Idem. Pág.09.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. Volume 3: Responsabilidade Civil/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2.012. Pág.62.

responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor ônus de provar, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade.

Como observa o ilustrado Sérgio Cavalieri Filho:

Essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva, embora contratual, será fundada na culpa provada.¹²²

Cavalieri Filho dispõe que a presunção de culpa não está relacionada unicamente com a responsabilidade civil contratual, ocorre é que precisamos analisar o contrato para extrair qual é a obrigação assumida. A culpa presumida e a responsabilidade civil objetiva, está diretamente ligada à promessa de alcance de um determinado resultado.

Outro elemento de diferenciação entre as duas espécies de responsabilidade civil refere-se à capacidade do agente causador do dano. Carlos Roberto Gonçalves,¹²³ entende que a capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade simplesmente contratual, sendo mais ampla no campo da responsabilidade extracontratual. A convenção exige agentes plenamente capazes ao tempo de sua celebração, sob pena de nulidade e de não produzir efeitos indenizatórios.

2.4 A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A cláusula de não indenizar, refere-se basicamente à esfera contratual, onde os riscos do efeito danoso são transferidos para a vítima. De fato, seria,

¹²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2.010. Pág.198.

¹²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 4. Responsabilidade Civil/Carlos Roberto Gonçalves. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2.010. Pág.47.

como de fato é, inviável a incidência dessa cláusula no âmbito da responsabilidade aquiliana.¹²⁴

Estabelece Leticia Marquez de Avelar que:

A cláusula de não indenizar somente exclui os riscos naturais da coisa, mas não exclui o ato ilícito ou delitual. Sob o ponto de vista das normas que regulam a responsabilidade civil, bem como as relações jurídico-negociais entre os sujeitos de um contrato, a cláusula de não indenizar, numa visão das relações contratuais estipuladas de forma escrita ou não pelas partes, discute-se sobre a sua validade.¹²⁵

Ou seja, a cláusula de não indenizar exclui apenas os riscos naturais da coisa, e não o ato ilícito, deste modo pode-se discutir sua validade no âmbito da responsabilidade civil contratual.

Na concepção de Rogério Marrone de Castro Sampaio:

As cláusulas excludente de responsabilidade está adstrita ao campo da responsabilidade civil contratual e consiste na estipulação, inserida no contrato, por meio da qual uma das partes declara, com a anuência da outra, que não será responsável pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento, absoluto ou relativo, da obrigação ali contraída. Transferem-se, por dispositivo contratual, os riscos para a vítima.¹²⁶

Segundo Sampaio, a responsabilidade civil contratual advinda da má execução de um contrato subsiste, mas por força de estipulação entre as partes, ocorre uma escusa do dever de indenizar por uma das partes, com a anuência da outra.

A Cláusula de não indenizar corresponde a uma cláusula limitativa de responsabilidade. Diz respeito basicamente à esfera contratual. Trata-se da cláusula pela qual uma das partes contratantes declara que não será responsável por danos emergentes do contrato, como por exemplo, seu inadimplemento total ou parcial.¹²⁷

¹²⁴ ROSAS, Roberto. Validade das cláusulas de não responsabilidade ou limitativas de responsabilidade. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.479, 1.975. Pág.11.

¹²⁵ AVELAR, Leticia Marquez de. A Clausula de não indenizar. São Paulo: Juruá Editora. 1. Ed. 2012. Pág.86.

¹²⁶ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Direito Civil – Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2000, Série Fundamentos Jurídicos. Pág.34.

¹²⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v.4. Responsabilidade Civil. 20 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2.003. Pág.181.

A cláusula limitativa do dever de indenizar que, geralmente, está presente em contratos, afasta a responsabilidade civil. Entretanto, discute-se na doutrina e na jurisprudência sobre sua legitimidade.¹²⁸

Tal como observa Fábio Henrique Peres¹²⁹, o tema em análise leva em consideração uma estipulação contratual da qual impossibilita, exonera ou atenua eventual obrigação de indenizar prevista no código de defesa do consumidor e no direito comum.

Segue dizendo Peres, que as cláusulas limitativas do dever de indenizar:

(...) permitir que uma das partes do contrato se subtraia das consequências patrimoniais que adviriam em virtude de um fato de responsabilidade a ela atribuível. Trata-se de declaração de vontade expressa para modificar os efeitos legais que se produziriam na ausência dessa estipulação.¹³⁰

A cláusula de não indenizar é ajustada pelas partes com o intuito de modificar o risco da relação contratual, uma vez que transferindo os riscos da relação contratual para a parte adversa, o contrato se torna mais fácil de ocorrer, e as garantias são mais amplas se previamente ajustadas.¹³¹

¹²⁸ PERES, Fábio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2.009. Pág.122.

¹²⁹ Idem. Pág.124.

¹³⁰ Idem. Pág.126.

¹³¹ Ibidem.

3. A INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NOS CONTRATOS

3.1 MARCO DOUTRINÁRIO

Na doutrina existem diversas posições a cerca da aplicabilidade da cláusula de não indenizar nos contratos. Algumas posições utilizam do sentido de proibi-las inteira ou parcialmente, ou permiti-las totalmente ou sob algumas restrições.

Deste modo, encontramos posições em ambos os lados, conforme o entendimento individual dos doutrinadores, cabendo a nós analisarmos a posição de cada um deles a respeito da aplicabilidade da cláusula de não indenizar e todos os argumentos para a defesa de suas teses.

Iniciando a análise da doutrina, podemos encontrar as sábias palavras de Fábio Henrique Peres:

A livre contratação das cláusulas limitativas do dever de indenizar limita-se conforme o estipulado no artigo 115 do Código Civil, onde estabelece que são lícitas as cláusulas que não forem vedadas pela lei. Entre elas é proibida as que privarem de todo o ato ou as que se sujeitarem ao arbítrio de uma das partes. Tal cláusula tem controvertida sua aceitação, muito se discute sobre sua validade. A grande controvérsia que enseja o tema é a respeito de sua legitimidade, sendo que as posições radicais consistem em proibi-la inteiramente, ou admiti-la sem restrições.¹³²

Nas palavras de Fábio Henrique Peres, a cláusula de não indenizar vai encontrar será livremente acordada tendo em vista que o atual Código Civil não possui nenhuma proibição de cláusulas que não forem vedadas por lei. No entanto o doutrinador ressalva a controvérsia de sua aplicação uma vez que parte da doutrina tende a proibi-la inteiramente ou aceitá-la sem restrições.

Segue Letícia Marquez de Avelar, defendendo a inaplicabilidade da cláusula de não indenizar:

Para os que a proíbem, fundam-se na tese de que tal cláusula, uma vez admitindo que um dos contratantes se exima do dever de reparar o dano, principalmente quando advindo de sua própria inadimplência, é contrária ao interesse social. Entendem alguns autores ser imoral exonerar-se antecipadamente da obrigação decorrente de má execução do contrato.¹³³

¹³² PERES, Fábio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2.009. Pág.156.

¹³³ AVELAR, Leticia Marquez de. A Cláusula de não indenizar. São Paulo: Juruá Editora. 1. Ed. 2012. Pág.67.

Ou seja, Letícia Marquez de Avelar estabelece que as cláusulas que excluem ou que limitam o dever de indenizar são contrárias ao interesse social. Estabelece ainda que estas cláusulas que exonerem a obrigação de indenizar decorrente da má execução de contratos são imorais.

Na concepção de Daniel Ustárroz:

Nosso direito não simpatiza com a cláusula de não indenizar. O Decreto n.2.681, de 1912, considera nulas quaisquer cláusulas que tenham por objetivo a diminuição da responsabilidade das estradas de ferro. E o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-09-1990), que se aplica atualmente a mais ou menos 80% dos contratos, não admite a sua estipulação nas relações de consumo. Com efeito, em seu art. 24 o aludido diploma diz que é 'vedada a exoneração contratual do fornecedor'. E, no art. 25, proclama: 'É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores'. Não bastasse, em seu artigo. 51, ao tratar das cláusulas abusivas, considera nulas de pleno direito as cláusulas que 'impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos'. Mesmo no restrito campo dos contratos não regidos pelo Código de Defesa do Consumidor várias limitações são impostas à referida cláusula.¹³⁴

O ilustre doutrinador Daniel Ustárroz trás em seus dizeres que a cláusula de não indenizar vem sofrendo muitas restrições, em diversas leis no ordenamento jurídico brasileiro. O autor exemplifica a abolição das cláusulas limitativas do dever de indenizar em contratos de consumo, bem como nos contratos de transporte.

Por outro lado, existem teses a favor da aplicabilidade da cláusula de não indenizar nos contratos. O ilustre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves ao tratar das cláusulas limitativas do dever de indenizar, entende que:

Muito se discute a respeito da validade de tal tipo de cláusula. Para alguns, seria uma cláusula imoral, porque contrária ao interesse social, vedando-a acima de tudo nos contratos de adesão, visando proteger a parte economicamente mais fraca. Outros, entretanto, defendem-na estribados no princípio da autonomia da vontade: as partes são livres para contratar, desde que o objeto do contrato seja lícito. A sua validade dependerá da observância de alguns requisitos, quais sejam: a) Bilateralidade de consentimento (...); b) Não colisão com preceito de ordem pública (...); c) Igualdade de posição das partes (...); d) Inexistência do escopo de eximir o dolo ou a culpa

¹³⁴ USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade Contratual. 2. ed. ver., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. Pág.213.

grave do estipulante (...); e) Ausência da intenção de afastar obrigação inerente à função (...).¹³⁵

Podemos concluir dos dizeres de Gonçalves, que o ilustre doutrinador admite a aplicabilidade da cláusula de não indenizar nos contratos desde que sejam observados certos requisitos, como a bilateralidade de consentimento; a não colisão com preceito de ordem pública; a igualdade de posição das partes; a inexistência do escopo de eximir o dolo ou a culpa grave do estipulante; e a ausência da intenção de afastar obrigação inerente à função.

No que diz sobre a aplicabilidade da Cláusula de Não Indenizar, Fábio Henrique Peres¹³⁶ reforça que enquanto risco, e enquanto risco da atividade econômica, a indenização do contrato é, portanto, um bem econômico que também pode ser negociado. Justamente por isso que parte da doutrina considera que as cláusulas de não indenizar são válidas exclusivamente nos contratos paritários, em que efetivamente se pode negociar em igualdade, sendo vedada nos demais contratos perante o direito brasileiro.

Sílvio de Salvo Venosa, afirma o seguinte:

Em tese, e sob regra de princípio geral, somente poder-se-ia admitir validade à cláusula de não indenizar, ou de indenizar mitigadamente, se se tratasse de contrato paritário, livremente discutido e negociado pelas partes, fora do âmbito consumerista. Não é, como sabemos, o que ocorre na prática. Somente por absoluta exceção é possível imaginar contrato de garagem com essas características.¹³⁷

Esse ilustre doutrinador é contra a aplicabilidade da cláusula de não indenizar em contratos regidos pelo código de defesa do consumidor. No entanto entende que em se tratando de contratos paritários pode ser admitida tendo em vista o estado de igualdade presente entre as partes.

O renomado doutrinador José de Aguiar Dias estabelece que:

Em nosso direito, não há cogitar de tais princípios. A cláusula de irresponsabilidade não pode ser convencionada senão quando se lhe não oponha um princípio de ordem pública. E, no transporte aéreo, a incolumidade do passageiro é digna dessa proteção. Aliás, fundando-se a responsabilidade do transportador aéreo na presunção de culpa,

¹³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 4. Responsabilidade Civil/Carlos Roberto Gonçalves. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2.010. Pág.102.

¹³⁶ PERES, Fábio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2.009. Pág.137.

¹³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos / Sílvio de Salvo Venosa. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2.011. Pág.84.

fica de todo afastada a possibilidade de cláusula exonerativa, que seria contrária àquelas normas de ordem pública.¹³⁸

Este ilustre doutrinador defende a corrente da inaplicabilidade da cláusula de não indenizar, entretanto, a excetua na hipótese da responsabilidade do transportador aéreo, porque a culpa neste caso é presumida.

Ainda dispõe o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

A cláusula de não indenizar com as limitações que serão a seguir mencionadas, e que, em sua maioria, representam corretivos ao princípio da autonomia da vontade, não fere a ordem pública e pode, a meu ver, ser admitida. O primeiro requisito de sua validade é a bilateralidade do consentimento. Isso significa que não pode uma das partes fugir à responsabilidade pela mera declaração unilateral de sua vontade, sem a concordância da outra. Ou seja, a estipulação de irresponsabilidade não pode colidir com preceito cogente de lei, com a ordem pública e com os bons costumes. Tendo em vista tal consideração, é unânime a entendimento de que a cláusula de não indenizar não pode eximir dolo do estipulante.¹³⁹

Sucintamente, a doutrina entende que a cláusula de não indenizar deve ser admitida com restrições, tendo em vista o fundamento do princípio da autonomia da vontade, pois sendo as partes capazes e o objeto lícito, as partes poderão contratar sobre todos os assuntos que entenderem merecedores de tal tratamento.

3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A cláusula de não indenizar têm encontrado certos obstáculos quanto à sua aplicação no território Brasileiro. A jurisprudência não tem analisado de forma profunda a natureza dessa cláusula, muito embora tenda a considerar tal cláusula nula de pleno direito.

Já a doutrina, por outro lado, tem falado muito pouco a respeito do tema e o Código Civil nunca regulou de forma eficaz a matéria expressamente. Dentro desse cenário, o trabalho de pesquisa tem por objetivo verificar quais

¹³⁸ AGUIAR DIAS, José de. Cláusula de não indenizar. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.980. Pág.69.

¹³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 4. Responsabilidade Civil/Carlos Roberto Gonçalves. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2.010. Pág.99.

seriam as possíveis fundamentações de aplicação da cláusula limitativa do dever de indenizar.

Nas palavras de Leticia Marquez de Avelar¹⁴⁰, o direito brasileiro não veda nem proíbe, tampouco retira a validade das cláusulas de não indenizar. A cláusula de não indenizar obedece ao regime jurídico de qualquer outra cláusula de natureza civil, obedece aos requisitos gerais de validade das obrigações e do negócio jurídico e não deve ofender a ordem pública ou os bons costumes.

A jurisprudência, por sua vez, vem adotando posições contraditórias. Embora não sejam muitos os julgados sobre a cláusula de não indenizar nos contratos exclusivamente paritários, ora a conclusão é contra, ora a favor de sua aplicação.

Para a análise feita aqui, foram pesquisados julgados em alguns Tribunais Estaduais brasileiros e no Superior Tribunal de Justiça. Somente foram encontrados resultados específicos relacionados a contratos meramente paritários nos estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

A primeira conclusão sobre os julgados analisados é que poucos se preocupam em definir a natureza da cláusula de não indenizar antes de proferirem a decisão. Alguns dos julgados se limitam a dizer que a cláusula é inválida quando não tiver ciência inequívoca de sua existência.

PROCESSUAL CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL – EXTRAVIO DE ENCOMENDA ENVIADA POR SEDEX - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – CONTEÚDO NÃO DECLARADO – CLAÚSULA LIMITATIVA DE INDENIZAÇÃO - NECESSIDADE DE CIÊNCIA INEQUÍVOCA AO CONTRATANTE - PROVAS SUFICIENTES A ENSEJAR CONDENAÇÃO – SENTENÇA CONFIRMADA. 1.Não pode ser oponível ao contratante lesado a cláusula limitativa de indenização se este não tem ciência inequívoca de tal cláusula e, em consequência do inadimplemento contratual, tem prejuízos superiores àqueles estipulados pela parte inadimplente. 2.As provas carreadas aos autos demonstram a veracidade dos fatos narrados pela Apelada, corroborando as suas alegações quanto ao real conteúdo da encomenda e, por tal razão, deve ser reembolsada dos alegados prejuízos sofridos. 3.Apelação improvida, à unanimidade.

¹⁴⁰ AVELAR, Leticia Marquez de. A Clausula de não indenizar. São Paulo: Juruá Editora. 1. Ed. 2012. Pág.37.

(TRF-2 - AC: 87955 95.02.20627-4, Relator: Desembargador Federal FRANCA NETO, Data de Julgamento: 25/06/2002, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data: 06/09/2002 – Página: 447)

Outros a indicam como não escrita, mas igualmente sem justificativa teórica: "Qualquer cláusula contratual em sentido contrário haveria de ser tida por não escrita eis que corresponderia a uma cláusula de não indenizar, vedada pelo nosso direito."¹⁴¹

Alguns, no entanto, fazem um estudo mais aprofundado, mas que levam, surpreendentemente, a decisões antagônicas. Assim, por exemplo, ao decidir a questão sobre um contrato de distribuição de produtos de informática, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu a cláusula de não indenizar como inoperante ao concluir que uma cláusula desse tipo proíbe que uma das partes vá ao Poder Judiciário diante do inadimplemento da parte contrária, o que violaria, frontalmente, a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional. Para esse mesmo julgado, só é válida uma cláusula que se refira a uma indenização específica, mas que não impeça, nunca, eventual discussão sobre a inadimplência contratual.¹⁴²

Já em uma outra oportunidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que “o valor de uma indenização envolvendo disputa por

¹⁴¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (27ª Câmara de Direito Privado). Apelação - Integração de Sentença - matéria passível de conhecimento e decisão pelo tribunal - princípio dispositivo - alegação de invalidade de cláusulas assumidas em razão de abuso de direito, impostas por uma das partes - cívico não comprovado - alegação de prejuízos oriundos da aplicação simples das cláusulas - princípio da autonomia privada - ausência de demonstração de ocorrência dos prejuízos - ilegalidade não verificada - resolução por fato previsto no contrato, em cláusula de não indeniza - fato não insólito, presente no horizonte de expectativa das partes - ausência de desigualdade ou de tratamento desigual - recurso não provido. Apelação n. 0046124-67.2002.8.26.0100. Relator: Desembargador Alfredo Attié. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5349111&v1Captcha=vzpbpb>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

¹⁴² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (3ª Câmara de Direito Privado). Cobrança. Indenização. Perdas e danos. Contrato de distribuição. Descumprimento por parte da ré de adendo ao contrato, que o prorrogava. Perdas e danos devidos, a serem apurados em liquidação. Aplicação da multa prevista na Lei nº 4.886/85, art. 7º. Exclusão, entretanto, dos danos morais por falta de comprovação do dano à personalidade. Recursos providos em parte. Apelação Cível n. 079.455-4/3. Relator: Desembargador Alfredo Migliore. J. em 10.08.99. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=9D999E86DC5F95AF03886424EB113DB6>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

inadimplemento contratual não poderia ser irrisório porque isso equivaleria a uma cláusula de não indenizar”.¹⁴³

Por outro lado, em uma discussão sobre locação comercial o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu diferentemente, ao citar os ensinamentos do ilustre doutrinador Aguiar Dias e concluir que a cláusula de não indenizar é legítima e não ofende a ordem pública. No mesmo sentido, também concluiu que, em se tratando de partes não hipossuficientes, a cláusula é perfeitamente válida.¹⁴⁴

O Superior Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por diversas vezes manifestou sua concordância com a aplicabilidade da cláusula de não indenizar. Em julgamento a Terceira Turma do STJ decidiu que “estabelecendo a Convenção cláusula de não indenizar, não há como impor a responsabilidade do condomínio, ainda que exista esquema de segurança e vigilância, que não desqualifica a força da regra livremente pactuada pelos condôminos.”¹⁴⁵

Segundo o ministro Carlos Alberto Menezes, não há conflito com a ordem pública caso os condôminos desejem estabelecer cláusula de não indenizar e ainda implantar um sistema de segurança. No entanto não caberá ao condomínio o dever de indenizar, pois entre os condôminos foi pactuada cláusula excludente do dever de indenizar nos casos de furto e roubo nas dependências do condomínio.¹⁴⁶

¹⁴³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (27ª Câmara de Direito Privado). Apelação - Integração de Sentença - matéria passível de conhecimento e decisão pelo tribunal - princípio dispositivo - alegação de invalidade de cláusulas assumidas em razão de abuso de direito, impostas por uma das partes - cívico não comprovado - alegação de prejuízos oriundos da aplicação simples das cláusulas - princípio da autonomia privada - ausência de demonstração de ocorrência dos prejuízos - ilegalidade não verificada - resolução por fato previsto no contrato, em cláusula de não indeniza - fato não insólito, presente no horizonte de expectativa das partes - ausência de desigualdade ou de tratamento desigual - recurso não provido. Apelação n. 0046124-67.2002.8.26.0100. Relator: Desembargador Alfredo Attié. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5349111&v1Captcha=vzpbpb>>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

¹⁴⁴ SÃO PAULO. Segundo Tribunal de Alçada Civil (9ª Câmara). Ação de Ressarcimento de dano. Locação em "outlet". Cláusula de não indenizar a favor da locadora em caso de incêndio que causaram danos à locatária. Validade. Apelação improvida. Apelação Cível 917963-60.1999.8.26.0000. Relator: Desembargador Eros Piceli. J. em 04.10.00. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2798432>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

¹⁴⁵ STJ. REsp 168346/SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 20/05/1999.

¹⁴⁶ Idem.

Por outro lado, a Colenda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao tratar da cláusula de não indenizar aplicada no contrato de condomínio, entendeu de forma divergente à decisão proferida pelo STJ do Estado de São Paulo:

CONDOMÍNIO – ‘CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR’ – POSSIBILIDADE. Para os condomínios não há qualquer restrição para que decidam convencionar a cláusula de não indenizar, eis que estão dispendo livremente no alcance do seu particular interesse, sem qualquer ofensa à ordem pública, aos bons costumes ou a preceito cogente de lei. A cláusula de não indenizar vincula os condomínios. (TJ-RJ – Ac. unân. Da 1ª Câm. Cív. Reg. Em 19-06-1.992 – Ap. 5.380/91 – Capital – Rel. Des. Carlos Alberto Menezes Direito – Condomínio do Edifício Solar da Marquesa e Guenter Henrique Ungerer vs. os mesmos). Silvio Rodrigues, citado no acórdão, adverte que ‘a cláusula de não indenizar deve ser admitida com restrições, na linha do anteprojeto do Código de Obrigações, de Caio Mário da Silva Pereira. Assim, a sua validade estaria subordinada à bilateralidade do consentimento; à inexistência de conflito com preceito cogente de lei, com a ordem pública e com os bons costumes; à impossibilidade de eximir o dolo do estipulante.

Segundo entendimento do Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Getúlio de Moraes Oliveira:

“Relevo, ainda, o que diz respeito à cláusula de não indenizar, ferramenta muito usual nos contratos empresariais, capaz de amenizar e até mesmo evitar os prejuízos que possam advir do negócio. Apesar da controvérsia em torno dessa cláusula, a jurisprudência vem admitindo a sua validade, já que as partes são livres para contratar, desde que presentes os requisitos para a formação de qualquer negócio jurídico”.

Getúlio de Moraes segue dizendo que a consolidação das cláusulas de não indenizar e limitativa de responsabilidade como instrumentos negociais à disposição das sociedades empresárias é tendência natural e resultante do complexo emaranhado de relações jurídicas oriundas do desenvolvimento econômico nacional.

Apesar da posição mais frequente em grande parte da jurisprudência ser a corrente que defende a validade da cláusula de não indenizar, neste trabalho é acolhida a posição da inadmissibilidade da cláusula de não indenizar no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em vista que esta cláusula limitativa do dever de indenizar confronta diretamente com os princípios basilares de direito contratual.

3.3 A INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NOS CONTRATOS

O trabalho de pesquisa busca uma análise da aplicação da cláusula de não indenizar nos contratos, confrontando esta cláusula com os princípios de direito civil e de direito constitucional, tentando dirimir as controvérsias sobre a legitimidade de sua aplicação na seara contratual.

A corrente da inadmissibilidade da cláusula de não indenizar é defendida pelos importantes argumentos a seguir expostos e devidamente fundamentados. No Direito Brasileiro. O tema cláusula de não indenizar enseja ampla controvérsia, doutrinária e jurisprudencial, a respeito de sua legitimidade, destacando posições no sentido de proibi-la inteiramente ou em partes, ou aceitá-la totalmente ou com restrições.

A corrente que admite a cláusula de não indenizar como uma cláusula contratual válida, defende o princípio da autonomia da vontade, isto é, as partes precisam ser capazes e o objeto deverá ser lícito para ser possível contratar a respeito de tudo o que lhes aprouver. Esta posição entende ainda que, além de lícita, a cláusula de não indenizar é, favorável ao interesse social, tendo em vista o motivo de reduzir os riscos do empreendimento, representando uma visível diminuição nos custos e um consequente desenvolvimento da atividade negocial.

A corrente que considera a cláusula de não indenizar como inaplicável, compreende que constitui uma estipulação contratual completamente oposta ao interesse social, por se tratar de uma cláusula onde um dos contratantes se exime da obrigação de reparar o dano resultante da inadimplência contratual. Deste modo somos levados a pensar que a liberdade contratual encontra limitação no princípio da ordem pública, entendendo-se que o interesse da sociedade deve prevalecer quando colide com o interesse individual.

O princípio da autonomia da vontade se limita pelo princípio da ordem pública, uma vez que a liberdade de contratar não pode provocar desequilíbrios e exploração do economicamente frágil. A cláusula de não indenizar contém dois requisitos essenciais: o consentimento bilateral e a não confrontação com

preceito contido em lei, ordem pública e os bons costumes. Ou seja a ordem pública é também uma cláusula geral, que está no nosso ordenamento, e que retira eficácia de qualquer declaração de vontade ofensiva da ordem pública.

Por outro lado, há uma corrente que sustenta a nulidade da cláusula de não indenizar, haja vista ser contrária ao interesse social, à função social do contrato, a boa fé objetiva, entre outros argumentos.

Os direitos também devem ser exercidos no limite ordenado pelos bons costumes, conceito que decorre da observância das normas de convivência, segundo um padrão de conduta social estabelecido pelos sentimentos morais da época. Em suma, a noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes constituem freios e limites à liberdade contratual.

Outros defensores desta tese consideram esta cláusula inaplicável, porque exonera uma pessoa antes mesmo de surgir uma obrigação decorrente da má execução do contrato. Importante ressaltar que a cláusula de não indenizar fomenta a negligência e a imprudência do contratante, por não ter que responder pelos efeitos desastrosos decorrentes do seu comportamento, de forma a não se preocupar em aperfeiçoá-lo.

Além destes entendimentos a cerca da inaplicabilidade da cláusula de não indenizar, existem posições intermediárias, tanto na doutrina como na jurisprudência. Estas correntes ora admitem a cláusula de não indenizar em alguns contratos ora negam em outros, ora admitem-na com maiores ou menores restrições. A jurisprudência negou eficácia à cláusula de não indenizar nos contratos de transporte, através da Súmula n.161, do Superior Tribunal Federal. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, inciso I, considera a referida cláusula abusiva e, desta forma, nula de pleno direito.

Alguns doutrinadores, já analisados em cada caso particular, admitem a cláusula de não indenizar somente existindo os seguintes requisitos: bilateralidade de consentimento, não contrariedade com a ordem pública e os bons costumes, igualdade de posições das partes, inexistência da finalidade de eximir o dolo ou a culpa do estipulante que, no tocante à integridade da vida e da saúde, exclui-se sempre a irresponsabilidade.

O tema cláusula de não indenizar, infelizmente, possui uma grande escassez legislativa específica disciplinando a sua aplicabilidade. Desta maneira, prevalecem divergências doutrinárias e jurisprudenciais, sendo fundamental um exame apurado das vantagens e prejuízos, tendo em vista todos os âmbitos de análise, a fim de se considerar uma ou outra corrente a fim de firmar posições a respeito do assunto em questão.

Trata-se aqui da tutela da corrente da inaplicabilidade da cláusula de não indenizar no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista conceitos e princípios pertinentes ao Direito Constitucional, Direito Civil e Responsabilidade Civil.

O fundamento da defesa da citada corrente resume-se, basicamente, de ser contrário ao interesse social se admitir uma estipulação através da qual um dos contratantes se exime da obrigação de reparar o dano resultante de sua inadimplência.

Trata-se de uma cláusula inaplicável porque privilegia uma parte exonerando-a da obrigação de responsabilizar o dano. Desta forma, não é possível defender a tese da aplicabilidade da cláusula de não indenizar, porque além de contrariar os princípios de Direito Civil, contraria ainda o princípio constitucional da igualdade entre as partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente trabalho de pesquisa, o que se pode concluir, é que há posições doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de se entender que a cláusula de não indenizar é válida quando for convencionada de forma expressa e livre, baseando-se no princípio da autonomia da vontade. No entanto, há uma outra corrente que sustenta a inaplicabilidade da cláusula de não indenizar, haja vista ser contrária ao interesse social, à função social do contrato, a boa fé objetiva.

Importante lembrar que a corrente que nega aplicabilidade e eficácia a toda e qualquer cláusula de não indenizar, a faz sob o argumento de contrariedade à ordem pública.

Como desde o início já se declarou, não se pretende, com as conclusões a que levou o estudo da matéria, esgotar o tema da cláusula de não indenizar nos contratos; o que se intenta é, apenas, contribuir para a busca de critérios para a aplicação da cláusula de não indenizar que sejam mais justos e adequados à atual realidade brasileira.

A finalidade principal do autor, neste estudo, foi simplesmente expor a matéria tratada de maneira a formar posições a respeito do tema, assim como tentar causar um interesse legislativo sobre a tutela do assunto abordado, tendo em vista a escassez de legislação sobre o assunto e a enorme controvérsia que esse fato acarreta.

O principal assunto abordado neste trabalho está disposto no Capítulo 03, isto é, as posições doutrinárias e jurisprudências existentes em relação à cláusula de não indenizar, de maneira bastante detalhada, contendo citações de ilustres doutrinadores, bem como a respectiva corrente tutelada por cada um deles.

O ápice do presente estudo verificou-se no resultado esperado pelo autor, ou seja, a defesa da tese da inaplicabilidade da cláusula de não indenizar nos contratos. Apesar do trabalho todo conter uma narrativa isenta da intensão de angariar adeptos a esta corrente, somente no final do citado

trabalho é que o autor defendeu a sua posição e também justificou de maneira a convencer os seus futuros leitores.

Urge aqui um pedido para que a legislação seja reformulada no sentido de conter o tema “a cláusula de não indenizar”, para que diminuam as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, que atualmente dominam a matéria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. Cláusula de não indenizar. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.980.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil — As obrigações e os contratos. *RT*, 775/24.

ALVES, Jones Figueirêdo. Novo Código Civil comentado, coord. de Ricardo Fiuza. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2.011.

AVELAR, Leticia Marquez de. A Clausula de não indenizar. São Paulo: Juruá Editora. 1. Ed. 2.012.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2.003.

BRASIL. Código Civil. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2.013.

CARLI, Vilma Maria Inocência. Teoria e direito das obrigações contratuais: uma nova visão das relações econômicas de acordo com os códigos civil e consumidor. Campinas: Bookseller, 2.005.

CARVALHO, Míriam Regina de. Direito do Consumidor Face à Nova Legislação. São Paulo: Editora de Direito, 2.008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2.010.

CRUZ E TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Revista do Advogado. São Paulo/SP, ano XXII, n.68, Dezembro-2.002.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais / Maria Helena Diniz. 23 ed. Ver. E atual. de acordo com a Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2.007.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. Proteção ao Consumidor – Conceito e Extensão. vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. Volume 3: Responsabilidade Civil/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2.012.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Função social do contrato. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2.009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2.011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord). Direito Contratual: temas atuais. São Paulo: Método, 2.007.

LOPES, Lissandra de Ávila. A responsabilidade pós-contratual no direito civil. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito Da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, v.1, n.3. 2.006. Págs.44-54. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2.2/index.php/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf>. Acesso em: 11 de outubro de 2.014.

LYRA, Ricardo Pereira, apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Malheiros, 2.004.

MARTINS, Fran. Responsabilidade Civil no Atual Código Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.010.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil - Apontamentos gerais. In: Franciulli Netto, Domingos; Mendes, Gilmar Ferreira; Martins Filho, Ives Gandra da Silva (Coord.). O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2.003.

NETO, Gilberto Alves da Silva Dolabela. Validade das cláusulas excludentes de responsabilidade contratual. Jus Navegandi, Teresina, ano 16, n. 2787, 17 fev. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18510>. Acesso em: 27 de setembro de 2.014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Contratos. Volume III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.012.

PERES, Fábio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2.009.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v.4. Responsabilidade Civil. 20 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2.003.

ROSAS, Roberto. Validade das cláusulas de não responsabilidade ou limitativas de responsabilidade. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.479, 1.975.

ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2.007.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Direito Civil – Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2000, Série Fundamentos Jurídicos.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (27ª Câmara de Direito Privado). Apelação - Integração de Sentença - matéria passível de conhecimento e decisão pelo tribunal - princípio dispositivo - alegação de invalidade de cláusulas assumidas em razão de abuso de direito, impostas por uma das partes - cívico não comprovado - alegação de prejuízos oriundos da

aplicação simples das cláusulas - princípio da autonomia privada - ausência de demonstração de ocorrência dos prejuízos - ilegalidade não verificada - resolução por fato previsto no contrato, em cláusula de não indeniza - fato não insólito, presente no horizonte de expectativa das partes - ausência de desigualdade ou de tratamento desigual - recurso não provido. Apelação n.0046124-67.2002.8.26.0100. Relator: Desembargador Alfredo Attié. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5349111&v1Captcha=vzpb>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (3ª Câmara de Direito Privado). Cobrança. Indenização. Perdas e danos. Contrato de distribuição. Descumprimento por parte da ré de adendo ao contrato, que o prorrogava. Perdas e danos devidos, a serem apurados em liquidação. Aplicação da multa prevista na Lei nº 4.886/85, art. 7º. Exclusão, entretanto, dos danos morais por falta de comprovação do dano à personalidade. Recursos providos em parte. Apelação Cível n. 079.455-4/3. Relator: Desembargador Alfredo Migliore. J. em 10.08.99. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=9D999E86DC5F95AF03886424EB113DB6>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (27ª Câmara de Direito Privado). Apelação - Integração de Sentença - matéria passível de conhecimento e decisão pelo tribunal - princípio dispositivo - alegação de invalidade de cláusulas assumidas em razão de abuso de direito, impostas por uma das partes - cívico não comprovado - alegação de prejuízos oriundos da aplicação simples das cláusulas - princípio da autonomia privada - ausência de demonstração de ocorrência dos prejuízos - ilegalidade não verificada - resolução por fato previsto no contrato, em cláusula de não indeniza - fato não insólito, presente no horizonte de expectativa das partes - ausência de desigualdade ou de tratamento desigual - recurso não provido. Apelação n. 0046124-67.2002.8.26.0100. Relator: Desembargador Alfredo Attié. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5349111&v1Captcha=vzpb>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

SÃO PAULO. Segundo Tribunal de Alçada Civil (9ª Câmara). Ação de Ressarcimento de dano. Locação em "outlet". Cláusula de não indenizar a favor da locadora em caso de incêndio que causaram danos á locatária. Validade. Apelação improvida. Apelação Cível 917963-60.1999.8.26.0000. Relator: Desembargador Eros Piceli. J. em 04.10.00. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2798432>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

SILVEIRA, Josete. Da Validade da Cláusula de Não Indenizar. Dissertação de Mestrado – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente - São Paulo, 2.010.

STJ. REsp 168346/SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 20/05/1999.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2.007.

USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade Contratual. 2. ed. ver., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2.007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos / Sílvio de Salvo Venosa. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2.011.