

INSPER
PROGRAMA DE ENSINO

RAMON ABREU DE LIMA

A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR E SEUS REQUISITOS DE VALIDADE NA RELAÇÃO CIVIL

SÃO PAULO
2016

RAMON ABREU DE LIMA

A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR E SEUS REQUISITOS DE VALIDADE NA RELAÇÃO CIVIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Pós-Graduação (LLM em Contratos), como parte dos requisitos para obtenção do título de pós-graduado em Direito no Insper, na área de Direito dos Contratos.

Orientador: Professor Rodrigo Fernandes Rebouças.

SÃO PAULO

2016

Lima, Ramon Abreu de.

A Cláusula de Não Indenizar e Seus Requisitos de Validade na Relação Civil.

Ramon Abreu de Lima. - São Paulo, 2016.

Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação) -
Insper, 2016

Orientador: Rodrigo Fernandes Rebouças

1. Direito Civil. 2. Responsabilidade Civil. 3. Excludentes de Responsabilidade. 4. Cláusula de Não Indenizar. I. Ramon Abreu de Lima. II. A Cláusula de Não Indenizar e Seus Requisitos de Validade na Relação Civil.

RAMON ABREU DE LIMA

A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR E SEUS REQUISITOS DE VALIDADE NA RELAÇÃO CIVIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Pós-Graduação (LLM em Contratos), como parte dos requisitos para obtenção do título de pós-graduado em Direito, na área de Direito dos Contratos, no Insper.

DATA DE APROVAÇÃO: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

PROF.

INSPER

PROF.

INSPER

PROF.

INSPER

À minha família, meu porto seguro.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho marca o término de mais uma etapa na minha vida. São os desafios que me fazem crescer diariamente e sou grato a cada uma das pessoas que de certa forma colaboram para a superação de todos os obstáculos que encontro.

Em especial, sou cada dia mais grato por ter sido abençoado com uma família maravilhosa que não cansa em me surpreender com tamanho suporte e afeto.

Agradeço aos professores do Insper pelas longas discussões jurídicas ao longo dos últimos dois anos, que trouxeram um tempero especial ao meu amor pelo Direito.

Por fim, meu “muito obrigado” à minha equipe “Demarestiana” pela convivência diária e por todo o suporte dado durante todo esse processo.

**O DIREITO SERVE À VIDA: É REGRAMENTO DA
VIDA. É CRIADO POR ELA E, DE CERTO MODO,
A CRIA. (PONTES DE MIRANDA)**

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo proporcionar uma visão geral dos requisitos de validade apontados pela doutrina para a cláusula de não indenizar. Esta monografia traz breves noções sobre responsabilidade civil, tanto no que tange à responsabilidade civil objetiva quanto à subjetiva, e diferencia a responsabilidade civil na esfera contratual daquela presente na esfera extracontratual (aquiliana). Ademais, trata de excludentes de responsabilidade civil presentes no ordenamento jurídico brasileiro, adentrando no tema da cláusula de não indenizar.

Palavras chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Excludentes de Responsabilidade. Cláusula de Não Indenizar.

ABSTRACT

The present essay has the scope of providing an overall view of the requirements indicated by the doctrine for the validity of the limitation of liability clause. This paper brings brief concepts on civil liability, both the strict liability and the subject liability, and contrasts the contractual civil liability from tort. Also, this article addresses the exclusion of liability institutes of the Brazilian legal system and then moves in to the limitation of liability clause.

Keywords: Civil Law. Civil Liability. Exclusion of Liability. Limitation of Liability Clause.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC/02 - Código Civil brasileiro de 2002

CDC - Código de Defesa do Consumidor

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
2.1	RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA.....	14
2.2	RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	17
3	EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE.....	21
3.1	ESTADO DE NECESSIDADE.....	22
3.2	LEGÍTIMA DEFESA E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO.....	23
3.3	CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.....	24
3.4	FATO DE TERCEIRO.....	25
3.5	CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.....	25
3.6	PRESCRIÇÃO.....	27
3.7	CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR.....	27
3.7.1	CONCEITO.....	27
3.7.2	DENOMINAÇÃO.....	29
4	A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR.....	30
4.1	VIOLAÇÃO DE NORMAS DE ORDEM PÚBLICA.....	31
4.2	DOLO OU CULPA GRAVE.....	32
4.3	LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM RELAÇÃO A OBRIGAÇÕES ESSENCIAIS.....	33
4.4	CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NOS CONTRATOS POR ADESÃO.....	34
5	CONCLUSÃO.....	36

1 INTRODUÇÃO

Apesar de as hipóteses de validade da cláusula de não indenizar ainda provocarem longas discussões nos dias de hoje, as origens do instituto remontam ao direito romano.

Segundo ensina José de Aguiar Dias, naquela época era permitido que se convencionasse afastar a responsabilidade e era facultado que o dispositivo fosse aplicado tanto no que tange à responsabilidade civil contratual, quanto extracontratual¹.

Permitia-se, ainda, a aplicação da cláusula de limitação de responsabilidade em matéria de delito, hipótese que hoje é afastada por boa parte da doutrina. Carlos Roberto Gonçalves, por exemplo, assevera que “não se admite cláusula de exoneração de responsabilidade em matéria delitual, pois seu domínio se restringe à responsabilidade contratual”².

Fato é que com a evolução das relações humanas, regular as causas e efeitos do cotidiano tem se tornado uma matéria cada vez mais complexa. Como veremos nos próximos capítulos, o próprio instituto da responsabilidade civil teve notório desenvolvimento desde a sua origem, sendo moldado ao longo do tempo conforme a necessidade das relações sociais.

Processo similar ocorreu com a cláusula de não indenizar. Não obstante algumas divergências doutrinárias - naturais ao estudo de qualquer matéria de direito, uma vez que não se trata de uma ciência exata - determinados limites à cláusula de não indenizar são amplamente apoiados, e se fazem necessários para garantir validade ao instituto, bem como sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro.

¹ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar**: chamada cláusula de irresponsabilidade. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 14.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, v.4. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 470.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de adentrarmos as discussões sobre a cláusula de não indenizar *per se*, faz-se necessário aclararmos o conceito de responsabilidade civil, o qual é intrinsecamente relacionado àquele instituto. Segundo Maria Helena Diniz, consiste “(n)a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato próprio do imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)”³.

Quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil, Francisco Amaral afirma ser de “sanção indireta de função preventiva e restauradora”⁴. De acordo com Amaral, é indireta pois, sendo impossível restaurar o status quo após ocorrido o evento danoso, a lei estabelece a reparação do prejuízo causado. O caráter preventivo, como de toda sanção, decorre de seu objetivo de garantir o respeito à lei. Por fim, trata-se de sanção restauradora vez que após a violação do preceito jurídico e configuração do dano o infrator se obriga a indenizar o lesado, sendo garantia de ressarcimento.

Como ensina Sílvio de Salvo Venosa, os elementos que caracterizam o dever de indenizar são a “ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e finalmente culpa”⁵.

É essencial que exista uma relação de causa e efeito entre o ato ou omissão do autor e o dano sofrido pela vítima, “porque só existe responsabilidade civil se houver nexos causal”⁶.

Como será explorado abaixo, nem sempre é exigido que haja culpa para que nasça o dever de indenizar.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, v.7. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 32 apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações. 1ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 273.

⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8ª ed. revista, modificada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 602.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 5.

⁶ AMARAL, op. Cit. p. 586.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

A responsabilidade civil objetiva mencionada por Maria Helena Diniz no trecho acima transcrito está preconizada no parágrafo único do artigo 927 do CC/02, que estabelece que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem”.

Tem-se hoje no Brasil um sistema de responsabilidade civil dualista e é a desnecessidade de comprovação de culpa do autor do dano que distingue a responsabilidade civil objetiva da responsabilidade civil subjetiva. Segundo Luiz Antonio Scavone Junior, a segunda “é chamada subjetiva exatamente em virtude da indagação acerca da atitude dolosa ou culposa do sujeito”⁷.

Confira-se abaixo lição de Sílvio de Salvo Venosa que, ao tratar dos elementos que configuram o dever de indenizar, remete às origens da responsabilidade objetiva:

Ao analisarmos especificamente a culpa, lembramos a tendência jurisprudencial cada vez mais marcante de alargar seu conceito, ou de dispensá-lo como requisito para o dever de indenizar. Surge, destarte, a noção de culpa presumida, sob o prisma do dever genérico de não prejudicar. Esse fundamento fez surgir a teoria da responsabilidade objetiva, presente na lei em várias oportunidades, que desconsidera a culpabilidade, ainda que não se confunda a culpa presumida com a responsabilidade objetiva. A insuficiência da fundamentação da teoria da culpabilidade levou à criação da teoria do risco, com vários matizes, que sustenta ser o sujeito responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano.⁸

Em sua obra, **Francisco Amaral** traz breve noção histórica sobre o desenvolvimento da responsabilidade civil até sua fase contemporânea, culminando na diferenciação entre a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva, e descreve que

[DA1] Comentário: P603

⁷ SCAVONE JÚNIOR, L. A. Causas e cláusulas de exclusão de responsabilidade civil. **Revista de Direito Privado**. v. 8/2001, p. 107-182, out. 2011.

⁸ VENOSA, 2009, p. 6.

a fase inicial deste fundamento, que nas palavras dele consiste na “razão por que alguém deve ser obrigado a reparar o dano causado a outrem, *era baseada na culpa e, posteriormente, no risco* de um dano, como consequência de certas atividades produtivas desenvolvidas pelo agente causador do prejuízo”⁹ (grifos do autor).

Amaral segue esclarecendo que o processo evolutivo da responsabilidade civil teve três fases. Nascido no direito romano, o instituto passou por sua idade moderna, resultando no Código Civil francês, e, finalmente a fase contemporânea.

De acordo com o autor, a fase do direito romano caracterizava-se justamente pela falta de um sistema de responsabilidade civil, a responsabilidade era coletiva (“as ofensas pessoais e patrimoniais reparavam-se com a vingança privada contra o ofensor ou seu grupo social”¹⁰), objetiva e penal. Posteriormente, o Estado começou a regular essas desavenças e estabelecer as indenizações devidas à vítima, que era obrigada a aceitar.

O início da intervenção do Estado nos conflitos particulares foi marcado pelo advento da Lei das XII Tábuas, que obrigou a vítima a renunciar à vingança e a aceitar a reparação, que tinha tanto um caráter de pena privada quanto de indenização civil, não se desvencilhando a responsabilidade penal da civil.

Entende-se que o direito romano vislumbrou um primeiro princípio geral norteador da responsabilidade apenas quando sobreveio a *Lex Aquilia* em meados de 286 a.C., pedra fundamental do estudo do instituto, que introduziu o elemento culpa como característica do delito.

Com relação à *Lex Aquilia*, confira-se abaixo breve narrativa de Sílvio de Salvo Venosa:

A *Lex Aquilia* foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Como os escravos eram considerados coisas, a lei também se aplicava na hipótese de danos ou morte deles. Punia-se por uma conduta que

⁹ AMARAL, 2014, p. 603.

¹⁰ AMARAL, 2014, 604.

viesses a ocasionar danos. A ideia de culpa é centralizadora nesse intuito de reparação.¹¹

Posteriormente, o estudo dos textos romanos sob a ótica da moral cristã trouxe a separação do aspecto penal e do aspecto civil e foi elaborado “o princípio clássico segundo o qual cada um deve responder pelos atos que praticar e que produzam um dano injusto a outrem”¹².

Descreve Amaral que, em sua fase moderna, a responsabilidade civil foi renovada pela concepção de um princípio de caráter jusnaturalista, trazido pelo jurista francês Domat, de que a responsabilidade civil é fundamentada na culpa, a negligência ou a imprudência.

Tal princípio veio a ser refletido no artigo 1.382 do Código Civil francês: “*Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*” (que traduz “qualquer fato humano que cause a outrem um dano obriga o culpado a repará-lo”), dando origem à noção de que a culpa, tipicamente consubstanciada no ato ilícito praticado fora de uma relação jurídica preexistente (ilícito contratual), é o fundamento da responsabilidade.¹³

Nesse contexto originou-se também a diferenciação entre a responsabilidade extracontratual (também denominada aquiliana, tendo em vista que a *Lex Aquilia* introduziu o elemento culpa como caracterizador do dever de indenizar) e a responsabilidade contratual, tendo em vista que ato ilícito era considerado aquele que atingia os direitos absolutos de terceiros, enquanto a violação de direitos relativos era tida como inadimplemento contratual.

Nota-se, portanto, que com a evolução histórica ocorrida, a responsabilidade civil, que inicialmente possuía natureza *coletiva, objetiva e penal*, torna-se *individual, subjetiva e civil*.

Por fim, em sua fase contemporânea, com a crescente complexidade nas relações humanas e desenvolvimento exponencial da indústria, o dever de indenizar pautado na culpa mostrou-se insuficiente e adveio “a concepção de que o dano deve ser indenizado independente da culpa do agente, ampliando-se os casos de

¹¹ VENOSA, 2009, p. 17.

¹² AMARAL, 2014, p. 604.

¹³ *Ibid.*, p. 605.

responsabilidade civil não decorrente de fato próprio do sujeito, mas proveniente do risco derivado de sua atividade econômica e produtiva¹⁴.

O autor finaliza sua breve narrativa histórica sobre o instituto afirmando que com o desenvolvimento do sistema de seguros contra danos, vivemos um processo de socialização da responsabilidade civil, pois o ônus da reparação desses danos é diluído entre os beneficiários das respectivas atividades econômicas que os geraram. Assim, como herança histórica dos avanços sociais, tem-se a classificação da responsabilidade civil em objetiva e subjetiva.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Ainda na esfera da responsabilidade civil, faz-se importante distinguir o conceito de responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual. Como descrito acima, tal distinção das responsabilidades tem origem no Código Civil francês sendo que a primeira “se situa no âmbito da inexecução obrigacional e a segunda está posicionada no inadimplemento normativo”¹⁵.

Assim exemplifica Álvaro Villaça Azevedo a diferença das duas espécies de responsabilidade civil:

Se A e B realizam um contrato qualquer, por este aqueles regulamentam seus interesses particulares, de tal forma que fazem do contrato verdadeira lei entre eles. As cláusulas contratuais devem ser, por eles, observadas, rigorosamente, sob pena de responsabilidade do que as descumprir (responsabilidade contratual).

Por outro lado, todos devemos respeitar o direito alheio, obedecer as normas, que regem nossa conduta. Qualquer inobservância de um preceito legal, por exemplo, acarreta responsabilidade ao transgressor. Aqui, a responsabilidade não se situa no âmbito contratual, daí chamar-se, como referido, responsabilidade extracontratual. Imaginemos que alguém quebre o vidro de uma

¹⁴ Ibid., p. 605.

¹⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações. 1ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 273.

vitrina, nenhum contrato preexistiu, senão uma obrigação de não lesar o próximo, contida na lei. Ante esse ato ilícito, a responsabilidade emerge.¹⁶

Tal distinção entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual é consagrada pelo Código Civil Brasileiro. O conceito de responsabilidade civil extracontratual está estabelecido no artigo 927 do CC/02 que determina que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A definição de ato ilícito fica por conta dos artigos 186 e 187 do mesmo diploma legal. Tais dispositivos estabelecem, respectivamente, que comete ato ilícito “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral” e “também (...) o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela fé ou pelos bons costumes”.

A responsabilidade civil contratual aparece no artigo 389 do CC/02 que prevê que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Venosa afirma que “a grande questão nessa matéria é saber se o ato danoso ocorreu em razão de uma obrigação preexistente, contrato ou negócio jurídico unilateral”. Fato é que nem sempre é tarefa fácil identificar a existência de contrato ou negócio jurídico “porque tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual por vezes se interpenetram e ontologicamente não são distintas: quem transgride um dever de conduta, com ou sem negócio jurídico, pode ser obrigado a ressarcir o dano”¹⁷.

Como exemplos de situações que podem gerar a dúvida sobre a existência ou não de relação contratual ou negocial, o doutrinador cita o transporte gratuito, o atendimento médico de urgência e até mesmo a responsabilidade oriunda de contrato nulo. Não obstante, assevera que a dúvida quanto à espécie da responsabilidade civil não deve ser interpretada como obstáculo ao dever de

¹⁶ Ibid. p. 273.

¹⁷ VENOSA, 2009, p. 20.

indenizar. “O dever violado será o ponto de partida, não importando se dentro ou fora de uma relação contratual.”

Nesse sentido vai também o entendimento de Amaral que afirma que “o efeito de ambas é a obrigação de indenizar, sendo elementos comuns o comportamento ilícito, a culpa, o dano e a relação de causalidade”¹⁸.

No que tange à distinção dos dois regimes, interessante a ponderação de Marcelo Benacchio no sentido de que “na responsabilidade civil extracontratual a vítima busca a recomposição da situação existente antes do dano (interesse negativo); já na responsabilidade civil contratual, a busca da vítima não tem por finalidade restabelecer seu patrimônio antes do incumprimento obrigacional, mas sim colocá-lo na situação que se verificaria se a obrigação tivesse sido cumprida (interesse positivo)”¹⁹.

Em outras palavras, na responsabilidade civil extracontratual a parte lesada não guarda qualquer relação contratual ou comercial com o agente e não possui expectativas quanto ao seu comportamento, exceto a de que o agente cumpra seu dever preexistente de não lesar ao próximo (como mencionado no exemplo de Villaça acima). Por outro lado, na responsabilidade civil contratual, existe uma relação prévia entre as partes e um compromisso de prestação obrigacional. Nessa hipótese, o que se frustra é a expectativa da vítima diante do inadimplemento do que foi convencionado, resultando no surgimento do dever de indenizar.

Cumpra fazer uma breve consideração acerca do inadimplemento contratual, o qual pode ser absoluto ou relativo (também denominado mora). O inadimplemento relativo consiste, segundo Marcelo Benacchio, “nas hipóteses em que a prestação, apesar de não cumprida no tempo, lugar e forma pactuados entre as partes, ainda pode sê-lo de forma útil ao credor, como sempre acontece com as obrigações pecuniárias cumpridas tardiamente”²⁰. Nesse tocante, o artigo 395 do CC/02 estabelece que o devedor responderá “pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Distintamente, Benacchio

¹⁸ AMARAL, 2014, p. 609.

¹⁹ BENACCHIO, Marcelo. Inadimplemento das obrigações. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 559.

²⁰ *Ibid.*, p. 552.

descreve que o inadimplemento absoluto é verificado quando “a obrigação não foi cumprida e nem poderá sê-lo, por ausente o interesse do credor sob um prisma objetivo, como o cantor que não compareceu à festa de casamento para a qual foi contratado”²¹. As consequências do inadimplemento absoluto também encontram-se abarcadas pelo CC/02, no parágrafo único do artigo 395: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.

Além das distinções acima mencionadas entre a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual, vide abaixo lição do doutrinador Francisco Amaral, que sumariza em sua obra as diferenças entre as duas espécies:

Diferem as duas espécies nos seguintes aspectos:

- a) a responsabilidade contratual decorre de relação obrigacional preexistente, enquanto na aquiliana a relação obrigacional surge pela primeira vez ao verificar-se o dano. Naquela, a prestação indenizatória é simples mudança do objeto da relação, enquanto na segunda o dever de ressarcir é originário;
- b) a responsabilidade contratual pressupõe plena capacidade das partes que contratam enquanto a aquiliana pode ser causada por ato de incapaz;
- c) na responsabilidade contratual, eventual solidariedade entre os obrigados depende de prévio acordo, enquanto na aquiliana a previsão de solidariedade está na lei (CC, art 942);
- d) quanto ao ônus da prova, na responsabilidade contratual o devedor é que tem que provar a inexistência de culpa ou qualquer excludente do dever de indenizar, enquanto na aquiliana cabe à vítima demonstrar culpa do agente;

Existem, porém, algumas notas comuns. Em ambas as espécies é possível a limitação ou exclusão convencional da responsabilidade, desde que não se contrarie a ordem pública e os bons costumes, assim como igualmente se admite a ressarcibilidade de danos não patrimoniais.²²

²¹ *Ibid.*, loc. cit.

²² AMARAL, 2014, p. 609

E é justamente desses limitadores e excludentes de responsabilidade, encontrados tanto na espécie contratual como na extracontratual, que passamos a tratar.

3 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

Como mencionado acima, é imprescindível que, entre o fato do agente e o dano sofrido pela vítima, haja nexos causal para nasça a responsabilidade civil. Existem, como ensina Venosa, situações que caracterizam o rompimento do nexos causal e que, portanto, excluem a responsabilidade do agente perante a vítima²³.

Dentre tais situações, podem ser elencadas o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de um direito, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, caso fortuito e força maior, a prescrição e, dentro da esfera contratual, a cláusula de não indenizar. Teceremos adiante breves considerações sobre as excludentes de responsabilidade acima mencionadas antes de adentrarmos na cláusula de não indenizar, tema central do presente trabalho.

Embora alguns autores defendam que o estado de necessidade, a legítima defesa e o exercício regular de um direito constituem excludentes de ilicitude e que, portanto, não se devem ser confundidos com excludentes de responsabilidade - que seriam o caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima - vez que “as excludentes de ilicitude retiram a contrariedade ao direito da conduta, mas não isentam, de modo absoluto, o responsável pela reparação dos danos [...] já as excludentes de responsabilidade civil, por romperem o nexos de causalidade, afastam o próprio dever de reparar os danos”²⁴, tais institutos serão tratados dentro da mesma esfera nesta monografia dado o efeito comum entre elas de afastar o dever de indenizar.

3.1 ESTADO DE NECESSIDADE

²³ VENOSA, 2009, p. 48.

²⁴ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N.; NETTO, F. P. B. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 380.

O estado de necessidade vem regulado nos artigos 188, II, 929 e 930 do CC/02. O primeiro estabelece que “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa a fim de remover perigo eminente” não constitui ato ilícito.

O artigo 929 do CC/02, por sua vez, garante à pessoa lesada ou ao dono da coisa deteriorada ou destruída o direito à indenização pelo prejuízo sofrido, desde que tal pessoa não tenha sido culpada do perigo referido no artigo 188. Nesse sentido, José de Aguiar Dias assevera o quanto segue:

Não pode ser objeto de discussão a isenção do agente que pratica o fato danoso em legítima defesa. Mas essa isenção só vale, para ele, em relação à vítima que provocou a repulsa. O terceiro, não participante da provocação, tem pleno direito à reparação.²⁵

Por fim, o artigo 930 do CC/02 prevê que caso o perigo em questão tenha decorrido de culpa de terceiro, o autor do dano terá ação de regresso contra tal terceiro para recuperar o valor que houver ressarcido ao lesado.

A fim de aclarar as hipóteses descritas pelos artigos acima, vide exemplo de Carlos Roberto Gonçalves:

Se um motorista, por exemplo, atira o seu veículo contra um muro, derrubando-o, para não atropelar uma criança que, inesperadamente, surgiu-lhe à frente, o seu ato, embora lícito e mesmo nobilíssimo, não o exonera de pagar a reparação do muro. Com efeito, o art. 929 do Código Civil estatui que, se a pessoa lesada, ou o dono da coisa (o dono do muro) destruída ou deteriorada “*não forem culpados do perigo*”, terão o direito de ser indenizados.

No entanto, o evento ocorreu por culpa *in vigilando* do pai da criança, que é o responsável por sua conduta. Desse modo, embora tenha de pagar o conserto do muro, o motorista terá ação regressiva contra o pai do menor, para se ressarcir das despesas efetuadas.²⁶

²⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 925.

²⁶ GONÇALVES, 2015, p. 470.

3.2 LEGÍTIMA DEFESA E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

O conceito de legítima defesa expresso no artigo 188, I do CC/02, é o mesmo do direito penal, caracterizado quando o ato é praticado contra o próprio agressor. De acordo com Venosa, apesar de uma sociedade organizada não admitir que se faça justiça com as próprias mãos, a vítima “pode usar uso dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou contra as pessoas caras ou contra seus bens”. Ainda segundo o doutrinador, o conceito da legítima defesa excede os bens materiais para compreender também “os valores da personalidade como a honra e a fama”²⁷.

Ainda, caso o ato tenham sido realizados para amparar terceiros, autor terá ação regressiva “contra aquele em defesa de quem se causou o dano” (parágrafo único do artigo 930 do CC/02).

Deve ser observado, entretanto, que caso o ato lesivo atinja terceiros, além do próprio agressor, eventuais a tais terceiros danos deverão ser indenizados.

No mais, se houver excesso por parte do agente na legítima defesa, ou seja, seus atos superam os limites razoáveis, dentro do que era necessário para afastar a agressão injusta, este deverá ser responsabilizado “proporcionalmente, pelo excesso cometido, pois subsiste a ilicitude em parte da conduta”²⁸.

Também no artigo 188, I do CC/02 é mencionado o exercício regular de um direito reconhecido. Tal excludente deve ser aplicado nos limites estabelecidos pelo artigo 187 do mesmo diploma legal, que determina que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Gonçalves esclarece que apesar de o agente atuando em estrito cumprimento de seu dever legal ser exonerado da responsabilidade relacionada aos danos por ele causados, a vítima poderá buscar indenização junto ao Estado. O Estado, neste

²⁷ VENOSA, 2009, p. 55.

²⁸ Ibid., p. 56.

caso não terá ação de regresso contra o agente, exceto nos casos de culpa ou dolo.²⁹

3.3 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

O artigo 945 do CC/02 estabelece que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Consequentemente, caso a culpa tenha sido exclusivamente da vítima, não há que se falar em dever de indenizar do autor do dano.

Para Gonçalves, a responsabilidade do agente desaparece quando o dano ocorre por culpa exclusiva da vítima, uma vez que não se configura uma relação de causa e efeito entre a ação do agente e o dano causado. Nessa hipótese o agente torna-se mero meio para o evento em questão.³⁰

Confira-se abaixo lição de Chaves de Farias nesse sentido:

Se eventualmente a própria vítima se coloca em condições de sofrer um dano, havendo necessária relação entre o seu comportamento e as lesões daí decorrentes, surgirá a excludente do nexos causal do fato exclusivo da vítima. Nesses casos o agente será apenas um aparente responsável, servindo como simples instrumento para a conflagração do evento lesivo.³¹

Não obstante, quando a vítima concorre parcialmente para o evento danoso, as responsabilidades são repartidas, “podendo [...] as frações ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa”³², e devendo a indenização ser proporcional à parcela de culpa do agente.

3.4 FATO DE TERCEIRO

²⁹ GONÇALVES, 2015, p. 474.

³⁰ GONÇALVES, 2015, p. 475.

³¹ FARIAS, 2014, p. 386.

³² VENOSA, 2009, p. 49.

O Código Civil traz, de maneira indireta, nos artigos 929 e 930 o fato de terceiro como excludente de responsabilidade. Ocorre quando se verifica “o comportamento do terceiro na causa exclusiva do resultado lesivo, exclui-se a relação de causalidade, com a exoneração do aparente responsável”, explica Chaves de Farias³³.

No caso de fato de terceiro, pode se traçar um paralelo com o excludente de culpa exclusiva da vítima em dois momentos principais: (i) há uma interrupção no nexos causal visto que não foi a ação do agente que resultou no dano, mas sim a do terceiro³⁴, e (ii) caso o terceiro tenha apenas concorrido para causar o dano, o agente não será exonerado integralmente de sua responsabilidade, mas tão somente na medida da contribuição culposa do terceiro³⁵.

Ademais, como se depreende da leitura do artigo 930, o fato de terceiro pode não elidir o dever de indenizar do agente, mas este terá ação de regresso contra o terceiro para ressarcimento de eventuais valores pagos ao lesado.

3.5 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

A doutrina tem se encarregado de discutir amplamente as diferenças entre os conceitos de caso fortuito e força maior, para Gonçalves “o caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto”³⁶. Antagonicamente, Venosa, apesar de esclarecer que há controvérsias acerca do tema, aponta justamente o inverso, no sentido de que “o caso fortuito (act of God, ato de Deus no direito anglo-saxão) decorreria de forças da natureza, tais como terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto força maior decorreria

³³ FARIAS, op. Cit. p. 391.

³⁴ FARIAS., loc. cit.

³⁵ DIAS, 2006, p. 929.

³⁶ GONÇALVES, 2015, p. 485.

de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridades (fato do príncipe)³⁷.

Ocorre, no entanto, que o ordenamento jurídico brasileiro tratou de equipará-los, conferindo-lhes a mesma definição, constante do parágrafo único do artigo 393 do CC/02, qual seja: “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

O artigo 393 do CC/02 estabelece que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. Dessa forma, a menos que seja convencionado o contrário, o devedor poderá ser escusado do dever de indenizar na ocorrência de hipótese de caso fortuito ou força maior.

Para que seja caracterizado evento de caso fortuito ou força maior e se faça possível a aplicação de tal excludente de responsabilidade ao caso concreto é necessário que alguns requisitos sejam cumpridos. Vide lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Na lição da doutrina exige-se, pois, para a configuração do caso fortuito, ou de força maior, a presença dos seguintes requisitos: a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, pois, se há culpa, não há caso fortuito; e reciprocamente, se há caso fortuito, não pode haver culpa, na medida que um exclui o outro. Como dizem os franceses, culpa e fortuito, *ces sont des choses que hurlent de se trouver ensemble*; b) o fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano.³⁸

Em linha com os requisitos acima expostos, Venosa afirma que é imperativo que o caso fortuito ou de força maior surja por circunstâncias alheias à vontade do devedor. Caso haja culpa de alguma das partes, não ocorre o rompimento do nexos causal e a responsabilidade permanece existindo.³⁹

³⁷ VENOSA, 2009, p. 50.

³⁸ GONÇALVES, 2015, p. 485.

³⁹ VENOSA, 2009, p. 51.

Importante salientar que o conceito descrito no parágrafo anterior é aplicável tanto na esfera da responsabilidade civil contratual como na aquiliana.

3.6 PRESCRIÇÃO

Em sua obra, Carlos Roberto Gonçalves apresenta também a prescrição como excludente de responsabilidade tendo em vista que “prescrita a pretensão à reparação de danos, fica afastada qualquer possibilidade de recebimento da indenização. A responsabilidade do agente causador do dano se extingue”.⁴⁰

Independentemente da longa discussão que permeia os prazos prescricionais a serem aplicados em virtude das mais diversas naturezas de indenização, fato é que, transcorrido esse tempo, o agente se elide do dever de indenizar a vítima.

3.7 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

Por fim na esfera da responsabilidade civil contratual, aparece a cláusula de não indenizar, cuja validade é o tema central do presente trabalho, como excludente de responsabilidade a ser convencionada entre as partes, a qual passamos a abordar.

3.7.1 CONCEITO

Para José de Aguiar Dias, talvez o doutrinador brasileiro que mais se debruçou sobre o tema, o instituto pode ser definido da seguinte maneira:

A cláusula ou convenção de irresponsabilidade consiste na estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum ao seu caso. Visa a anular, modificar

⁴⁰ GONÇALVES, op. Cit. p. 490.

ou restringir as consequências normais de um fato da responsabilidade do beneficiário da estipulação.⁴¹

À luz de Pontes de Miranda, Dias explica que a estipulação da cláusula deve ser prévia pois “posteriormente ao dano qualquer limitação, alteração ou supressão da responsabilidade pode ser obtida segundo as regras gerais de direito”⁴². Por meio do dispositivo, a parte que está se comprometendo ao cumprimento de uma obrigação perante à outra busca limitar os efeitos aplicáveis em razão de um fato de responsabilidade, como, por exemplo, o inadimplemento da obrigação em questão.

Nessa hipótese, não se verifica o rompimento do nexos causal, restando viva a relação de causa e efeito entre o ato do agente e o dano causado e, portanto, surgindo o dever de indenizar. Não obstante, a obrigação de reparar os danos fica sujeita aos limites impostos pela convenção das partes.

O Código Civil não faz referência expressa a esse instituto, no entanto, menção à cláusula de não indenizar é encontrada no Código de Defesa do Consumidor. Vide artigo 51, I, do CDC:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

Depreende-se da redação do dispositivo apontado acima, que as cláusulas limitativas da responsabilidade são nulas de pleno direito quando inseridas na relação com um consumidor pessoa física. Por outro lado, tais disposições podem ser admitidas em situações justificáveis e desde que inseridas na relação de consumo onde figura - no polo oposto ao fornecedor - pessoa jurídica.

Fato é que não há consenso sobre o que seriam as chamadas *situações justificáveis* mencionadas pelo legislador e, de maneira geral, grande discussão

⁴¹ DIAS, 2006, p.906.

⁴² DIAS, loc. cit.

permeia entre os doutrinadores sobre a validade das cláusulas de limitação de responsabilidade e quais requisitos devem ser preenchidos para que a cláusula se revista de aplicabilidade, como se verá em detalhe nos próximos capítulos.

3.7.2 DENOMINAÇÃO

Antes de adentrarmos ao tema da validade da cláusula de não indenizar, faz-se necessária uma observação no que tange às denominações deste instituto atualmente empregadas na doutrina.

Note que no trecho de José de Aguiar Dias acima transcrito o jurista se refere ao dispositivo como *convenção de irresponsabilidade*, apesar de ter utilizado a expressão *cláusula de não indenizar* em diversas outras oportunidades (inclusive como título de um de seus livros).

Venosa alerta que alguns autores diferenciam a *cláusula de não indenizar* da *cláusula de irresponsabilidade*. A primeira expressão elidiria a indenização, enquanto a segunda excluiria a responsabilidade. Assevera o doutrinador que “em princípio, somente a lei pode excluir a responsabilidade em determinadas situações” e, portanto, recomenda o uso da expressão *cláusula de não indenizar*, visto que as partes estariam convencionando sobre a obrigação de reparar o dano causado.⁴³

O próprio José de Aguiar Dias questiona o uso da expressão *cláusula de irresponsabilidade* e justifica que a designação “só é aceita porque a distinção já é tardia e ao sentido estrito de *responsabilidade*, como *resposta* ao dano, se substituiu o de reparação, que é efeito normal da responsabilidade” (grifos do autor).⁴⁴

Apesar de haver grande divergência na doutrina sobre qual seria a terminologia mais precisa para se fazer referência à cláusula em questão, a denominação “cláusula de não indenizar” se mostra a mais correta. Nesse sentido, Wanderley Fernandes afirma que “a expressão pura e simples ‘cláusula de não indenizar’ [...] não distingue de imediato se estamos nos referindo a uma liberação

⁴³ VENOSA, 2009, p. 61.

⁴⁴ DIAS, 1980, p. 38.

integral ou parcial do dever de indenizar⁴⁵, o que parece garantir à tal expressão uma aplicação mais ampla e não limitada à exoneração total da responsabilidade.

Ainda, Fernandes justifica o uso das expressões *cláusula de exoneração de responsabilidade* e *cláusula de limitação de responsabilidade* em sua obra, argumentando que “definida a responsabilidade como o dever de indenizar, qualquer isenção ou limitação do valor da indenização importa alterar os limites e interfere na aplicação da própria responsabilidade”⁴⁶.

Parece possível também, por analogia, o entendimento de que as expressões *cláusula de exoneração de responsabilidade* e *cláusula de limitação de responsabilidade*, assim como a expressão *cláusula de não indenizar*, não identificam se a exoneração e/ou a limitação da responsabilidade é integral ou parcial, o que possibilitaria seu uso nas duas hipóteses⁴⁷.

Evidente, entretanto, que tais expressões estão sujeitas às críticas de que a cláusula não afasta a responsabilidade, mas apenas restringe o dever de indenizar do agente e que, conseqüentemente, seriam imprecisas. Não obstante, visto que tais denominações vêm sendo amplamente utilizadas na doutrina e esclarecido que não há consenso nesse sentido, as expressões acima citadas serão empregadas no presente trabalho.

4 A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

Nossos doutrinadores⁴⁸ parecem concordar ao afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro não é simpático à aplicação de cláusulas de limitação de responsabilidade. Citam, por exemplo, o Decreto nº. 2.681 de 1912, que considera nula qualquer cláusula que tenha por objetivo a diminuição da responsabilidade das estradas de ferro. Indicam também a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal: “Em

⁴⁵ FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.

⁴⁶ FERNANDES, loc. cit.

⁴⁷ Em sua obra, Wanderley Fernandes, para fins de esclarecimento, definiu e utilizou a expressão “cláusula de exoneração de responsabilidade” para liberação integral da responsabilidade e “cláusula de limitação de responsabilidade” para liberação parcial da responsabilidade (FERNANDES, 2013, p. 33).

⁴⁸ CF. GONÇALVES, 2015, p. 488; VENOSA, 2009, p. 62.

contratos de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”. Ainda no que tange a transporte, é apontado o artigo 734 do Código Civil, que estabelece:

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

Não obstante os indícios de que o direito brasileiro não é receptivo à cláusula de não indenizar, a doutrina tem admitido o dispositivo sujeito à certas restrições, sobre as quais discorreremos nos capítulos abaixo.

4.1 VIOLAÇÃO DE NORMAS DE ORDEM PÚBLICA

O primeiro ponto que parece ser consenso entre os doutrinadores com relação à validade da cláusula de não indenizar é que o dispositivo não pode constituir violação à normas de ordem pública.

José de Aguiar Dias afirma que as cláusulas de não indenizar são “sempre válidas, desde que não ofendam a ordem pública e os bons costumes”⁴⁹. Nesse sentido, esclarece:

Estabelecido que a liberdade de contratar não é absoluta, mas sujeita às restrições impostas pela ordem pública, temos que as cláusulas de irresponsabilidade não vigoram senão quando se refiram a obrigações legais passíveis de modificação convencional, isto é, só podem ser estipuladas quando a regra aplicável, meramente supletiva da vontade das partes, admite a livre manifestação destas. Seu primeiro limite é, pois, a possibilidade de ser objeto de convenção o direito a que se referem.⁵⁰

Faz-se necessário entender, portanto, em que consiste o conceito de ordem pública. E nesse ponto, nas palavras de Wanderley Fernandes, “a questão se torna

⁴⁹ DIAS, 1980, p. 43.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 40.

um pouco mais complexa, como complexo é o conceito do princípio da ordem pública⁵¹.

O exemplo de violação à ordem pública citado por Wanderley Fernandes é o de “cláusulas que limitem ou exonerem o dever de indenizar em razão de danos à integridade física da pessoa humana”. A lógica empregada pelo autor é de que a dignidade da pessoa humana (a qual compreende a integridade física) é um princípio constitucional, sendo certo que não se pode dispor sobre os direitos relacionados a tal princípio, incluindo limitá-lo convencionalmente. Segundo Fernandes, é desnecessário salientar que a cláusula de limitação de responsabilidade não poderá violar a ordem pública, uma vez que isso é verdadeiro para todas as disposições contratuais.⁵²

Conforme Letícia Avelar Marques, “a ordem pública é um conceito intangível, que varia de acordo com os valores que a moral vigente em determinada época considera fundamentais”⁵³. A autora aponta, ainda, que “em determinadas situações, a ordem pública poderá constituir simplesmente um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo deverá ser preenchido pelo julgador na fixação da premissa da norma” e “as consequências da sua aplicação, porém, já estarão predeterminadas”⁵⁴.

Apesar do conceito de ordem pública ser demasiadamente vago, extrai-se do fragmento acima que se a cláusula de não indenizar ferir as restrições de ordem pública, a consequência predeterminada da aplicação do conceito será a invalidade da cláusula.

4.2 DOLO OU CULPA GRAVE

A doutrina é uníssona ao afirmar que não é admitida a cláusula que limite a responsabilidade em caso de dolo do devedor. Seria um contrassenso permitir ao

⁵¹ FERNANDES, 2013, p. 248.

⁵² FERNANDES, 2013, p. 231.

⁵³ AVELAR, Letícia Marquez de. **A cláusula de não indenizar**: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 166.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 169.

devedor se elidir de responsabilidade por um dano intencionalmente causado. Nesse ponto Wanderley Fernandes é magistral:

Retirar do devedor a responsabilidade pelo descumprimento intencional da prestação seria reduzir o vínculo a uma simples obrigação natural, não podendo ser exigido o seu cumprimento e perdendo o sentido técnico de vínculo jurídico entre credor e devedor. A função de tutela do crédito restaria integralmente comprometida. Um contrato que admitisse a total irresponsabilidade em caso de dolo seria qualquer coisa, menos um contrato.⁵⁵

Aguiar Dias menciona que já no direito romano “excluíam-se da autorização os casos de dolo e de faltas de gravidade excepcional, a ponto de interessar a ordem pública”⁵⁶.

4.3 LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM RELAÇÃO A OBRIGAÇÕES ESSENCIAIS

Existe entendimento doutrinário de que a cláusula de limitação de responsabilidade não poderá afastar o dever de indenizar relacionado às obrigações essenciais do contrato. Assim defende Venosa ao afirmar que “essa cláusula não pode pretender nulificar a obrigação essencial do contrato, mas apenas elementos de cumprimento das obrigações em geral, que podem ser entendidas como acessórias”⁵⁷.

Ao eximir a responsabilidade do devedor com relação à obrigação não haveria incentivo para que ele cumpra seu dever e nem “sanção” aplicável para caso de inadimplemento, resultando, fatalmente em um desestímulo para o cumprimento das obrigações.

Afirma Letícia Marques Avelar que uma cláusula de não indenizar que compreendesse obrigação essencial geraria “negativa da própria causa final do negócio jurídico, o que a torna abusiva e faz com que o contrato deixe, assim, de

⁵⁵ FERNANDES, 2013, p. 211.

⁵⁶ DIAS, 1980, p. 15

⁵⁷ VENOSA, 2009, p. 63.

cumprir sua função social”⁵⁸. Não obstante, a autora defende não são todas as hipóteses de cláusula de limitação de responsabilidade relacionada ao objeto principal que devem ter sua validade afastada, apenas aquelas cuja exclusão do dever de indenizar do devedor deixará o credor sem meios de se proteger do descumprimento contratual.

Conclui Avelar, ainda, que é a exclusão da responsabilidade relacionada à obrigação principal do contrato que deve ser rechaçada, sendo admitida a mitigação da responsabilidade, contanto que ao credor restem outros meios de obter resultado no mínimo equiparado à indenização⁵⁹.

4.4 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NOS CONTRATOS POR ADESÃO

Apesar de ser muito comum se deparar com cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos de adesão, o doutrinador tem afastado a validade de tais dispositivos vez que são impostos à parte contratante e tendem a carecer de legítimo consentimento. Vale lembrar que os contratos de adesão ora debatidos não abrangem aqueles que regulam relação de consumo considerando que, nessa hipótese, a validade das cláusulas de não indenizar já estão de plano afastadas em vista do disposto no artigo 51, I, do CDC.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “para ser vinculativa a vontade deve ser livre, amplamente livre”⁶⁰. Entretanto, nos contratos por adesão geralmente se verifica a hipossuficiência de uma das partes, ficando fragilizada a ideia de que seus termos e condições foram livremente aceitos pela parte mais fraca. Assim ensina José de Aguiar Dias:

Quando ela reveste a forma de adesão, não pode ser validada, se não há liberdade de escolha, porque, se o aceitante não pode deixar de utilizar o serviço monopolizado, pode, sem dúvida, recusar exonerar o proponente de responsabilidade, uma vez que a isenção

⁵⁸ AVELAR, 2012, p. 214.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 219.

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, 3:** contratos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 22.

não deve ser reconhecida senão quando a aceitação seja inequívoca e corresponda a uma causa ou vantagem na prestação.⁶¹

E, ainda:

Com efeito, somente nos contratos por adesão é possível afirmar, positivamente, a ausência de liberdade de aceitação ou recusa da cláusula. É exato que, em qualquer contrato, sempre existe a possibilidade de opressão do mais forte contra o fraco.⁶²

Para Carlos Roberto Gonçalves, seria considerado imoral que justamente a parte se encontra em melhores condições de negociação por estar elaborando o contrato pudesse se elidir de responsabilidade alegando a aplicação de uma cláusula que ele próprio redigiu e impôs à outra parte.⁶³

Proibir as cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos por adesão, segundo Venosa, tem exatamente o efeito de proteger a parte “mais vulnerável na relação negocial”⁶⁴.

Ademais, o artigo 424 do CC/02 estabelece que “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. A cláusula de não indenizar importa, antecipadamente, renúncia ao direito de indenização e pode ser interpretada como sujeita às implicações previstas no referido dispositivo⁶⁵.

⁶¹ DIAS, 1980, p. 65.

⁶² *Ibid.*, p. 71.

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 836.

⁶⁴ VENOSA, 2009, p. 62.

⁶⁵ AVELAR, 2012, p. 160.

5 CONCLUSÃO

O nível de complexidade atingido pelas relações comerciais e sociais nos dias de hoje teve também reflexos no âmbito legal e resultou em fenômenos que só podem ser melhor compreendidos ao olhar para trás e verificar todo processo que nele culminou.

Como debatido acima, a cláusula de não indenizar é fruto da autonomia da vontade das partes e vem a limitar o dever de indenizar da parte que a estabelece, no caso de inadimplemento. Mesmo sendo oriunda do *pacta sunt servanda* existem limitações que restringem a aplicação da cláusula para que ela não traga prejuízo à própria função social do contrato.

Entendo necessário citar o mestre José de Aguiar Dias uma última vez para concluir o presente trabalho:

A cláusula de irresponsabilidade não se destina a cobrir ou legitimar a intenção em que o devedor esteja de não aplicar toda diligência na execução do contrato, mas a aliviá-lo de encargos que se tornem por demais onerosos, no casos de inexecução.⁶⁶

Entendo que o trecho acima transcrito, ao mesmo tempo que mostra a função da cláusula de não indenizar, esboça seus limites de aplicação, conforme requisitos de validade descrito aqui.

⁶⁶ DIAS, 1980, p. 72

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8ª ed. revista, modificada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AVELAR, Letícia Marquez de. **A cláusula de não indenizar**: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações. 1ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BENACCHIO, Marcelo. Inadimplemento das obrigações. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, 3**: contratos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar**: chamada cláusula de irresponsabilidade. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N.; NETTO, F. P. B. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil, volume 3. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, v.4. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCAVONE JÚNIOR, L. A. Causas e cláusulas de exclusão de responsabilidade civil. **Revista de Direito Privado**. v. 8/2001, p. 107-182, out. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.