

O princípio da reparação integral como delineador da limitação convencional da obrigação de indenizar

Tula WESENDONCK*

Gerson Luiz Carlos BRANCO**

RESUMO: Este artigo trata da limitação convencional da obrigação de indenizar a partir da análise do princípio da reparação integral, com ênfase nas relações civis e empresariais. O texto apresenta uma pesquisa realizada na doutrina, legislação e jurisprudência nacional, comparando o tratamento da matéria no direito pátrio com os ordenamentos português, francês e italiano. A pesquisa tem por objetivo demonstrar a pertinência do assunto no contexto de recente e controversa decisão do Superior Tribunal de Justiça que considerou a viabilidade de clausular livremente a limitação da obrigação de indenizar nas relações empresariais, afastando normas de ordem pública. Além disso, o artigo analisa proposta de alteração legislativa para reforma do Código Civil vigente que propõe regular a matéria no art. 946-A.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigação de indenizar; reparação integral; autonomia privada.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Cláusula geral da reparação integral no Código Civil e suas exceções legais; – 3. Cláusulas limitativas da obrigação de indenizar como possibilidade de afastar o princípio da reparação integral; – 4. Conclusão; – Referências bibliográficas.

TITLE: *The Principle of Full Reparation as a Sign of the Conventional Limits of the Obligation to Indemnify*

ABSTRACT: *This article addresses the conventional limitation of the obligation to indemnify based on an analysis of the principle of full compensation, with an emphasis on civil and commercial law. The text presents research conducted in the doctrine, legislation, and national jurisprudence, comparing the treatment of the subject in domestic law with the Portuguese, French, and Italian legal systems. The research aims to demonstrate the relevance of the topic in the context of a recent and controversial decision by the Superior Court of Justice, which considered the feasibility of freely stipulating the limitation of the obligation to indemnify in commercial contracts, despite public order norms. Furthermore, the article analyzes a legislative amendment proposal to reform the current Civil Code, proposing to regulate the matter in Article 946-A.*

KEYWORDS: *Obligation to indemnify; full compensation; private autonomy.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. General clause of full compensation in the Civil Code and its exceptions; – 3. Limitation clauses on the obligation to indemnify as a possibility to not applying the full compensation principle; – 4. Conclusion; – Bibliographic references.*

1. Introdução

O objetivo deste artigo é tratar sobre a eficácia do princípio da reparação integral previsto no art. 944 do Código Civil como um delimitador da validade e eficácia de cláusulas sobre

* Professora de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Advogada.

** Professor de Direito Empresarial da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Advogado.

a obrigação de indenizar, especialmente em contratos celebrados nas relações civis e empresariais.

Embora o tema seja relativamente antigo e tenha sido objeto de inúmeras monografias, teses e artigos nas últimas décadas, desde a clássica obra de José de Aguiar Dias,¹ a matéria ganhou relevo recentemente por conta de uma decisão proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na qual houve o reconhecimento de que nos contratos empresariais é possível, de modo livre, a estipulação de cláusulas contratuais limitando a obrigação de indenizar, mesmo afastando normas de ordem pública.²

Todavia, tendo em vista que o próprio órgão julgador teve divergência sobre a matéria, sendo formada uma maioria estreita a respeito do tema, torna-se de extrema relevância investigar como o tema da limitação convencional da obrigação de indenizar tem sido tratado, em especial a elasticidade e conformação dessa liberdade convencional, em face do princípio da reparação integral.

Do mesmo modo, o recente anteprojeto para reforma do Código Civil apresentado perante o Senado Federal inova ao propor a inclusão de um artigo tratando especificamente sobre cláusula que previamente exclua ou limite o valor da indenização por danos patrimoniais.

O objetivo central deste artigo será examinar a força do princípio da reparação integral, matéria normalmente estudada no plano da Responsabilidade Civil, sobre o plano da autonomia privada, como limitador da eficácia de cláusula contratual limitadora da obrigação de indenizar.³

Para alcançar esse propósito, em primeiro lugar será desenvolvido o tema do princípio da reparação integral, sua disciplina legal, exceções ao mesmo, para então, na segunda parte deste artigo enfrentar as hipóteses nas quais sua eficácia incide sobre as cláusulas contratuais limitadoras da obrigação de indenizar.

¹ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: chamada cláusula de irresponsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

² Trata-se do acórdão proferido pelo STJ, RESP n. 1.989.291/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva e Rel. para o acórdão Min. Moura Ribeiro. J. em 07.11.2023. Votos vencedores dos Min. Marco Aurélio Bellize, Min. Nancy Andrighi e Moura Ribeiro. Vencidos Ricardo Villas Bôas Cueva e Humberto Martins.

³ Não é objeto deste artigo fazer a distinção de regimes especiais, sejam contratos de consumo, adesão ou de determinadas áreas especiais. Sobre esse viés, ver: DAL PIZZOL, Ricardo. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não paritárias. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14, 2018, p. 207-236, jan.-mar./2018.

2. Cláusula geral da reparação integral no Código Civil e suas exceções legais

Uma das marcas do Código Civil foi a conformação sistemática da Responsabilidade Civil a partir de diversas cláusulas gerais. Ao lado das cláusulas gerais⁴ da responsabilidade baseada na culpa (art. 186), responsabilidade pelos atos disfuncionais ou abusivos (art. 187), responsabilidade pelo risco criado (art. 927, parágrafo único), adotou como um desses marcos o princípio da reparação integral, disciplinado no art. 944, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

O dispositivo sintetiza princípio desenvolvido doutrinariamente no direito francês segundo o qual “*tout le dommage, mais rien que le dommage*” (todo o dano, mas não mais que o dano) representativo da noção de reparação integral.⁵

A norma inserta no art. 944 tem triplo sentido, com um elemento nuclear subjacente. O primeiro é de que não é possível condenar alguém a indenizar por quantia superior ao dano experimentado pela vítima; o segundo, de natureza procedimental, para que o Juiz ou Árbitro procure identificar a extensão do dano, tendo em vista que será essencial essa atividade para a delimitação da obrigação de indenizar; e, o terceiro, de que a vítima de um dano não pode ser indenizada por valor menor do que a perda sofrida.

Trata-se de norma nuclear que exerce função sistemática sobre todas as hipóteses de responsabilidade, destinada a determinar o valor da indenização. Sob o ponto de vista legal, a única exceção está no parágrafo único do mesmo artigo, que permite a redução equitativa numa hipótese muito particular: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Tendo em vista os propósitos deste artigo, é preciso identificar se o caput do art. 944 do Código Civil (princípio da reparação integral) somente pode ser excepcionado por lei, o que lhe torna uma norma de ordem pública, ou se se trata de uma norma dispositiva, passível de ser afastada por disposição contratual.

⁴ A respeito das cláusulas gerais ver MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais: um ensaio de qualificação. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Coord.). *Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 993-1.021; e MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, p. 9-35, abr.-jun./2004.

⁵ BACACHE-GIBEILLI, Mireille. *Les Obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Traité de Droit Civil sous la Direction de Christian Larroumet*. Tome 5. Paris: Economica, 2012, p. 629.

O Código Civil estabelece que a possibilidade de reduzir ou limitar a responsabilidade é prevista no parágrafo único desse dispositivo que tem sua aplicação restrita a situações pontuais e particulares. O caso previsto no parágrafo único do art. 944 foi inserido pelo legislador para evitar o que a doutrina francesa denomina inferno da severidade,⁶ a fim de evitar que a desproporção entre o grau de reprovabilidade da conduta do autor do dano e o resultado provocado por sua ação, poderia levar à ruína econômica do ofensor.

Nesse sentido, a solução adotada pelo legislador brasileiro tem por objetivo resolver problema que já era aventado por Agostinho Alvim⁷ na vigência do Código de 1916. O autor alertava para o problema de o ordenamento não dispor de solução intermediária, pois se o julgador reconhecesse a obrigação de indenizar dano de grande proporção teria que fazê-lo responder pela integralidade do dano, ainda que a culpa fosse leve. Por isso, muitas vezes, os juízes eram inclinados a afastar a responsabilização, nos casos de reprovabilidade mínima da conduta do ofensor, para evitar que fosse condenado a pagar quantia que lhe levasse à ruína econômica.

Assim, com a disposição expressa no parágrafo único do art. 944, o legislador passou a reconhecer a possibilidade de redução equitativa do valor da reparação adequando o valor da reparação ao comportamento do ofensor.

Ou seja, o próprio Código Civil reconhece que o princípio da reparação integral é excepcionado no caso de desproporção entre o grau de culpa do ofensor e o dano provocado.

Além dessa possibilidade, ainda que não prevista na legislação na legislação brasileira, é pacífico na doutrina⁸ e na jurisprudência, que é possível excepcionar o princípio da reparação integral por meio de cláusula contratual, apesar de ser controvertida a extensão da eficácia das cláusulas limitadoras.⁹

⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 80.

⁷ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 201.

⁸ DIAS José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11^a ed. Revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 906. Obra que tratou profundamente o tema em período relativamente recente, fruto de uma tese de doutorado é a de FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹ A possibilidade de limitação da obrigação de indenizar na jurisprudência é pacífica. Todavia, é controvertida a extensão e as hipóteses em que é cabível a limitação contratual. Exemplo dessa controvérsia é a recente decisão do STJ, na qual houve divergência na terceira turma, no RESP n. 1.989.291/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva e Rel. para o acórdão Min. Moura Ribeiro. J. em 07.11.2023. Votos vencedores dos Min. Marco Aurélio Bellize, Min. Nancy Andrighi e Moura Ribeiro. Vencidos Ricardo Villas Bôas Cueva e Humberto Martins.

O Código Civil de 2002 não estabelece de maneira expressa a possibilidade de limitar a obrigação de reparar, diferente do que é previsto em outros ordenamentos como por exemplo o português, francês e o italiano.¹⁰

O Código Civil italiano, no Art. 1229 dispõe que é nulo qualquer pacto que exclua ou limite previamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave e que são nulos também quaisquer pactos preventivos de exoneração ou limitação de responsabilidade para os casos em que o fato do devedor ou dos seus auxiliares constitua violações de obrigações derivadas da norma de ordem pública.¹¹ A disposição é inserida no capítulo que regula o inadimplemento das obrigações.

Já o Código Civil português prevê que a responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados desde que a exclusão ou limitação não compreenda atos que representem violação de deveres impostos por normas de ordem pública (art. 800º, 2 e 809º).¹² Além disso, o art. 809º prevê que é nula a cláusula penal pela qual o credor renúncia antecipadamente quaisquer dos direitos que lhe são facultados nos casos de não cumprimento ou mora do devedor. O dispositivo excepciona a hipótese do n. 2 do art. 800º já mencionado e, a exemplo do Direito italiano, está localizado no capítulo destinado à matéria que trata da inexecução das obrigações. Todavia, a várias são as possibilidades de cláusulas limitativas da obrigação de reparar os danos no Direito Português, tais como a possibilidade de limitar a obrigação de indenizar por atos próprios, por atos dos auxiliares do devedor e para limitar o montante da indenização.¹³

No Direito francês, o princípio da reparação integral impede a limitação convencional da obrigação de indenizar para os casos de responsabilidade extracontratual, que por ser

¹⁰ FREIRE, Daniel Moraes. As cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar no direito comparado. *Revista dos Tribunais*, jun./2022, p. 91-110.

¹¹ “Art. 1229. (Clausole di esonero da responsabilità).

É nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave.

É nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”.

¹² “Artigo 800.º - (Actos dos representantes legais ou auxiliares). 1. O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor. 2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública. (...)

Artigo 809.º (Renúncia do credor aos seus direitos).

É nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 800.º”.

¹³ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 380 e ss.

matéria de ordem pública não pode ser excluída ou limitada por uma convenção. Mesmo no âmbito da responsabilidade contratual, é objeto de questionamento a validade da cláusula limitativa da obrigação de reparar, seja em decorrência da boa-fé contratual, da ordem pública de proteção, ou o respeito de um mínimo contratual, impondo a manutenção de obrigações essenciais e fundamentais do contrato como as que sancionam sua inobservância.¹⁴

O Código Civil francês dispõe de maneira expressa sobre a matéria no art. 1244-14¹⁵ no capítulo que disciplina a responsabilidade pelo fato do produto defeituoso. Como regra o legislador veda as cláusulas de exclusão e limitação a obrigação de indenizar no art. 1244-14. A alínea 2 do mesmo dispositivo excepciona a regra, prevendo a validade das cláusulas limitativas estipuladas entre profissionais não consumidores que se refiram a reparação de danos causados a bens de uso profissional.¹⁶

Importante mencionar que o dispositivo decorre da transposição ao Direito francês das normas da Diretiva europeia 85/374 que regula a responsabilidade civil pelos danos derivados dos produtos defeituosos. No art. 12 a Diretiva dispôs que a responsabilidade do produtor não pode ser reduzida ou excluída por uma cláusula limitativa ou exoneratória.¹⁷ Ao contrário do Código Civil francês, a diretiva somente previu a regra de proibição de limitação ou exoneração de responsabilidade, pois não estabeleceu a exceção que se vê na alínea 2 do art. 1244-14.

Embora o Código Civil brasileiro não trate da matéria, no anteprojeto de reforma que atualmente tramita no Senado Federal,¹⁸ há proposta de regulamentação do tema no Título IX, que propõe a regulação “Da Responsabilidade Civil”.

A redação do texto do artigo proposto indica que talvez o melhor local para sua inclusão fosse no capítulo do Direito Contratual, já que o seu texto não se dirige ao sistema

¹⁴ Nesse sentido, a jurisprudência francesa, no caso Chronospost, descartou a cláusula de limitação da responsabilidade, por terem os julgadores considerado que ela destruiria o equilíbrio do contrato (VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: LGDJ, 2007, p. 453-454).

¹⁵ “Article 1245-14. (Création Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) - Les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites. Toutefois, pour les dommages causés aux biens qui ne sont pas utilisés par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée, les clauses stipulées entre professionnels sont valables”.

¹⁶ VINEY, Geneviève JOURAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 3ª ed. Paris: LGDJ, 2007, p. 902.

¹⁷ “Artigo 12º. A responsabilidade do produtor, nos termos da presente diretiva, não pode ser reduzida ou excluída em relação ao lesado por uma cláusula limitativa ou exoneratória de responsabilidade”.

¹⁸ Apresentado ao plenário do Senado por meio do Requerimento 238/2024, de autoria do Presidente do Senado Federal.

obrigacional em geral, tampouco ao regime da responsabilidade extracontratual, pois menciona expressamente sua regência sobre contratos paritários e simétricos.¹⁹

A matéria tem conexão com o princípio da conservação estática dos patrimônios, que encontra fundamento em premissa ética central do Direito Privado, segundo a qual nas relações comutativas ninguém transfere patrimônio a outrem sem uma causa,²⁰ o qual possui correspondência no plano da responsabilidade patrimonial no princípio da reparação integral.²¹ Por isso, a cláusula de limitação ou exclusão da obrigação de reparar, fica restrita e destinada somente às hipóteses de responsabilidade contratual,²² pois nela é possível que as partes regulem os seus interesses, aloquem riscos de modo que seja atribuída uma causa²³ correspondente à assunção da limitação da obrigação de indenizar.

Além disso, impende destacar que as “cláusulas afetam e afastam tão somente a indenização devida, não tangenciando, contudo, a esfera da responsabilidade”.²⁴ Isso quer dizer que a cláusula não tem em si o condão de excluir o cumprimento da obrigação, tem por efeito somente restringir ou limitar a sanção pelo descumprimento das obrigações emergentes do contrato, porém não interfere na exigibilidade das obrigações.²⁵

Não havendo um negócio jurídico prévio entre as partes, não há que se falar em possibilidade de exclusão de responsabilidade, por isso em regra, é possível afirmar que

¹⁹ Art. 946-A. “Em contratos paritários e simétricos, é lícita a estipulação de cláusula que previamente exclua ou limite o valor da indenização por danos patrimoniais, desde que não viole direitos indisponíveis, normas de ordem pública, a boa-fé ou exima de indenização danos causados por dolo”. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/913b2070-686a-40ae-a551-960e3707c323> acesso em maio de 2024.

²⁰ Baseado na comutatividade das relações e na necessária causalidade para justificar uma atribuição patrimonial de uma pessoa à outra. GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Law Series, Oxford, 1991, GHESTIN, Jaques. *Le contrat en tant qu'échange économique*. In: *Économie des contrats: bilan et perspectives*, Revue d'économie industrielle., vol. 92. 2e et 3eme trimestres 2000, pp. 81-100.

²¹ Sobre o princípio da conservação estática dos patrimônios no Direito brasileiro ver MICHELON, Cláudio. *Direito restitutório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 24 a 34. O autor, na p. 34, ao distinguir os atos restitutórios dos atos de responsabilidade civil, indica um dos pontos de conexão entre esse fundamento e a reparação integral: “O direito que deriva da incidência das regras sobre responsabilidade civil é um direito ao valor, ou à reposição em espécie, da totalidade do dano (princípio que se encontra hoje consagrado no art. 944 do Código Civil”.

²² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11^a ed. revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 905.

²³ A matéria relativa à causa no Direito Contratual é complexa e possui muitas vertentes. Todavia, para os fins deste artigo tomou-se a noção clássica de José de Aguiar Dias: “No que concerte à causa, já ficou explicado que, na cláusula, ela consiste no proveito, na vantagem em face da qual o credor lhe dá assentimento. Se essa é irrisória e a aceitação da cláusula decorre da impossibilidade de discuti-la, não pode prevalecer” (DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, cit., p. 59).

²⁴ WALD, Arnoldo. A cláusula de limitação da responsabilidade no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 4, p. 131-138, jul.-set./2015.

²⁵ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., p. 188.

a convenção de limitação de responsabilidade extracontratual é inconcebível, pois não seria admitido excluir previamente a responsabilização perante pessoas que não estão ligadas entre si. O possível lesante não terá condições de afastar a sua responsabilidade porque também não tem condições de determinar previamente as vítimas potenciais,²⁶ prevalecendo o princípio da reparação integral.

No âmbito das relações contratuais, as partes podem modificar o regime de alocação dos riscos, o que pode repercutir na fixação do preço do bem ou do serviço e até mesmo na contratação do seguro. A limitação da obrigação de indenizar, com a fixação de um teto para a responsabilidade do contratante, pode facilitar a contratação de seguro de responsabilidade civil ou reduzir seu custo, matéria de alta relevância em contratos complexos. Além disso, as cláusulas de limitação da obrigação de indenizar trazem um grau de previsibilidade aos efeitos do inadimplemento dos contratantes às relações estabelecidas entre as partes em razão da limitação da obrigação de indenizar ou do estabelecimento de um valor fixo.²⁷

Ainda que a regra seja restringir a limitação da obrigação de indenizar às hipóteses de responsabilidade extracontratual, é possível verificar alguns casos de exclusão de responsabilidade civil em hipóteses específicas como nos casos de cláusulas inseridas no regimento interno de um condomínio para afastar a responsabilidade por danos causados aos condôminos ocorridos na garagem do prédio (roubos, furtos, incêndios).²⁸

Outro exemplo aventado pela doutrina, é caso de duas ou mais fábricas vizinhas que realizam atividades utilizando máquinas pesadas, causando barulhos e abalos nos terrenos vizinhos, e resolvem pactuar a limitação da obrigação de indenizar para limitar a obrigação de reparar por danos derivados de ruídos ou abalos nos terrenos vizinhos.²⁹ Pode também ser objeto de pactuação entre vizinhos de uma determinada localidade, que um dos proprietários não terá que indenizar os demais em razão de possíveis danos

²⁶ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., p. 392, o autor, no entanto, refere que em situações muito específicas, é possível prever disposição limitando ou excluindo a responsabilidade quando houver uma relação de proximidade ou vizinhança com as possíveis vítimas. Nesses casos, para preservar a harmonia da vizinhança, seria possível estipular convenções de exclusão da responsabilidade (geralmente com caráter recíproco).

²⁷ DAL PIZZOL, Ricardo. *Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não paritárias*, cit., p. 207-236.

²⁸ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 122. Ver também decisão do TJSP, Ap. 9000114-39.2008, rel. Des. Ênio Zuliani, 4a Câmara de Direito Privado, j. 04.08.2011; TJSP, Ap. 0029439-31.2002.8.26.0602, rel. Juíza Márcia Dalla Déa Barone, 1a Câmara Extraordinária de Direito Privado, j. 10.12.2013.

²⁹ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, cit., p. 121.

derivados de obra que pretende realizar, pois haverá para a comunidade a valorização dos imóveis vizinhos com a conclusão da obra.³⁰

Como a limitação da obrigação de indenizar é em regra restrita às hipóteses de responsabilidade contratual, não produziria efeito, por exemplo, declarações unilaterais ou avisos com a pretensão de afastar a responsabilidade, pois exige-se um acordo negocial para que seja possível a limitação da responsabilidade. Nesse sentido, a proposta de limitação da responsabilidade precisa ser aceita, um cartaz ou declaração unilateral indicando a irresponsabilidade não produziria efeito para excluir ou limitar a obrigação de indenizar. No máximo, esse aviso poderia ser interpretado como uma advertência de perigo ou risco e poderia exigir um comportamento mais cauteloso da vítima no sentido de tomar medidas para evitar ou diminuir a possibilidade de produção do dano, mas não seria interpretado como causa excludente ou limitativa da obrigação de indenizar.³¹

Assim, avisos, anúncios e alertas podem produzir efeitos sobre o terceiro, alterando e afetando a esfera alheia que não pode alegar desconhecimento sobre a existência de perigo ou risco. Ou seja, ainda que esses avisos não possam transferir riscos ou limitar a obrigação de indenizar, é relevante que esses atos praticados no plano da autonomia privada possam ser atos que afastem a responsabilidade ou limitem a mesma. Todavia, nesse caso essa limitação não decorre de uma cláusula limitadora da obrigação, mas informações que podem afastar a obrigação de indenizar pela ruptura do nexo de causalidade, já que possivelmente a vítima contribuiu para o resultado ao ignorar os alertas.³² Por essa razão, nessas situações não se pode afastar a eficácia plena do princípio da reparação integral, pois não havendo nexo de causalidade não haverá obrigação de indenizar.

³⁰ DAL PIZZOL, Ricardo. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não paritárias, cit., p. 207-236.

³¹ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., p. 399-401.

³² Veja-se a esse respeito o seguinte julgado: TJGO - ApCiv 0039320-87.2014.8.09.0051 - 1.^a Câmara Cível - j. 9/2/2022 - julgado por Carlos Roberto Fávaro - DJFe 9/2/2022: “Apelação. Ação de indenização por danos materiais e morais. acidente em fábrica de chope. Responsabilidade civil. Culpa exclusiva da vítima caracterizada. Ignorados os avisos de proibição da entrada de pessoal em área restrita sem equipamento de segurança. Sentença mantida. 1. São pressupostos da responsabilidade civil e consequente dever de indenizar, a existência concomitante de ação ou omissão ilícita (ato ilícito), a culpa, o dano causado à vítima, além do o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, conforme se extrai dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil. 2. *In casu*, conjunto probatório amealhado aos autos demonstra a culpa exclusiva da vítima, porquanto ignorou os avisos que proibiam a entrada em área restrita sem a utilização de equipamentos de segurança, razão pela qual o julgamento de improcedência dos pedidos iniciais é medida que se impõe. Apelação cível conhecida e desprovida”.

A previsão de cláusulas que limitem a responsabilidade contratual constitui manifestação da liberdade imanente a autonomia privada e a possibilidade de estabelecer a regulação dos interesses, riscos e sacrifícios patrimoniais correspondentes.³³ Essas cláusulas exigem que se encontre um ponto de equilíbrio entre a liberdade das partes e a necessidade de proteção do lesado.³⁴ Por essa razão, mesmo no âmbito de danos derivados da responsabilidade contratual, a possibilidade de se estabelecer esse tipo de cláusula sofre restrições, pois o ordenamento jurídico limita sua validade e eficácia,³⁵ como por exemplo no âmbito dos contratos celebrados nas relações de consumo. Apesar disso, parte da doutrina acentua que mesmo nas relações de consumo é possível limitar a responsabilidade em situações justificáveis quando se tratar de relação entre fornecedor e consumidor pessoa equiparado.³⁶

Do mesmo modo é possível, na forma do art. 113, §2º do Código Civil³⁷ estabelecer um “pacto de interpretação” e escolher o regime jurídico de responsabilidade a ser aplicado, definir circunstâncias que podem ser consideradas como inevitáveis (caso fortuito e força maior), assim como clausular sobre a distribuição do ônus da prova, hipóteses de decadência, bem como podem ainda ampliar ou limitar a garantia contratual, tanto para as hipóteses de inadimplemento, quanto no que se refere à qualidade do objeto da prestação.³⁸

No entanto, para que seja válida a cláusula, é necessário que não haja a violação de preceito de ordem pública e que sejam observados alguns aspectos como a bilateralidade do consentimento, a igualdade de posição das partes, a inexistência de exoneração do agente em caso de dolo ou culpa grave e não é possível isentar o contratante pelo pagamento de indenização relativa ao inadimplemento da obrigação principal,³⁹ salvo se o contrato for aleatório.

Vincenzo Roppo ao analisar os efeitos da norma italiana equivalente à nossa Lei contra o abuso do poder econômico e seus efeitos sobre os contratos, afirma que nos contratos

³³ WALD, Arnoldo. A cláusula de limitação da responsabilidade no direito brasileiro, cit. p. 2.

³⁴ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., p. 69.

³⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 906.

³⁶ WALD, Arnoldo. A cláusula de limitação da responsabilidade no direito brasileiro, cit., p. 3.

O autor faz referência ao art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor que é expresso ao estabelecer que “Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”.

³⁷ A propósito ver recente tese sobre o tema: VIEIRA, Thyessa Junqueira Gervásio. *O pacto de interpretação no direito brasileiro: uma proposta interpretativa do art. 113, §2º do Código Civil*. Tese de Doutorado, UFRGS, 2023.

³⁸ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., p. 103 e ss.

³⁹ WALD, Arnoldo. A cláusula de limitação da responsabilidade no direito brasileiro, cit., p. 4.

com abuso de dependência econômica a cláusula que constitui o instrumento direto do abuso é inválida.⁴⁰ No caso, a cláusula limitadora da obrigação de indenizar, caso sua aplicação fosse admitida para atos violadores de normas de ordem pública, representariam um instrumento que permitira todo e qualquer abuso e, portanto, sua validade não pode ser admitida.

A esse propósito, Wanderlei Fernandes desenvolve como elemento central de sua tese o argumento segundo o qual a cláusula de exoneração e limitação de responsabilidade são instrumentos de alocação de riscos, indicando que nos casos em que o legislador estabelece a alocação de riscos, tal como no Direito do Consumidor, a validade de tais cláusulas é limitada.⁴¹ O mesmo autor apresenta posicionamento no sentido de que é possível excluir a obrigação de indenizar mesmo pela obrigação principal dos contratos, divergindo de praticamente toda a doutrina antecedente, sob o argumento da possibilidade de que, em certas hipóteses, pode-se afastar a própria obrigação de indenizar relativa a prestação principal por conta de circunstâncias a serem analisadas caso a caso.⁴²

De modo similar ao argumento de Wanderley Fernandes este artigo também afirma a possibilidade de afastar a obrigação de indenizar relativamente à prestação principal, porém, de modo distinto, pois entende-se que essa possibilidade só é possível em contratos aleatórios ou em contratos comutativos de risco limitado, como por exemplo do contrato de seguro, em que as partes estabelecem limites a obrigação de indenizar e com isso definem o prêmio devido pelo segurado ou nos contratos aleatórios nos quais uma ou ambas as partes conhece e aceita o risco de nada vir a receber.

É relevante considerar que a alocação de risco pode mudar a natureza do contrato, todavia o Direito exige que o risco seja “conhecido” e “assumido”, não sendo plausível cláusulas gerais em contratos comutativos que possuem efeito surpresa, que podem ferir não a norma de ordem pública da reparação integral, como também outras normas estruturais do Direito Privado.

⁴⁰ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 872.

⁴¹ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*, cit., p. 85-98.

⁴² FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*, cit., p. 252 a 265. O autor cita como exemplo o empreiteiro que não conclui a empreitada e que executa somente 80% do que é devido, sendo necessária a contratação de terceiro para concluir essa mesma obra. Entende que é válida a cláusula contratual que tratando da obrigação principal (parte dela) limite a obrigação de indenizar a 50% do que for gasto pelo tomador da obra para sua conclusão.

3. Cláusulas limitativas da obrigação de indenizar como possibilidade de afastar o princípio da reparação integral

No Direito brasileiro diversas são as modalidades de cláusulas que limitam a obrigação de indenizar. A mais comum é a que limita o montante da reparação, com a finalidade de restringir a extensão da responsabilidade limitando o valor que o devedor terá que reparar a certos danos ou a determinada quantia, funcionando como um limite máximo da indenização.

A doutrina comumente chama esse limite como *plafond*, na indicação de um valor pecuniário que funciona como limite máximo da indenização, o que significa que o “devedor só responde até esse limite”, se o valor a ser indenizado for inferior ao limite combinado pelas partes, a cláusula limitativa não produzirá nenhum efeito.⁴³

Nesse ponto é importante não confundir a cláusula de limitação da obrigação de indenizar com cláusula penal. Na primeira situação o objetivo das partes é fixar um limite máximo a ser indenizado pelo devedor. Na segunda hipótese, o contrato fixa o quantum indenizatório ou liquida antecipadamente o dano. As duas figuras guardam alguma semelhança, porém não podem ser confundidas.⁴⁴

Além dessa modalidade, é possível que a limitação tenha por objetivo excluir a indenização de determinado tipo de dano, como por exemplo os lucros cessantes, perda de uma chance ou mesmo danos morais decorrentes do inadimplemento de uma obrigação contratual.

Essa relação de alocação de risco e limitação da obrigação de indenizar tem uma peculiaridade importante no contrato de seguro, pois nesse caso a cláusula que exclui os lucros cessantes não é tratada pela doutrina como cláusula limitativa da obrigação de indenizar, pois sua finalidade é delimitar a cobertura, que é objeto do contrato.⁴⁵ Ou seja, saber e assumir o risco é um elemento essencial para que a autonomia privada atribua a eficácia para limitação convencional à obrigação de indenizar.

⁴³ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., p. 105-106.

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, *Fundamentos do direito civil*, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 279. José de Aguiar Dias afirma que “a cláusula de irresponsabilidade é exageração da cláusula penal, vista esta apenas em seu aspecto de acerto do dano” (DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, cit., p. 17).

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, *Fundamentos do direito civil*, vol. IV, cit., p. 281.

Nessa mesma linha, a doutrina considera que as cláusulas limitativas da obrigação de indenizar devem ter por objetivo regular interesses de ordem privada, inclusive com o objetivo de afastar certas consequências da inexecução da obrigação.⁴⁶

E, como matéria vinculada à autonomia privada, submete-se aos efeitos do princípio da relatividade dos contratos, razão pela qual é possível tratar unicamente dos riscos que atingem as partes, sendo ineficaz qualquer disposição que diga respeito aos interesses e direitos de terceiros.

A título de exemplo é possível citar a cláusula estabelecida nos contratos de compra e venda de vacinas para a Covid 19, nos quais o fabricante de vacinas a inclusão nos contratos de uma cláusula de limitação da obrigação de indenizar pelos eventos adversos pós vacinação (EAPV). Pela cláusula, os entes públicos que adquirissem as vacinas, assumiriam exclusivamente a responsabilidade pelos danos derivados dos riscos do produto. Ainda que o Estado brasileiro tenha assumido tal responsabilidade com a Lei 14.125/21, isso não isenta a responsabilidade do fabricante perante o indivíduo que venha sofrer danos em razão de EAPV, podendo a vítima propor ação indenizatória contra o fabricante ou ente público, pois o acordo de limitação ou exclusão da responsabilidade não atinge direitos de terceiros.⁴⁷ Nesse aspecto, o princípio da reparação integral prevalece.

Situação distinta é a possibilidade de estabelecer que o devedor ou a parte não responda por atos de terceiros quando a execução de seu contrato depender da concorrência de terceiros autônomos, como nos contratos para construção de obras de grande porte, nos consórcios ou em relações contratuais complexas. Desse modo, é possível e lícito que um dos empreiteiros consorciados inclua uma cláusula de exclusão da responsabilidade perante o contratante por atos do outro empreiteiro, assim como o responsável pela edificação civil exclua a obrigação de indenizar por atos do engenheiro contratado para elaborar os projetos que serão por ele executados.⁴⁸

Evidentemente que nos exemplos anteriores há uma verdadeira delimitação do risco, aos moldes de uma delimitação do objeto da comutatividade contratual, situação que não

⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. A responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar. *Soluções Práticas de Direito*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 301-319.

⁴⁷ Nesse sentido WESENDONCK, Tula. Responsabilidade civil pelos danos derivados dos riscos do desenvolvimento das vacinas contra covid-19 – breves considerações a respeito da lei 14.125/21. In: RODRIGUES, Francisco Lima; MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Direito e vacinação*. Rio de Janeiro: Processo, 2022, p. 539-558.

⁴⁸ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*, cit., p. 267 a 295.

pode ser aplicada para as hipóteses de simples afastamento de deveres legais. Ou seja, embora plenamente lícito afastar a obrigação de indenizar por atos de um terceiro de quem a prestação de uma das partes dependa, o mesmo não se pode dizer quanto aos “prepostos” da parte, cuja obrigação de indenizar decorre de dever legal, tais como os previstos no art. 932 do Código Civil.⁴⁹

É possível também, que seja prevista cláusula limitativa que restringe o próprio fundamento da responsabilidade. Podem as partes por exemplo determinar que a responsabilidade somente ocorrerá nos casos de dolo ou culpa grave ou que será afastada a presunção de culpa do devedor. Além disso, podem as partes prever que determinadas situações serão consideradas como hipóteses caracterizadoras de caso fortuito ou força maior, afastando assim a obrigação de reparar para hipóteses que não seriam reconhecidas como excludentes de responsabilidade.⁵⁰

Além dessas situações, as cláusulas limitativas podem ser utilizadas para restringir a responsabilidade no tempo e que limitam a obrigação de indenizar no patrimônio do devedor (determinada parte ou para limitação da garantia patrimonial).⁵¹

Ao comparar o regime da responsabilidade contratual com a extracontratual, é possível definir como um dos critérios distintivos a possibilidade de se pré-fixar o dano, limitar ou excluir a obrigação de indenizar, pois a autonomia privada permite a cláusula limitadora segundo a qual um dos contratantes deixará de arcar com as consequências dos efeitos indenizatórios derivados do inadimplemento ou que somente irá responder até certo limite. Assim, por meio dos negócios jurídicos, as partes podem estipular cláusulas para limitar ou excluir a obrigação de indenizar.⁵² A esse propósito, reitera-se aqui que toda a disciplina dos contratos aleatórios, em especial a disposição do art. 460 do Código Civil permite que a parte assuma os riscos de não vir a ser indenizada, ainda

⁴⁹ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia”.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, *Fundamentos do direito civil*, vol. IV, cit., p. 280-281.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, *Fundamentos do direito civil*, vol. IV, cit., p. 281-282.

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Do Inadimplemento das Obrigações. Volume V, Tomo 2. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 158 e ss.

que não receba a prestação principal, como é comum na compra de bens penhorados ou compra de bens sujeitos à ação de usucapião, entre outros casos.⁵³

A cláusula limitadora da obrigação de indenizar pode corresponder a quaisquer danos, desde que atendidas certas condicionantes decorrentes da lei, da ordem pública ou da função econômico-social da obrigação pactuada; ou então se referir a prever a obrigação de indenizar até certo limite. Assim as partes podem clausular a respeito do limite a ser indenizado, porém é necessário que se observe o ponto de equilíbrio entre a liberdade individual e os deveres de proteção do lesado,⁵⁴ além de observar a própria natureza do contrato, especialmente como o risco é regulado, se o risco alocado é disponível, se o contrato é comutativo ou aleatório.

Ou seja, é preciso que exista uma causa, uma razão determinante, um interesse digno de tutela que justifique a limitação da obrigação de indenizar, tal como o baixo preço dos bens vendidos no “estado em que se encontram”, ou mesmo de serviços que são prestados sem que o prestador de serviços possa se responsabilizar pelo resultado ou mesmo pela prestação, naquelas hipóteses de serviços de resgate em que condições exógenas impedem a prestação ou que transformam o agir do devedor em uma obrigação de meio.

Todavia, em contrato comutativo, no qual há a expectativa do adimplemento, o estabelecimento de cláusula que dispense uma das partes do cumprimento de sua obrigação ou a exonere da obrigação de indenizar, de modo que cabe unicamente ao devedor escolher se irá ou não prestar, caracteriza o clássico caso de “cláusula meramente potestativa”, pois “privam de todo o efeito o negócio jurídico”, além de sujeitar o contrato ao puro arbítrio de uma das partes,⁵⁵ já que a disposição do art. 122 do Código Civil é norma de ordem pública.

A preservação da autonomia privada como espaço de regulação dos interesses privados depende, fundamentalmente, do respeito às normas de ordem pública que lhe estruturam, como são as disposições que tratam sobre a validade dos negócios jurídicos em geral, tal como esse comando de invalidade dos atos que privam de todo efeito o

⁵³ “Art. 460. Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato”.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 158 e ss.

⁵⁵ “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

negócio jurídico, sendo esse efeito conectado com o princípio da reparação integral, pois é inerente ao próprio conceito de responsabilidade associado aos atos da autonomia privada.

Além disso, as cláusulas de limitação da obrigação de indenizar não têm sido consideradas válidas quando tratam de danos regidos pela responsabilidade extracontratual. Pode parecer contradição, todavia, o estabelecimento dessa invalidade diz respeito a “placas”, “avisos” ou “anúncios” que são feitos para exonerar uma pessoa pela obrigação de indenizar quando o dano decorre da violação de um dever legal, tais como as obrigações dos profissionais que respondem objetivamente pelos danos decorrentes de sua atividade de risco.⁵⁶

O fundamento jurídico que restringe a cláusula de limitação da obrigação de reparar é a violação ao princípio da reparação integral insculpido no art. 944 do Código Civil.

Nesse sentido, a possibilidade de limitar a indenização fica condicionada a que se examine “os aspectos que constituem condicionamentos e limitações ao espaço reservado pela ordem jurídica à autorregulação dos interesses privados”,⁵⁷ por isso é relevante averiguar não somente a viabilidade do exercício da autonomia privada no momento que as partes estabelecem a cláusula de limitação da responsabilidade, como também é preciso questionar a validade e eficácia da cláusula em sua fase funcional.

Para definir a validade da disposição que limita a obrigação de reparar é necessário compatibilizar o sentido jurídico do vínculo obrigacional com as cláusulas que limitam a obrigação de indenizar pelo não cumprimento de obrigações que estaria vinculado em razão do contrato. Assim, é necessário questionar no caso concreto se as partes ainda gozam de liberdade para disciplinar a respeito da limitação da obrigação de reparar,⁵⁸ como no exemplo antes indicado sobre a “venda de bens no estado em que se encontram”, ou “venda de bens penhorados”, etc., que caracterizam os contratos aleatórios.

⁵⁶ Os casos indicados dizem respeito a avisos em obras, estradas, construções, e trabalhos perigosos. O cartaz com o aviso “Atenção, obras, responsabilidade excluída” não afasta a responsabilidade por danos causados a terceiros, especialmente no caso de atividades perigosas ou de risco. Um bom desenvolvimento do tema é apresentado por MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., p. 400 a 402.

⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. A responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar, cit. p. 301-319.

⁵⁸ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., p. 76.

Admitir que a cláusula de não indenizar possa superar disposições de ordem pública seria válida a cláusula que limitasse a obrigação de indenizar do homicídio que teve origem em um “contrato de duelo”. A esse propósito, Pontes de Miranda esclarece que eventuais regras de um contrato de duelo não são propriamente regras, “porque seria regras para o ilícito”.⁵⁹ Do mesmo modo, no esporte, “as infrações de regras assentes são atos ilícitos, porque esses riscos o esportista não assumiu”.⁶⁰

Ou seja, segundo a doutrina é pacífico que a cláusula limitadora da obrigação de indenizar somente tem validade quando sejam aceitas por ambas as partes, não representem violação das normas de ordem pública, levem em consideração o interesse econômico do credor não excluam a reparação aos danos pessoais, e devem respeitar a igualdade e simetria informativa entre as partes.⁶¹

Embora a incolumidade e integridade da pessoa não possa ser objeto de exclusão de responsabilidade, por caracterizar norma pública essencial, sendo inválidas as cláusulas que afastem a obrigação de indenizar por danos à pessoa ou mesmo a hipótese de dano morte,⁶² deve-se diferenciar a eficácia da cláusula a respeito da violação positiva da prestação e sua violação negativa, o que é feito para tratar sobre a possibilidade de cláusula para limitar os “danos extrapatrimoniais” ou “danos morais” em um sentido genérico.

Quando a obrigação de indenizar não deriva diretamente da violação negativa da prestação, o não prestar, mas decorre de uma “violação positiva”, no sentido de que os danos foram provocados por atos praticados por uma parte que cumpriu suas prestações, porém ao fazê-lo provocou danos.⁶³

⁵⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. T. LIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 386.

⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 390.

⁶¹ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, *Fundamentos do direito civil*, vol. IV, cit., p. 287.

⁶² FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*, cit., p. 231 e ss.

⁶³ Nesse sentido, a maior parte da doutrina indica que o conceito de mora no Direito brasileiro, previsto no art. 394 do Código Civil, é amplo o suficiente para que os efeitos do inadimplemento (seja pelo descumprimento de obrigações principais de prestação ou pelo descumprimento de deveres laterais de conduta – violação positiva), são similares relativamente a obrigação de indenizar, prevista no art. 395 do Código Civil. A propósito: SIMÃO, José Fernando; ARALDI, Rodrigo. Violação positiva do contrato: uma categoria verdadeiramente útil ao direito brasileiro? In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio da. *Inexecução das Obrigações. Pressupostos, evolução e remédios*. Volume II, Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 169: “A leitura do termo ‘forma do cumprimento da prestação’, presente no artigo 394 do Código Civil, de maneira mais ampla permite acomodar o descumprimento dos deveres anexos ou laterais como hipótese de mora”.

Se os danos forem provocados por atos vinculados ao contrato, todavia não pelo inadimplemento direto das obrigações contratuais, porém pelo descumprimento de deveres de conduta geradores de danos, e, portanto, sujeitos ao regime da reparação pelas regras gerais da responsabilidade civil,⁶⁴ com potencial para atingir a integridade física da pessoa, sem dúvidas que é plenamente discutível a limitação da obrigação de reparar os danos morais provocados.

O mesmo não se pode dizer se o caso disser respeito “violação negativa” ou simplesmente o inadimplemento das obrigações contratuais. Assim, não há óbices que alguém estabeleça que na hipótese de inadimplemento seja afastada a obrigação de pagamento de “danos morais” decorrentes do simples inadimplemento. Neste sentido, a própria jurisprudência é restritiva a obrigação de pagamento de danos morais pelo simples inadimplemento de obrigações contratuais, contudo, admitindo-se o dano moral em alguns casos específicos, nos quais a própria pessoa jurídica pode ser vítima, a teor da Súmula 227 do STJ.⁶⁵

Para concluir esta segunda parte, deve-se referir que apesar de um certo consenso doutrinário, há movimentos ocorrendo no Direito brasileiro que põe em xeque esse mesmo consenso, a começar pela decisão do Superior Tribunal de Justiça mencionada na introdução deste artigo.

Essa decisão admitiu cláusula limitadora da obrigação de indenizar, mesmo na hipótese de violação de norma de ordem pública, no caso infração aos artigos 36, III e IV da Lei 12.529/2011, que consideram infratores da ordem econômica “aumentar arbitrariamente os lucros; e, exercer de forma abusiva posição dominante”.⁶⁶

Essa decisão é paradigmática, tendo em vista que contraria a totalidade da doutrina e toda a jurisprudência brasileiras desde que o tema passou a ser debatido no cenário

⁶⁴ “No Brasil, a amplitude das regras aplicáveis aos casos de inadimplemento permite, mais facilmente, uma atitude decantatória, resultando em uma separação viável, no caso, entre aquilo que já se encontra regulado e a parte do inadimplemento cuja regulação mostra-se deficiente” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 273). Ver também SIMÃO, José Fernando; ARALDI, Rodrigo. *Violação positiva do contrato*, cit., p. 154.

⁶⁵ “Súmula 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

⁶⁶ Veja-se o trecho do voto vencedor que afirma a ausência de controvérsia sobre a ocorrência de dano: “As instâncias ordinárias reconheceram expressamente que a HP lançou mão da sua superioridade técnica e econômica para impor alterações de forma unilateral e sucessiva, o que culminou no aumento arbitrário de seus lucros e provocou o rompimento indireto ou forçado do contrato entabulado entre as partes (e-STJ, fls. 2.068)” (STJ, RESP n. 1.989.291/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva e Rel. para o acórdão Min. Moura Ribeiro. J. em 07 de novembro de 2023). Deve ser registrado que os Min. Ricardo Villas Boas Cuêva e Humberto Martins votaram em sentido contrário. Inclusive, o voto do Min. Cuêva contém elementos relevantes, apresentando na visão dos autores desse artigo, linha jurídica coerente com a estrutura normativa e com os princípios vigentes sobre a matéria.

jurídico nacional, pois desde a primeira edição da clássica obra de José de Aguiar Dias, a violação da ordem pública sempre foi caracterizada como hipótese de ilicitude da cláusula.⁶⁷

Do mesmo modo, também é matéria que precisa de análise a proposta de redação do art. 946-A⁶⁸ do anteprojeto para alterar o Código Civil, que afasta a “licitude” de cláusula limitadora da obrigação de indenizar para os danos morais, pois somente admite a sua celebração sobre matéria de natureza patrimonial.

Nesse sentido, diferentemente dos códigos civis francês, português e italiano, que estabeleceram as hipóteses de invalidade, o anteprojeto brasileiro optou por estrutura redacional que afirma as condições de licitude da cláusula (não tratou de ineficácia ou invalidade).

Com isso, um dos efeitos é tornar “ilícita” a cláusula de contratos bancários de gestão de carteira que normalmente exclui a obrigação de indenizar por danos morais derivados de eventual cobrança ou protesto indevido. Do mesmo modo, se a interpretação do art. 946-A for feita a *contrario sensu*, no sentido de que fora da hipótese prevista na lei para cláusulas “lícitas” todas as demais são ilícitas, todos os contratos envolvendo *realities shows* podem sujeitar os organizadores a demandas dos participantes por atos vexatórios provocados no curso desses mesmos programas.

Além disso, deve-se observar que pode ocorrer conflito com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois o art. 51, I,⁶⁹ que estabelece a possibilidade de limitação de danos (tanto morais como patrimoniais) relativamente às pessoas jurídicas. Ficando da validade da cláusula limitativa condicionada à livre pactuação entre as partes e verificação de vantagem para o consumidor (como por exemplo a redução do preço do

⁶⁷ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, cit., p. 36: “São as cláusulas de não indenizar, portanto, sempre válidas, desde que não ofenda a ordem pública e os bons costumes. Como dissemos, não há novidade nenhuma, ne exigência especial com relação a elas, para terem eficácia. As condições em que se consideram estipulações lícitas são exigidas para qualquer contrato ou ato jurídico: capacidade das partes, objeto lícito, forma prescrita em lei, requisitos de solenidade, consentimento ou acordo de vontades”.

⁶⁸ “Art. 946-A. “Em contratos paritários e simétricos, é lícita a estipulação de cláusula que previamente exclua ou limite o valor da indenização por danos patrimoniais, desde que não viole direitos indisponíveis, normas de ordem pública, a boa-fé ou exima de indenização danos causados por dolo”. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/913b2070-686a-40ae-a551-960e3707c323> acesso em maio de 2024.

⁶⁹ “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; (...)”.

produto).⁷⁰ Assim, seria um contrassenso não admitir limitação de danos morais nas relações empresariais e admiti-la nas relações de consumo.

Se por um lado a redação do anteprojeto torna mais estreita a possibilidade de pactuação, de outro alarga esse poder ao afastar a culpa grave como uma das hipóteses consideradas pela doutrina como excludente da eficácia da cláusula limitadora da obrigação de não indenizar, pois trata somente sobre os atos dolosos.

Por fim, o anteprojeto de Código Civil também não manteve o critério sobre a possibilidade de limitação da obrigação de indenizar em relação a um tema que no Direito Comparado⁷¹ tem sido flexibilizado, ao excluir da hipótese de limitação da obrigação de indenizar a responsabilidade pelo fato do produto defeituoso nas relações empresariais, disciplinado na proposta de redação do art. 931, dispositivo que por trazer hipótese de responsabilidade objetiva inclui-se entre aquelas de ordem pública.⁷²

4. Conclusão

A conclusão que se pode chegar pela pesquisa aqui desenvolvida é de que o princípio da reparação integral atua não só no plano da responsabilidade extracontratual, como também na responsabilidade contratual.

Contudo, o Código Civil, que estrutura legalmente as bases da autonomia privada, prevê a possibilidade plena de as partes disporem a respeito dos riscos que estão dispostos a assumir, permitindo que a obrigação de indenizar seja mais ou menos ampla, conforme assumam ou não os riscos do inadimplemento de uma determinada prestação.

Todavia, essa perspectiva não leva em conta a hipótese de inadimplemento gerado pela violação de deveres decorrentes da boa-fé objetiva e mesmo a violação de deveres legais objetivos que resultam em danos indenizáveis.

⁷⁰ DAL PIZZOL, Ricardo. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade, cit., p. 207-236.

No contrato de transporte de carga é uma prática comercial oferecer ao credor uma das duas opções: pagamento de frete correspondente ao valor da mercadoria declarada ou pagamento de frete reduzido, sem relação com a carga a ser transportada (com limitação do valor de indenizar em razão de avaria da mercadoria no transporte) (CASTRO, Diana Loureiro Paiva de; OLIVA, Milena Donato. As cláusulas de não indenizar nas relações de consumo e nos contratos de adesão em relações civis. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 129. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai.-jun./2020, p. 223-245).

⁷¹ Conforme previsão do art. 1.245-15, 2, do Código Civil francês, já comentado anteriormente.

⁷² Sobre a aplicação do art. 931 do Código Civil ver WESENDONCK, Tula. Aplicabilidade do art. 931 do CC nos 18 anos do Código Civil. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (Org.). *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. Bom Retiro: Quartier Latin, 2021, v. 1, p. 747-782.

Esse aspecto é relevante, tendo em vista que as cláusulas limitadoras somente serão válidas nos casos em que há um risco conhecido (ou que deva ser conhecido), que esse risco seja lícito, que seja assumido pela parte, conforme sua finalidade econômica e social.

Todavia, a matéria contém muitos pontos que ainda exigem debate, como demonstra a controversa decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que cujo voto vencedor admite a limitação da obrigação de indenizar mesmo na hipótese de violação de norma de ordem pública, bem como os problemas sistemáticos e limites redacionais da proposta de art. 946-A do anteprojeto de Código Civil, que afasta a possibilidade de disciplinar os danos morais, assim como retira entre os impeditivos da pactuação sobre a culpa grave, o que contraria a posição doutrinária consolidada no Direito brasileiro.⁷³

Referências bibliográficas

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1980.

BACACHE-GIBEILLI, Mireille. Les Obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. *Traité de Droit Civil sous la Direction de Christian Larroumet*. Tome 5. Paris: Economica, 2012.

CASTRO, Diana Loureiro Paiva de; OLIVA, Milena Donato. As cláusulas de não indenizar nas relações de consumo e nos contratos de adesão em relações civis. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 129. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai.-jun./2020.

DAL PIZZOL, Ricardo. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não paritárias. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14, 2018, p. 207-236, jan.-mar./2018.

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

DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*: chamada cláusula de irresponsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

FACHIN, Luiz Edson. A responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar. In: *Soluções Práticas de Direito*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

FREIRE, Daniel Moraes. As cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar no Direito comparado. *Revista dos Tribunais*, jun./2022.

GHESTIN, Jaques. Le contrat en tant qu'échange économique. In: *Économie des contrats: bilan et perspectives*, Revue d'économie industrielle. vol. 92., 2e et 3eme trimestres 2000.

GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon Law Series, 1991.

MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais: um ensaio de qualificação. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Coord.). *Direito: teoria e experiência*. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁷³ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, cit., p. 283 -284.

- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Do Inadimplemento das Obrigações, vol. V, t. 2, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, p. 9-35, abr.-jun./2004.
- MICHELON, Cláudio. *Direito Restitutivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. T. LIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2011.
- PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SIMÃO, José Fernando; ARALDI, Rodrigo. Violação positiva do contrato: uma categoria verdadeiramente útil ao direito brasileiro? In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio da. *Inexecução das Obrigações. Pressupostos, evolução e remédios*. Volume II, Rio de Janeiro: Processo, 2021.
- TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, *Fundamentos do Direito Civil*, vol. IV., Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- VIEIRA, Thyessa Junqueira Gervásio. *O pacto de interpretação no direito brasileiro: uma proposta interpretativa do art. 113, §2º do Código Civil*. Tese de Doutorado, UFRGS, 2023.
- VINEY, Geneviève ; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006.
- VINEY, Geneviève. *Introduction à la Responsabilité*. 3ª ed. Paris: LGDJ, 2007.
- WALD, Arnaldo. A cláusula de limitação da responsabilidade no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 4, p. 131-138, jul.-set./2015.
- WESENDONCK, Tula. Responsabilidade civil pelos danos derivados dos riscos do desenvolvimento das vacinas contra covid-19 – breves considerações a respeito da lei 14.125/21. In: RODRIGUES, Francisco Lima; MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Direito e vacinação*. Rio de Janeiro: Processo, 2022.
- WESENDONCK, Tula. Aplicabilidade do art. 931 do CC nos 18 anos do Código Civil. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (Org.). *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. Bom Retiro: Quartier Latin, 2021.

Como citar:

WESENDONCK, Tula; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O princípio da reparação integral como delineador da limitação convencional da obrigação de indenizar. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 2, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

28.5.2024

Aprovado em:

12.7.2024