

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A EQUIPARAÇÃO DA CULPA GRAVE AO DOLO PARA FINS DE INVALIDADE DA
CLÁUSULA DE EXONERAÇÃO OU LIMITAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR

THAYS DE SOUZA FIGUEIREDO

Rio de Janeiro

2024

THAYS DE SOUZA FIGUEIREDO

**A EQUIPARAÇÃO DA CULPA GRAVE AO DOLO PARA FINS DE INVALIDADE DA
CLÁUSULA DE EXONERAÇÃO OU LIMITAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Guilherme Kronenberg Hartmann**.

Rio de Janeiro

2024

CIP – Catalogação na Publicação

F475e Figueiredo, Thays de Souza
A equiparação da culpa grave ao dolo para fins de invalidade da cláusula de exoneração ou limitação do dever de indenizar / Thays de Souza Figueiredo. -- Rio de Janeiro, 2024.
78 f.

Orientador: Guilherme Hartmann.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2024.

1. Culpa Grave. 2. Dolo. 3. Cláusula de exoneração ou limitação do dever de indenizar. I. Hartmann, Guilherme, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia, desde que citada a fonte.

Thays de Souza Figueiredo

Assinatura

25/06/2024

Data

THAYS DE SOUZA FIGUEIREDO

**A EQUIPARAÇÃO DA CULPA GRAVE AO DOLO PARA FINS DE INVALIDADE DA
CLÁUSULA DE EXONERAÇÃO OU LIMITAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Guilherme Kronenberg Hartmann**.

Data da Aprovação: 25 / 06 /2024.

Banca Examinadora:

Guilherme Kronenberg Hartmann

Bruno Garcia Redondo

Haroldo de Araújo Lourenço da Silva

Rio de Janeiro

2024

À Charlyne, Marco, Anna de Oliveira e Maria de Fátima, meus pais e minhas avós, aqueles que sedimentaram o caminho que eu pude trilhar.

AGRADECIMENTOS

Por trás das realizações de qualquer pessoa, estão, acima de tudo, o incentivo e apoio daqueles que caminharam ao seu lado. Por isso, não poderia deixar de agradecer, primeiramente, aqueles que desafiaram as probabilidades e com persistência galgaram os espaços que pude ocupar.

Ao meu pai Marco e à minha mãe Charlyne, minha profunda gratidão, foi o amparo e o amor de vocês que me possibilitou chegar até aqui, vos amo e admiro profundamente.

Às minhas avós, Maria de Fátima e Anna de Oliveira, as mulheres fortes que fincaram as bases da família para que as gerações futuras triunfassem, sem vocês nada disso seria possível.

Ao meu irmão, aquele que esteve ao meu lado desde o meu primeiro ano de idade, a quem dedico um amor incondicional, o meu primeiro amigo, e o primeiro a nutrir em mim uma das virtudes mais cobiçadas e exigidas durante os cinco anos da graduação em direito: a paciência.

Ao Dudu, meu irmão de quatro patas, agrago pelo amor que ultrapassa as fronteiras humanas.

Agradeço ao meu padrinho e minha madrinha, aos meus tios e tias pelo constante apoio e especial incentivo no início da graduação, bem como às minhas primas pelos mais diversos conselhos. Um agradecimento especial aos pequenos da família: Bernardo, Gustavo, Ana Luiza, Ian, Enzo Gabriel, Maria Carolina, Maria Júlia e Maria Luiza, vocês coloreem a minha vida.

Agradeço ao Professor Guilherme, pela disponibilidade e gentileza ao orientar esse trabalho.

Agradeço a todos os meus amigos pelos laços de afeto e alegria, essa jornada não teria sido tão feliz sem a companhia de vocês:

Aos amigos que possuem um lugar especial nessa jornada desde o colegial, Isabele, Renan, Júlia, Paula, Millena, Camilla, Lorena, Letícia, Lucas e David, obrigada.

Aos amigos de faculdade, Bruna, Beatriz Lopes, Beatriz Nascimento, Cinthya, Daniel, Clhara, Rafaela e Rachel, sem vocês esses cinco anos não seriam tão leves, obrigada.

Ao futsal feminino da Nacional, esse time sempre terá um espaço especial em meu coração.

Aos meus amigos da Equipe de Competição e Estudos em Arbitragem, a melhor experiência acadêmica que a Faculdade Nacional de Direito me proporcionou. Agradeço por toda companhia durante as infindáveis noites mal dormidas, as constantes reuniões nos finais de semana, as companhias de viagem e as trocas enriquecedoras.

Aos colegas de trabalho, Júlia, Mariana, Karine, Raphaela, Clhara, Henrique, Daniel e Rafaela, com vocês forjei-me advogada. Agradeço os ensinamentos, os conselhos e a leveza que são os dias no trabalho.

À Ramaiana, por um amor que ultrapassa os limites da alma, o seu apoio e a sua força me impulsionam adiante.

RESUMO

Este trabalho busca examinar a cláusula de limitação ou exoneração do dever de indenizar - também denominadas de cláusulas de não indenizar - nos contratos empresariais, bem como os limites de validade da cláusula em se tratando de culpa grave do agente. Tais cláusulas são utilizadas para dispor sobre a alocação de risco às partes nos contratos. Assim, para assegurar a efetividade dessas cláusulas é necessário entender quais condutas são capazes de causar sua invalidade. A jurisprudência é uniforme no entendimento de que a validade da cláusula de limitação ou exoneração do dever de indenizar encontra obstáculo diante de conduta dolosa do agente. No entanto, há divergências doutrinárias sobre a invalidade de tais cláusulas por culpa grave do indivíduo, na medida em que, para uma corrente doutrinária, a culpa grave se difere fundamentalmente do dolo: enquanto no primeiro caso há a conduta sem intenção de atingir o resultado danoso, o dolo é caracterizado justamente quando a intenção do agente alcança o resultado da conduta. Diante dessa controvérsia, o âmago da discussão deve convergir para a equiparação da culpa grave ao dolo como limítrofe à validade das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar.

Palavras-chave: cláusula; risco; contratos; responsabilidade; dever de indenizar; culpa grave; dolo.

ABSTRACT

This paper examines the cross-waiver of liability clauses and its validity limits in cases of gross negligence by the agent. Essentially, the cross-waiver of liability are common to address risk allocation among parties in commercial contracts and are used to provide transparency and predictability in contractual relationships. However, to ensure the effectiveness of these clauses, it is necessary to understand which behaviors might render them invalid. There is a consistent understanding that the validity of the cross-waiver of liability clause faces obstacles in the event of fraudulent conduct by the agent. The same cannot be said for gross negligence. There are doctrinal divergences regarding the invalidity of those clauses due to gross negligence, as one doctrinal current fundamentally distinguishes gross negligence from fraud: while in the former there is intent in the action but not in the harmful result, fraud is characterized precisely when this intent overlaps the action and encompasses the result. Given this controversy, the core of the discussion shall converge on the equalization of gross negligence with fraud as a boundary to the validity of the cross-waiver of liability clauses.

Keywords: clauses; gross negligence; fraud; cross-waiver of liability; risk; contracts.

LISTA DE ABREVIATURAS E DEFINIÇÕES

§	Parágrafo
Art./Arts.	Artigo/Artigos
Código Civil ou CC	Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002
Código de Defesa do Consumidor ou CDC	Lei n.º 8.078, de 11 de setembro 1990
Código de Processo Civil ou CPC	Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015
Constituição Federal	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CISG	Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PANORAMA GERAL SOBRE OS CONTRATOS EMPRESARIAIS	12
1.1. <i>PACTA SUNT SERVANDA</i>	16
1.2. FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS	17
1.3. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	21
1.4. PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL	23
1.5. TIPICIDADE E ATIPICIDADE DOS CONTRATOS	24
1.6. O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE ALOCAÇÃO DE RISCOS	25
2. CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO OU EXONERAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR	31
2.1. FUNÇÃO ECONÔMICA E SEGURANÇA JURÍDICA	33
2.2. EXEMPLOS DE UTILIZAÇÃO E DISTINÇÃO ENTRE FIGURAS SEMELHANTES	38
3. QUESTÕES RELATIVAS À VALIDADE	42
3.1. INVALIDADE POR CONTRARIEDADE À ORDEM PÚBLICA OU NORMA COGENTE	47
3.2. INVALIDADE POR AUSÊNCIA DE BILATERALIDADE DE CONSENTIMENTO	49
3.3. INVALIDADE RELATIVA À VINCULAÇÃO DA CLÁUSULA À OBRIGAÇÃO PRINCIPAL DO CONTRATO	50
3.4. INVALIDADE DA CLÁUSULA POR DOLO	53
4. EQUIPARAÇÃO DA CULPA GRAVE AO DOLO	58
4.1. OS GRAUS DE CULPA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	62
4.2. ARGUMENTOS PELA VALIDADE DAS CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR NOS CASOS DE CULPA GRAVE	65
4.3. ARGUMENTOS PELA INVALIDADE DAS CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR NOS CASOS DE CULPA GRAVE	68
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

Contratos são a espinha dorsal das relações comerciais modernas, funcionando como ferramentas essenciais para a condução de negócios e a manutenção da ordem econômica. Eles não apenas facilitam as trocas e garantem a previsibilidade nas relações comerciais, mas desempenham um papel fundamental na distribuição de riscos e responsabilidades entre as partes. Nesse sentido, as cláusulas de exoneração ou limitação do dever de indenizar representam um pilar central na proteção da função social e econômica dos contratos, tomando a forma de um instrumento eficaz para o equilíbrio nas prestações e contraprestações estabelecidas.

Historicamente, o *pacta sunt servanda* tem sido a pedra angular do direito contratual, enfatizando a sacralidade dos contratos. No entanto, essa rigidez foi relativizada com o passar do tempo em função da necessidade de incorporação da função social dos contratos no cotidiano das práticas sociais, fundamentada na boa-fé e no equilíbrio nas relações comerciais. Isto é, a ideia de que os contratos devem ir além do simples cumprimento de obrigações legais para incorporar princípios éticos e de justiça tornou-se cada vez mais prevalente.

Nesse contexto, a boa-fé emerge como um princípio orientador, moldando não apenas as ações das pessoas durante a execução do contrato, mas também as expectativas quanto ao comportamento da outra parte. Isso significa que, além de cumprir os termos expressos do contrato, espera-se que as partes ajam abstendo-se de condutas que possam prejudicar a outra parte ou o propósito do contrato.

Dentro desse espectro, as cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar surgem como elementos cruciais dos contratos. Essas cláusulas são projetadas para definir e limitar as obrigações e responsabilidades das partes em caso de inadimplemento ou outras falhas. Sua principal função é a alocação de riscos: elas estabelecem de antemão como certos riscos serão tratados, caso materializados.

A importância dessas cláusulas reside na sua capacidade de proporcionar economia (reduzindo custos indiretos, como seguros), transparência (as partes estão sempre cientes de seus riscos e responsabilidades) e eficiência (facilitando a rápida resolução de disputas e conflitos).

No entanto, a validade dessas cláusulas não é absoluta. O direito contratual contemporâneo reconhece circunstâncias sob as quais cláusulas de limitação ou exoneração podem ser consideradas inválidas. Uma delas é o dolo do agente, onde há intenção clara de causar dano ou enganar. A presença do dolo em uma transação pode anular a proteção oferecida por tais cláusulas, pois contradiz diretamente o princípio da boa-fé e configura ato ilícito.

Por sua vez, a culpa grave surge como um ponto de debate no direito contratual. Enquanto o dolo é claramente identificado como uma causa de invalidade das cláusulas de limitação ou exoneração, a culpa grave habita uma área mais cinzenta.

Conceitualmente, a culpa grave difere do dolo na medida em que, embora haja negligência significativa, não existe a intenção explícita de causar dano. A controvérsia doutrinária gira em torno de saber se a gravidade da negligência em casos de culpa grave pode ser equiparada à intencionalidade do dolo, a ponto de também justificar a invalidação dessas cláusulas contratuais por equivaler em termos de impacto sobre a relação contratual e a confiança mútua.

A presença de dolo subverte completamente o princípio da boa-fé, pois representa uma violação fundamental da confiança que sustenta a relação contratual. Em contraste, a culpa grave, definida como uma negligência ou imprudência severa, ocupa uma posição menos clara. Essa questão é especialmente relevante quando considerado as consequências de invalidar cláusulas de limitação ou exoneração com base em culpa grave.

Por um lado, equiparar a culpa grave ao dolo pode proporcionar uma maior proteção contra a negligência, fortalecendo a confiança nas relações comerciais e incentivando as partes

a exercer com zelo e cuidado os seus deveres. Por outro lado, tal equiparação pode levar a uma maior incerteza nos contratos, com partes potencialmente hesitantes em assumir riscos, o que ocasionaria a redução da eficiência e o aumento de custos.

Como é possível observar, essa discussão não é meramente acadêmica, mas tem implicações práticas significativas. A equiparação da culpa grave ao dolo pode aumentar a responsabilidade das partes em um contrato, impactando a forma como os riscos são avaliados e gerenciados.

Ao mesmo tempo, reconhecer a culpa grave como um limite à validade das cláusulas de limitação ou exoneração reflete um movimento em direção a uma maior equidade nas relações contratuais, protegendo a função social dos contratos e trazendo segurança e confiança às partes nas relações comerciais.

Nesse trabalho, essas dimensões serão exploradas, com a análise da natureza, das implicações e dos argumentos envolvidos na equiparação da culpa grave ao dolo para a invalidação das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar.

1. PANORAMA GERAL SOBRE OS CONTRATOS EMPRESARIAIS

As relações negociais existem desde o aparecimento do homem e do desenvolvimento de grupos de indivíduos para viver em pequenas comunidades. Para o regular desenvolvimento dos grupos sociais primitivos que remetem aos interregnos temporais predecessores à fundação de Roma, era necessário estabelecer relações de permuta entre os indivíduos ou, até mesmo, entre comunidades distintas. É nesse sentido que destaca Clóvis Bevilacqua:

dada a coesão e solidariedade dos grupos sociais primitivos, as relações, que avultam contra, são, justamente, as que se travam entre eles, como unidades corporativas. São, portanto, as obrigações de grupo a grupo, de corpo social a corpo social as que realmente iniciam a construção de direitos obrigacionais. Não era, porém, necessário que todo o clã ou toda a tribo se abalasse para ir pactuar com outro grupo social equivalente. É possível que isso acontecesse algumas vezes, mas regularmente, eram os indivíduos, e, normalmente, os chefes, na sua qualidade de gestores dos negócios comuns, ou os comissários por eles designados, que entravam em transações, obrigando, solidariamente, os seus co-associados.¹

Com o desenvolvimento dessas pequenas comunidades, era imprescindível que se desenvolvessem também as relações comerciais. Influenciado por mudanças econômicas, sociais e políticas, os acordos entre comunidades ou entre humanos rapidamente evoluiu, o que antes era tratado através de simples promessas verbais, passou a contemplar instrumentos mais formais para a celebração do acordo de vontades.

Em sociedades como a da Mesopotâmia e do Antigo Egito, contratos rudimentares eram usados, frequentemente relacionados a transações de terra ou casamento. Na Roma Antiga, porém, começou-se a desenvolver um sistema jurídico mais sofisticado. O “*ius civile*” romano introduziu conceitos como o “*stipulatio*”, um tipo de contrato verbal formal que exigia a observância de determinadas formalidades, as quais não cabem adentrar para a finalidade do presente trabalho.

Com o desenvolvimento de cidades, estados e das relações humanas, que impulsionara o surgimento de transações comerciais mais complexas, contemplou-se a necessidade de

¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, p. 32.

instrumentos capazes de abarcar tais complexidades com regras mais profundas para regular as transações comerciais. Para Leonardo Gomes de Aquino:

A feição clássica do contrato vem moldada desde a época romana, tendo como padrão à vontade humana direcionada a criação de direito e obrigações (*pacta sunt servanda*). Contudo, os contratos existentes no período romano não podiam satisfazer às exigências de um comércio já em desenvolvimento.²

É cediço que o instrumento contratual tem origem na liberdade das partes para dispor suas vontades em relações comerciais, ou seja, a essência das relações comerciais é racionalizada a partir do entendimento de que a autonomia da vontade é a fonte primária e o pilar central dessas relações humanas. Com isso, o desenvolvimento das regras e dos institutos que regem a liberdade contratual é influenciado por questões culturais, sociais e políticas de cada região.

Corroborando tal questão, Leonardo Gomes de Aquino destacou dois diplomas legais que influenciaram a ideologia da liberdade contratual, quais sejam o Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão) e o BGB *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900 - Código Civil Alemão que ainda se encontra vigente:

O Código Civil Francês está impregnado pelos ideais revolucionários de 1789, consagrados nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. A disciplina dos contratos eleita pelo legislador francês atende às exigências da França pré-revolucionária, onde prevaleciam os interesses e anseios de uma sociedade encaminhada para novas formas de organização econômica-social, ou mais exatamente das classes que saíram vitoriosas na Revolução Francesa (classe mercantil e a fundiária). Por isso, o Code Civil trata o contrato como mecanismo de aquisição da propriedade, logo está subordinado à propriedade, que se apresenta como instituto-base, em torno do qual são ordenados todos os demais.

(...) Por outro lado, o direito germânico (BGB) trata o contrato dentro de uma sistemática jurídica complexa de negócios jurídicos de circulação de riqueza, de acordo com a lealdade e a confiança das partes (*Boa-fé Objetiva - Treu und Glauben* - lealdade e confiança). A legislação germânica ocorreu quase um século após a francesa. Não obstante, esse atraso e a conseqüente mudança do conceito histórico e de condições socioeconômicas, juntamente com a tradição científica germânica, fizeram com que a disciplina do contrato, no BGB, tivesse uma característica própria, mas mantendo a liberdade de contratar como princípio basilar.³

² AQUINO, Leonardo Gomes de. **Teoria Geral dos contratos**. Belo Horizonte, Editora Expert, 2021, p. 21.

³ *Ibid.* pp. 22-24.

É a partir do individualismo filosófico e liberalismo econômico que triunfaram no século XIX que as codificações francesa e alemã positivaram a ideologia da liberdade contratual. Dispensando a necessidade de uma forma específica para determinar sua validade, a ideia de contrato adotou o consentimento mútuo como o fundamento único de sua existência, em que sua força obrigatória era justificada pela aceitação comum e voluntária das condições pactuadas, com princípios e valores que permeiam as correntes doutrinárias até os dias atuais. Nas palavras de Teresa Negreiros:

A vontade como centro do contrato, articulada à regra da igualdade dos contratantes, obriga a reconhecer que tanto o legislador quanto o juiz lhe devem fiel observância, não podendo intervir naquilo que houver sido pactuado pelas partes contraentes. Estas têm ampla liberdade quanto à fixação das obrigações que voluntariamente se autoimponham; o que é querido é, nesta medida, obrigatório; e a determinação do conteúdo do querer compete exclusivamente ao indivíduo. A lei referente aos contratos – salvo quando tem em vista proteger, precisamente, a livre formação e manifestação do consentimento – legitima-se como reprodução da tácita vontade dos contraentes, e, por essa razão, tem caráter dispositivo, não se aplicando quando a “vontade tácita” deixar de coincidir com a vontade expressamente manifestada em sentido contrário.⁴

Na mesma medida que as questões locais influenciaram os rumos das relações contratuais, as relações comerciais externas, isto é, entre sociedades distintas, também produz influência na concepção das relações contratuais como um todo. Isso se dá pela necessidade de sociedades realizarem transações comerciais e financeiras com outras, como bem se vislumbrou no desenvolvimento das relações comerciais na Europa.

Na América Latina, por outro lado, a influência dessas grandes codificações e princípios contratuais está intimamente relacionada com a prática imperialista exercida não só nas Américas, mas por toda a região da Ásia e África. Através dos objetivos expansionistas das grandes nações europeias, houve uma exportação dos modelos jurídicos que culminou no desenvolvimento das normativas civilistas fora do território europeu de forma mais homogênea.

⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**, 2ª Edição. São Paulo, Renovar, 2006, p. 27.

Nesse cenário, as fontes de influência do direito civil brasileiro e das demais colônias do século XIX fomentou uma produção social e jurídica com fundamentada base no liberalismo, individualismo e patrimonialismo que marcaram as grandes codificações civilistas europeias.⁵

Assim, a história da civilização humana convergiu, de uma forma ou de outra, para uma uniformização de determinados institutos jurídicos basilares e, com a transformação de um mundo cada vez mais globalizado, em que as relações negociais vislumbram cada vez menos barreiras culturais e territoriais, esse fenômeno resultou em uma concepção de contrato que, se não universal, possui seus pilares normativos centrais fundados nos mesmos princípios.

Essa necessidade de harmonização do direito contratual pode ser observada, inclusive, com a elaboração de normais negociais basilares às transações internacionais, com a criação de convenções internacionais, como a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG).

Por óbvio, com o constante desenvolvimento das relações sociais que, no mundo contemporâneo, são cada vez mais complexas e peculiares, se percebeu a necessidade de uma especialidade jurídica adequada à realidade econômica, uma prática jurídica que desse conta de equilibrar a autonomia privada com interesses públicos e sociais. Em termos de direito comparado, relevantes codificações – como a da Itália e da França – exprimem a existência de uma disciplina jurídica especial para tratar dessas relações.

No caso brasileiro, a compartimentalização do direito obrigacional para atender as diferentes demandas da sociedade também é uma realidade, com a segmentação das disciplinas do direito contratual privado, quais sejam: a disciplina das relações de consumo, das relações empresariais, das relações de trabalho e das relações ordinárias cíveis.

⁵ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 19-20.

Para os fins do presente trabalho, tratar-se-á dos contratos empresariais. Isso porque tais relações comerciais demandam um certo grau de especialidade e capacidade necessárias ao exercício das atividades empresariais, as quais justificam uma adequação própria ao tratamento desses vínculos contratuais.

1.1. *PACTA SUNT SERVANDA* E A LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

A vontade, como extensamente abordado, é o eixo central na formação de um negócio jurídico. Da livre manifestação do consentimento resulta um negócio abarcado dentro do mundo dos fatos humanos e dos fatos jurídicos. É a partir dessa livre manifestação de vontade que se fundamenta a confiança mútua e a estabilidade das relações comerciais.

Diante da racionalidade por trás do princípio de que os pactos devem ser mantidos é possível conceber a importância que ele adquire para o desenvolvimento das relações negociais ao redor do mundo. É justamente na previsibilidade dos fatos e das relações negociais, materializadas no contrato, que se pode movimentar as relações sociais, com o desenvolvimento econômico, cultural e social das nações em escala global.

Afinal, a autonomia da vontade permite que as partes tenham liberdade para negociar e firmar contratos conforme seus interesses e necessidades.⁶ Enquanto esse princípio assegura que os contratos sejam fruto de uma decisão livre e consciente das partes, o *pacta sunt servanda*, princípio que deriva diretamente da autonomia da vontade, garante que as disposições convencionadas sejam respeitadas e cumpridas.⁷ Ou seja, é o *pacta sunt servanda*, brocardo latino que expressa a ideia de que os pactos devem ser cumpridos, que confere segurança jurídica às transações, contribuindo para a estabilidade e previsibilidade nas relações comerciais e civis.

⁶ RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22.

⁷ AQUINO, Leonardo Gomes de. **Teoria Geral dos contratos**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021, p. 49.

Sem a garantia do princípio do *pacta sunt servanda*, as relações comerciais penderiam ao fracasso, promovendo a deslealdade e a injustiça, sem qualquer segurança jurídica, o que dificultaria a circulação de capital e de riquezas. Ao contemplar a vulnerabilidade inerente às relações sociais na ausência de um comprometimento com a manutenção dos pactos, torna-se evidente a fundamental importância deste princípio para o desenvolvimento das sociedades ao redor do mundo.

No entanto, ainda que demonstrada a importância da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* para a concepção das relações sociais no plano das relações jurídicas e da proteção conferida a essas pela lei, é importante destacar que, diante do contínuo avanço das formas de contrato e dos fenômenos sociais interpretado no direito das obrigações, a crença absoluta na autonomia da vontade privada foi profundamente modificada.

No direito civil moderno, o *pacta sunt servanda* deve ser relativizado em prol da função social do contrato, da manutenção do equilíbrio contratual e da observância da boa-fé nas relações jurídicas, conforme se passa a expor.

1.2. FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A função social do contrato representa um princípio jurídico que transcende a mera relação entre as partes contratantes para abarcar considerações mais amplas de justiça social, equidade e impacto na comunidade. Este conceito moderno de contrato reflete uma evolução do pensamento jurídico que vai além do princípio clássico do *pacta sunt servanda*, introduzindo a relativização da ideia de que os acordos devem ser mantidos para que os contratos atendam também a interesses sociais e coletivos.⁸

Historicamente, a noção de contrato estava centrada na vontade e nos interesses das partes envolvidas. Essa perspectiva começou a mudar principalmente no século XX, influenciada por transformações sociais e econômicas globais, como as duas Guerras Mundiais e a Grande

⁸ BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. **Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 11, 2017, p. 39.

Depressão. Estes eventos desencadearam uma reflexão sobre a necessidade de os contratos refletirem valores sociais mais amplos, levando ao desenvolvimento do conceito de função social do contrato.

Juridicamente, a função social do contrato foi incorporada em diversas legislações nacionais e tratados internacionais. No Brasil, por exemplo, esse princípio foi formalmente adotado no artigo 113 do Código Civil, refletindo uma mudança paradigmática no direito contratual brasileiro que passou a ser interpretado com maior incidência dos princípios constitucionais.⁹ De acordo com Miguel Reale, essa disposição legal seria um “artigo-chave”, na medida em que sedimenta a função interpretativa tanto da boa-fé objetiva quanto da função social no direito.¹⁰

Mas não só. O Código Civil também tratou de destacar, em seu artigo 421, especialmente nas disposições gerais do “Título V – Dos Contratos em Geral” que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Essa abordagem implica que, pelo intérprete do contrato, deve ser considerado não apenas os interesses das partes, mas também o impacto social e coletivo do acordo.

Esse princípio possui sua materialização e interpretação ampliada sob dois aspectos diferentes. Nas palavras de Eduardo Tomasevicius Filho:

(...) a função social em sentido estrito corresponde à visão positiva da liberdade de contratar, porque essa impõe a busca de determinados fins. Não basta que o instituto jurídico produza os efeitos que dele se espera, e que não cause dano a outrem. Requer-se, além de tudo isso, a consecução de determinados resultados ou de vantagens concretas para a sociedade. Assim, na concepção negativa de liberdade, tem-se que a liberdade de contratar é exercida nos limites da função social do contrato. Na concepção positiva de liberdade, a liberdade de contratar é exercida em razão da função social do contrato. No direito brasileiro, o art. 421 tem uma redação contraditória, pois estabelece, ao mesmo tempo, tanto a concepção negativa, quanto a concepção positiva de liberdade, já que a liberdade de contratar será exercida nos

⁹ BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. **Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 11, 2017, p. 41.

¹⁰ REALE, Miguel. **Um artigo-chave do Código Civil. História do Novo Código Civil. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 240.

limites (concepção negativa) e em razão (concepção positiva) da função social do contrato¹¹.

Os princípios essenciais que orientam os contratos experimentaram uma transição significativa, movendo-se do dogma centrado na vontade e na conseqüente obrigatoriedade dos acordos, para uma abordagem que reconhece a eficácia dos contratos como decorrente da lei. Esta, por sua vez, relativiza a autonomia da vontade para validar os contratos a partir de uma perspectiva de utilidade e de justiça.

Neste contexto, embora o contrato continue sendo percebido como um instrumento para o indivíduo exercer sua autonomia privada, possibilitando a gestão de seus interesses, é fundamental destacar que a manifestação de vontade não deve ter precedência incondicional. Passa-se, assim, a desafiar a lógica de que os contratantes, por meio da livre manifestação de sua autonomia, podem fazer de tudo e que a ideia de justiça restaria intacta em razão de acordos que foram pactuados livremente.¹² Assim, ainda que o elemento predominante seja a vontade, ela deve estar acompanhada pela boa-fé objetiva e pelo ideário de justiça, reconhecendo que o poder de manifestação da vontade varia entre diferentes indivíduos com experiências e capacidade informacional diversas.

Na esfera das relações cíveis, especialmente entre partes paritárias, ou seja, partes que possuem uma certa isonomia econômica e informacional, a função social do contrato tem um papel significativo. Tradicionalmente, nessas relações, prevalecia a autonomia da vontade e a liberdade contratual. No entanto, com a introdução da função social, há um reconhecimento de que mesmo em relações entre partes isonômicas, os contratos não devem ser interpretados e aplicados de maneira isolada das suas implicações sociais.

¹¹ FILHO, Eduardo Tomasevicius. **A função social do contrato: conceitos e critérios de aplicação**. Revista de Informação Legislativa, nº 168, Brasília, p. 204.

¹² BELLOIR, Arnaud Marie Pie. POSSIGNOLO, André Trapani Costa. **Ensaio de Classificação das Teorias sobre a função social do contrato**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 11, 2017, p.39; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. III**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 12; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 5; FACHIN, Luiz Edson. **Responsabilidade Contratual no Sistema Turnkey Lump Sum**. Soluções Práticas de Direito, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 393-425; GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 48-50.

A partir dessa concepção de contrato, a função social é estabelecida como certo limite à liberdade de contratar. Em termos práticos, ainda que a autonomia da vontade permaneça como fundamento central dos contratos, a função social exige que a valoração das cláusulas contratuais seja realizada pelo intérprete com base em interesses sociais, conforme exigido caso a caso. Para Arnaud Marie Pie Belloir e André Trapani Costa Possignolo:

(...) a função social não pode ignorar a função econômica do contrato, pois a maior van tagem social do contrato é servir à circulação de riquezas com segurança.³ Assim, a função social do contrato não anula os princípios clássicos da força obrigatória dos contratos, da liberdade contratual e do efeito relativo do contrato.⁴ Decorrente disso, a vontade permanece como fundamento e elemento definidor do contrato, mas passa a ser acompanhada dos valores da sociedade, de modo que a autonomia privada apenas é limitada para a proteção dos interesses sociais. Assim, a intervenção judicial na autonomia das partes deve restringir-se ao delineado pelo legislador ou utilizado pelo juiz na presença de lacunas e obscuridades na lei ou cláusulas contratuais.¹³

Para fins amostrais, tanto Humberto Theodoro Júnior¹⁴ como Caio Mario da Silva Pereira¹⁵ delimitam exemplos da aplicação da função social do contrato como limítrofe para a liberdade de contratar: é o caso da invalidade de contrato por simulação; da lesão, do estado de perigo, da fraude contra credores; da eficácia real do compromisso de compra e venda de imóvel levado a registro; das cessões de crédito oponíveis ao devedor notificado e a terceiros (quando realizadas por meio de instrumento público ou instrumento particular qualificado); da possibilidade do promitente comprador exigir do promitente vendedor a outorga da escritura definitiva de compra e venda, sendo possível a adjudicação compulsória do imóvel em caso de recusa; da vedação ao enriquecimento ilícito; da proibição da cláusula que prejudique terceiros; da redução da cláusula penal excessiva; e da resolução por onerosidade excessiva.

Portanto, a função social do contrato representa uma abordagem mais holística e responsável ao direito contratual. Ela ressalta que os contratos, mesmo entre partes paritárias, não são apenas instrumentos legais para a realização de interesses individuais. Este princípio

¹³ BELLOIR. POSSIGNOLO, *op. cit.*, 2017, p.39.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR. *op. cit.*, 2014, pp. 113-114.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, Rio de Janeiro: Forense, vol. III, 2012, p. 12.

reforça que, no contexto jurídico moderno, o direito e a ética devem andar de mãos dadas, refletindo uma preocupação mais ampla com a harmonia social e a responsabilidade coletiva.

1.3. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A boa-fé é um princípio fundamental nas relações contratuais, servindo como um alicerce para a interpretação e execução de contratos. Ela permeia todas as fases do contrato, desde a negociação até a sua conclusão e execução, estabelecendo um padrão de conduta ética e honestidade que as partes devem seguir.

Esse princípio é entendido como uma expectativa lealdade e respeito mútuos entre as partes de um contrato, implicando na obrigação de agir com transparência e sem abuso de direito. No direito contratual, a boa-fé é tanto um princípio orientador para a formação e interpretação dos contratos quanto uma norma de conduta durante a sua execução.

Aqui, fique claro, contempla-se o estudo da boa-fé objetiva, nos termos prelecionados no artigo 422 do Código Civil. Isso porque, a boa-fé subjetiva, entendida como a intenção de um sujeito, é elemento de suporte fático de fatos jurídicos, enquanto a boa-fé objetiva é a regra de conduta dos agentes de uma relação jurídica, um princípio basilar do direito contratual. O Professor Orlando Gomes¹⁶ diferencia três funções da boa-fé objetiva: a interpretativa, a supletiva e a corretiva. Veja-se:

Orlando Gomes ao diferenciar as três funções da boa fé, ensina que a função interpretativa determina a intenção comum atribuída pelas partes à declaração contratual e, ainda, visa eliminar possíveis falhas da negociação. Enquanto isso, a função supletiva é referente aos deveres anexos que devem garantir o perfeito cumprimento e plena satisfação das partes, como o dever de informar – representada pelo art.422, CC. Já a função corretiva serve para controlar as cláusulas abusivas e como parâmetro para o exercício das posições jurídicas. Por fim, segue dizendo que “deve se observar que a boa fé incide sobre estes contratos predominantemente nas duas primeiras funções (interpretativa e supletiva). Isso porque estas funções representam, em última análise, um reforço à autonomia da vontade, ao contrário da função corretiva.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pp. 44-45.

Por essa razão, a boa-fé desempenha um papel crucial na interpretação de cláusulas ambíguas e no preenchimento de lacunas contratuais, sendo tanto um mecanismo de declaração de intenção das partes a fim de evitar falhas, como para garantir o cumprimento do contrato em acordo com a expectativa das partes e para controle contra práticas abusivas, auxiliando na resolução de conflitos e na promoção do equilíbrio contratual.

Na prática, a boa-fé exige que as partes não apenas cumpram os termos expressos do contrato, mas também respeitem os deveres implícitos de honestidade e lealdade. Esse entendimento é corroborado pelos doutrinadores Miguel Reale e Judith Martins-Costa¹⁷, na medida em que destacaram que a boa-fé é uma condição essencial da ética e, portanto, da atividade jurídica:

Caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversões, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes.

Ao lado da função social do contrato, oferece uma base sólida para a interpretação e aplicação do *pacta sunt servanda* e a sua relativização em prol de um direito dos contratos que instrumentalize cada vez mais a justiça e a ética nas relações comerciais. Enquanto o *pacta sunt servanda* enfatiza que o contrato faz lei entre as partes, a função social e a boa-fé permitem a sua interpretação e aplicação de forma mais equilibrada. Como preleciona Judith Martins-Costa:

Sendo certo que o domínio da boa-fé objetiva é o direito das obrigações, e em especial o dos contratos, importa insistir numa outra constatação: diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação de riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade. Justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, função esta, ensina Miguel

¹⁷ REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. **Um Artigo-Chave do Código Civil**. IN: REALE, Miguel e MARTINS-COSTA, Judith (coords). História do Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 241-242.

Reale, que 'é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica'.¹⁸

Como visto, esses mecanismos garantem que os contratos equilibrem a realização de interesses privados, ao compasso que sirvam como instrumentos de promoção dos valores sociais, éticos e de justiça. Em última análise, essa abordagem contribui para a construção de relações contratuais mais equilibradas, justas e alinhadas com o bem-estar coletivo.

1.4. PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL

Ao lado da boa-fé objetiva e da função social do contrato, o princípio do equilíbrio contratual corresponde ao ideário de respeito ao interesse dos contratantes, ao negócio jurídico celebrado e aos efeitos do vínculo jurídico que permeiam as relações sociais e econômicas.

Mais do que isso, enquanto o princípio da boa-fé rege a integridade e a lealdade da realização de negócios jurídicos, na sua execução e interpretação, e a função social do contrato estabelece a necessidade de observância aos interesses sociais e coletivos, o princípio do equilíbrio contratual é o terceiro pilar que expressa o respeito a alocação de riscos e finalidade das partes naquele negócio jurídico.

O respeito à repartição de riscos efetuada pelos contratantes, em uma palavra, preserva o equilíbrio contratual, desde que essa alocação de riscos observe os demais valores e princípios que integram o sistema jurídico- complexo e unitário.¹⁹

Assim, é o princípio do equilíbrio contratual que cuida da manutenção da livre manifestação de vontade, conferindo estabilidade a equação econômica e as posições contratual livremente estabelecidas. Conforme observa a professora Paula Greco Bandeira:

“O ordenamento jurídico brasileiro promove o princípio do equilíbrio econômico dos contratos, introduzido no sistema como novo princípio de direito contratual, dotado de plena autonomia, ao lado da boa-fé objetiva e da função social do contrato. O princípio do equilíbrio contratual encontra seu fundamento e justificativa no valor

¹⁸ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 457.

¹⁹ BANDEIRA, Paula Greco. **O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual**. Revista dos Tribunais Online, vol. 65, 2016, p. 5

constitucional da livre iniciativa, previsto nos arts. 1.º, IV; 9 170, caput, 10 Constituição da República, na medida em que o respeito à alocação de riscos estabelecida pelos contratantes, no decorrer da vida contratual, que exprime o equilíbrio econômico entre as prestações, nada mais representa do que a obediência ao valor da autonomia privada.”²⁰

Por essa razão é que esse princípio é constantemente vinculado a alocação de riscos em um contrato, pois ele representa a pedra fundamental de promoção dos acordos livremente estabelecidos, por meio da manutenção do estado de interesse das partes que os celebram.

1.5. TIPICIDADE E ATIPICIDADE DOS CONTRATOS

O direito moderno, pautado na autonomia da vontade das partes e na liberdade de contratar, não restringe as relações jurídicas aos contratos estipulados em lei. Isto é, as partes não estão obrigadas a observar apenas os modelos contratuais dispostos na lei. Com isso, os agentes estão livres para estabelecerem as relações negociais que melhor atenderem a expectativa das partes e a consecução econômica e jurídica do acordo estipulado.

Ainda que toda relação jurídica seja pautada pela lei, as espécies mais costumeiras recebem certa atenção especial e, não sendo diferente no Brasil, o Código Civil tratou de regulamentar em vinte e três capítulos essas relações contratuais, como a compra e venda, o empréstimo, a prestação de serviço, a doação, o seguro, a empreitada, dentre tantos outros. Tais contratos são denominados de contratos típicos, ou seja, são regulados pela lei.

Contudo, ainda que o legislador estivesse disposto a dedicar outros inúmeros capítulos aos modelos contratuais, não daria conta de prever todas as relações comerciais fruto das relações sociais. Especialmente em mundo cada vez mais globalizado, não é possível contemplar precisamente na lei todas as relações negociais e as necessidades decorrentes de cada uma delas, o que justifica que as pessoas estejam livres para estabelecer relações jurídicas pouco deduzidas pelo legislador. A esses contratos não consagrados pelo legislativo, dá-se o nome de contratos atípicos.

²⁰ *Ibid*, 2016, p. 4.

Por essa razão, o Código Civil, em seu artigo 425, preceitua: “*É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código*”. Ou seja, ainda que as relações jurídicas não estejam minuciosamente dispostas no Código Civil ou em leis especiais, deve respeitar as normas gerais de direito, incluindo-se, assim, os princípios anteriormente destacados.

(...) quando as partes constroem um regulamento contratual diverso do esquema legal típico, do mesmo passo decidem dar aos seus interesses, coenvolvidos naquela operação econômica, um arranjo e uma organização diferentes daqueles que o legislador considerou por um critério médio, como equitativos e racionais, e assumiram uma repartição dos ônus, dos riscos, dos sacrifícios e das vantagens contratuais diferentes daquela que é tida, pelo legislador como abstratamente justa.²¹

Com isso, as partes estão livres para estipular esses contratos desde que respeitem as normas gerais de Direito, bem como tratem minuciosamente dos deveres e obrigações de cada parte, resultando em contratos atípicos com muitas cláusulas por ausência de disciplina legal.

1.6. O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE ALOCAÇÃO DE RISCOS

No contexto dos contratos empresariais, por meio dos quais as partes estipulam obrigações recíprocas entre si, não se pode abstrair a figura do risco. Nas relações comerciais que abarcam as operações econômicas de intermediação, criação ou transformação para o mercado em larga escala, certamente escondem-se possibilidades infinitas de sucessos e infortúnios. Isso significa que os agentes econômicos estão sempre expostos a riscos de perdas e ganhos inerentes a atividade comercial.

O risco não simboliza necessariamente a incerteza sobre os eventos futuros, e sim a ideia de que há uma diversidade de eventos futuros cujas características são conhecidas, mas a certeza de sua materialização, em certo grau, é imprevisível.²² Ou seja, o conceito do risco é o

²¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, pp.148-149.

²² DONATO, Raphael. **A influência dos riscos nos contratos de EPC Turnkey**. Dissertação de Mestrado - Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015, p. 47.

entendimento de que há uma gama de resultados inesperados que podem ser causados a partir da conduta humana, no exercício da atividade comercial, ou de forças da natureza. Em ambos os casos não há como se ter controle absoluto.²³

Por essa razão, o próprio Código Civil brasileiro, ao tratar dos negócios jurídicos no capítulo III caracterizou o risco, em seu artigo 121, como “*evento futuro e incerto*”, o qual – nas palavras de Vera Helena de Mello Franco – “*é fato, e não ato voluntário, apto a produzir efeitos na órbita jurídica*”²⁴.

Há que se destacar que o risco, sob a ótica das análises empresariais, exprime o aspecto negativo sobre a possibilidade de ocorrência de evento futuro e incerto, o qual pode significar uma ameaça ao interesse perseguido pelas partes nos moldes acordados.

Assim, o estudo do risco se tornou, com o passar do tempo, fundamental para conferir certo grau de precisão as possibilidades de danos que possam se originar da atividade empresarial, contribuindo para o aspecto estável das relações comerciais modernas no momento negocial e porquanto aquela relação perdurar. Nas palavras de Luiz Edson Fachin:

“nunca os riscos estiveram tão disseminados por todas as ambiências sociais, e nunca a sociedade apresentou uma dinamicidade tão notória, às vezes real e simbólica, outras apenas ficcional. Assim, é preciso que o direito, e suas desinências, também passem por uma resignificação, sob pena de direcionar o olhar para um sítio onde a sociedade não mais se encontra”.²⁵

Nesse contexto, o contrato emerge como uma peça-chave para a prevenção aos riscos da relação comercial que se estabelece. Isso porque, a partir da análise dos riscos é que se pode considerá-los para que sejam distribuídos entre as partes.

²³ AQUINO, Leonardo Gomes de. **Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco**. Revista dos Tribunais Online, vol. 28, 2006, pp. 9-10.

²⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição revisada, atualizada e ampliada, 2014, p. 340.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Da Felicidade Paradoxal à Sociedade de Riscos: Reflexões sobre Risco e Hiperconsumo**. In: LOPEZ, Teresa Ancona et al (coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 381.

A alocação de riscos estabelecida pelas partes passa a estar intimamente ligada ao conceito de equilíbrio, pois as partes negociam a distribuição dos riscos como meio de estabelecer o equilíbrio do que foi pactuado.

Assim, ao analisar como os contratantes atribuíram os riscos de acordo, considerando o brocardo jurídico do *pacta sunt servanda*, o intérprete deve considerar o tipo de contrato selecionado, suas disposições contratuais intrínsecas e adicionais, e a razão específica por trás do negócio.

Logo, o contrato passa a ser mais do que uma forma validade e legítima de se estabelecer obrigações vinculantes entre as partes, para tornar-se um instrumento eficaz na alocação de riscos, na medida em que através das tratativas, com fundamento na autonomia da vontade, as partes acordam obrigações recíprocas entre si e alocam dentro desse vínculo jurídico os riscos sobre os quais cada uma se sujeitará²⁶. Esse entendimento é repercutido também pela professora Paula Greco Bandeira:

“os negócios jurídicos levados a cabo pelos particulares, notadamente os contratos empresariais, têm por finalidade repartir os riscos de determinada atividade econômica entre os contratantes, de modo a fixar as respectivas responsabilidades. Por outras palavras, atribui-se ao contratante a responsabilidade pelas consequências deflagradas pelo implemento de determinado fato superveniente previsível, cuja ocorrência, no momento da contratação, era incerta (*rectius*, risco). A verificação do risco repercutirá, assim, na esfera jurídica dos contratantes, desencadeando as responsabilidades definidas no contrato, com impacto na relação contratual e na economia das partes.”²⁷

É a partir da alocação de riscos que a relação sinalagmática é estabelecida, vez que é a partir disso que se definem os riscos assumidos por cada uma diante de suas prestações que são valoradas, dentre outras coisas, pelo grau de especialidade e pela assunção de certos riscos. Por

²⁶ GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Cláusulas contratuais de limitação e exclusão de responsabilidade civil contratual: validade, limite e questões controversas**, p. 1. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/12/7E46A699E0CFFF_edilicias.pdf. Acesso em: 02/03/2024, às 14:56h.

²⁷ BANDEIRA, Paula Greco. **O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual**. *Revista dos Tribunais Online*, vol. 65, 2016, p. 1.

óbvio, quanto maiores os riscos assumidos, maior será o retorno pelo cumprimento da obrigação.

Sob esse prisma, o contrato adquire uma função multifacetada, pois vincula as partes a prestações estabelecidas visando um objetivo comum, que será alcançado nos termos das disposições contratuais. Isso é dizer que a equação econômica ali disposta traduz um equilíbrio concreto do negócio jurídico, que respeita a função social e econômica para a qual o contrato é redigido, fruto da livre manifestação de vontade, e fundada na boa-fé das partes aos estabelecerem tais obrigações. Ainda de acordo com os ensinamentos de Paula Greco Bandeira:

Em relações paritárias, em que não há assimetria de informações, a equação econômica estabelecida pelos contratantes por meio da alocação de riscos há de ser observada em toda a vida contratual. Afinal, a repartição dos riscos traduzirá a finalidade almejada pelos contratantes com o concreto negócio, os quais buscam satisfazer os seus interesses por meio daquela específica alocação de riscos. A alocação de riscos no contrato revela, portanto, o equilíbrio econômico do negócio perseguido pelas partes contratantes e mediante o qual as partes visam a concretizar seus objetivos econômicos. Tal repartição de riscos insere-se, assim, na causa concreta do contrato, isto é, nos efeitos essenciais que o negócio pretende realizar, ou, em outras palavras, na sua função econômico-individual ou função prático-social, que exprime a racionalidade desejada pelos contratantes, seus interesses perseguidos in concreto, com base na qual se interpreta e se qualifica o negócio, em procedimento único e incindível.²⁸

Importa destacar que é através do regulamento de interesses que se determina a álea ordinária do negócio, ou seja, os riscos previsíveis que serão distribuídos entre as partes. Isso porque os riscos imprevisíveis não são objeto de alocação entre as partes, razão pela qual o Código Civil, nos artigos 478 e seguintes, estabeleceu as condições de excessiva onerosidade que, pela ruptura do equilíbrio contratual, torna a prestação de uma das partes demasiada sacrificante e possibilita o rompimento do vínculo contratual.

Da mesma forma que as partes são capazes de dispor sobre a álea ordinária do contrato, sendo possível alargá-la com a gestão de riscos que não são usuais a espécie contratual e seriam geralmente considerados eventos extraordinários, também é possível que se proceda uma gestão

²⁸ *Ibid*, 2016, p. 2.

negativa da álea normal do contrato, consistindo em uma alocação de riscos incompleta, conforme também dispõe Paula Greco Bandeira, novamente reproduzida abaixo:

Ao lado da gestão positiva da álea normal, os contratantes poderão optar por gerir negativamente os riscos econômicos previsíveis. Surge, então, a figura do contrato incompleto, o qual consiste, em linhas gerais, em negócio jurídico que adota a técnica de gestão negativa da álea normal. Com efeito, no contrato incompleto, as partes, deliberadamente, optam por deixar em branco determinados elementos da relação contratual, como forma de gestão do risco econômico superveniente, os quais serão determinados, em momento futuro, pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, segundo o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna. Cuida-se de não alocação voluntária do risco econômico, em que as partes deixam em branco determinado elemento do negócio jurídico (lacuna voluntária), o qual seria diretamente afetado pelo implemento do risco. Após a concretização do risco, as partes distribuirão os ganhos e as perdas econômicas, por meio da integração das lacunas, segundo o procedimento previsto originariamente no contrato.⁷ O modo de alocação de riscos empregado pelos contratantes será identificado a partir da interpretação da vontade declarada das partes, que poderá ser expressa ou implícita, extraída da interpretação sistemática das cláusulas contratuais.²⁹

Vale dizer que no caso dos contratos típicos se vislumbra uma alocação padrão dos riscos, ainda que não seja vedado dispor sobre eles de outra maneira. Isso porque nos moldes legais, a disposição desses riscos considera a posição que as partes ocupam na relação jurídica, bem como uma concepção abstrata sobre o que seria justo.

Por sua vez, justamente porque os contratos atípicos não estão extensamente regulados pelas leis, conforme já elencado neste trabalho, há uma necessidade de se estender sobre o tema da alocação de riscos, buscando definir com precisão as responsabilidades de cada parte para evitar futuras adversidades.

Nesse interim, o estudo dos contratos e da alocação de riscos possibilitou o desenvolvimento de diversos mecanismos para a administração desses riscos, como uma forma de modular os pressupostos da responsabilidade civil, de acordo com o que se estabelece entre as partes. Com o objetivo de lapidar o direito contratual e subsidiar os contratantes com instrumentos capazes de propiciar o alcance dos seus objetivos, foram desenvolvidos diversos

²⁹ *Ibid*, 2016, p. 3.

mecanismos capazes de auxiliar na designação das obrigações e dos riscos contratuais, como a cláusula penal, a cláusula de agravamento de responsabilidade e a cláusula resolutiva expressa.

O presente trabalho irá dispor sobre um desses institutos: a cláusula de limitação ou exoneração do dever de indenizar e a equiparação da culpa grave ao dolo como um óbice a sua validade.

2. CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO OU EXONERAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR

Por vezes denominadas cláusulas de irresponsabilidade ou de exclusão do dever de indenizar, as cláusulas de limitação ou exoneração de responsabilidade são mecanismos utilizados para a alocação dos riscos entre as partes de um contrato.

A utilização dessas cláusulas foi bastante difundida e passou a fazer parte do cotidiano dos contratos empresariais. Segundo Arnoldo Wald³⁰, as cláusulas são uma manifestação genuína da autonomia da vontade das partes ao dispor sobre a relação contratual, ainda que haja um questionamento moral acerca da utilização do instituto.

Há que se ter em mente que se trata de uma declaração volitiva e, ao intérprete, cabe o entendimento de que a cláusula de limitação ou exoneração do dever de reparação implica em uma renúncia da parte ao seu direito de reparação e por isso não pode ser presumida.³¹ É, portanto, fruto da livre manifestação de vontade.

Os termos ‘cláusula de exoneração de responsabilidade’ ou ‘cláusula de limitação de responsabilidade’ ainda causam divergências. Isso porque, alguns autores criticam a terminologia sob a defesa de que essas cláusulas não exoneram, de fato, o agente da responsabilidade sobre o dano, mas sim o seu dever de indenizar.

Nas palavras de José de Aguiar Dias:

Ninguém pode deixar de ser responsável, porque a responsabilidade corresponde, em ressonância automática, ao ato ou fato jurídico. Produzido este, a responsabilidade do agente a quem se liga será uma realidade. A cláusula não suprime a responsabilidade, porque não a pode eliminar, como não se elimina o eco. O que se afasta é a obrigação derivada da responsabilidade, isto é, a reparação.³²

³⁰ WALD, Arnoldo. **A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro**. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. Vol. II. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649143, p. 290.

³² AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de não indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª Edição, 1976, p. 38.

Em contexto parecido, Antônio Junqueira de Azevedo critica o uso do termo ‘cláusula de irresponsabilidade’, pelo mesmo racional de que o que ocorre é uma liberação do agente com relação ao dever de indenizar nos termos da responsabilidade civil brasileira.

As divergências não se limitam apenas as denominações, pois como bem demonstrado por Alexandre Junqueira Gomide, o impasse com relação ao termo ‘cláusula de não indenizar’ é ainda mais evidente. Como bem destaca o autor:

A confusão pelo termo ‘cláusula de não indenizar’ é ainda maior porque, em alguns casos, o texto legal passa a ideia de que as partes poderiam excluir propriamente a responsabilidade e não apenas o dever de indenizar. Atentemo-nos, por exemplo, no caso da evicção. Tal como veremos à frente, o Código Civil (art. 448) expressamente permite que as partes possam “excluir a responsabilidade pela evicção”. Mais do que isso. Como bem ressaltado por Antônio Pinto Monteiro, nada obsta que as partes firmem cláusula para restringir os fundamentos ou pressupostos da responsabilidade civil, acordando as partes, por exemplo, que o devedor só responderá no caso de ter agido com dolo ou culpa grave.³³

Isso porque, conforme destaca Antonio Pinto Monteiro³⁴, essas cláusulas possibilitam que o devedor se libere da obrigação de indenizar, por exemplo, perante dano causado mediante culpa leve. Ou seja, pode haver uma limitação aos pressupostos da responsabilidade, na medida que há uma exoneração do dever de indenizar de acordo com o grau de culpa, o que o autor assentou como sendo um caso de ‘exclusão por culpa leve’.

Como se pode observar, embora haja uma discussão terminológica sobre essas cláusulas, para efeitos práticos o racional de sua utilização para alocação de riscos em um contrato permanece o mesmo.

³³ GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Cláusulas contratuais de limitação e exclusão de responsabilidade civil contratual: validade, limites e questões controversas**, pp. 2-3. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/12/7E46A699E0CFFF_edilicias.pdf. Acesso em: 03/03/2024, às 23:40h.

³⁴ MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2011. p. 106-107.

2.1. FUNÇÃO ECONÔMICA E SEGURANÇA JURÍDICA

O racional por trás das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar pode ser explicado a partir de uma breve contextualização histórica, a fim de demonstrar sua aplicabilidade no direito contemporâneo. Foi justamente o período agudo da fase de industrialização que corroborou para sua disseminação e aplicação ao redor do mundo.

Isso porque, como bem explica Joaquim Marcelo Barbosa da Silva³⁵ utilizando dos ensinamentos de Ana Prata, o surgimento dessas cláusulas atendeu as necessidades do processo de industrialização que demandava segurança econômica para a exploração das atividades comerciais que possuíam elevados riscos, com custos decorrentes da alocação de riscos entre as partes que eram, via de regra, insustentáveis para as empresas. Nas palavras do autor:

Ocorre que devido a uma evolução, simultaneamente jurídica e econômica, houve um alargamento da extensão e do volume da responsabilidade contratual. A industrialização com a crescente divisão do trabalho e conseqüente especialização das atividades econômicas determinou a atomização e tendencial especialização do objeto de cada operador econômico. Disto resulta, para os sujeitos jurídicos, a necessidade de reciprocamente se relacionarem com um número cada vez maior sujeitos, com os quais acordam o fornecimento de gêneros, produtos ou serviços de que necessitam, para produzir ou fornecer serviços à sociedade. Todos os sujeitos jurídicos contratam, pois, com um número cada vez maior de outros sujeitos e a este aumento quantitativo de contratos corresponde uma diversificação dos quadros contratuais. O risco da ocorrência e da gravidade dos danos aumenta com o desenvolvimento tecnológico e com a especialização cada vez mais intensa, sendo as conseqüências do descumprimento ou do cumprimento tardio ou defeituoso por muitas vezes de valor muito superior ao da própria prestação contratada.³⁶

Assim, pelo mecanismo convencionado as empresas passaram a usufruir de certa segurança econômica para explorar atividades e estabelecer negócios que, de outra forma, não o fariam, justamente porque essas cláusulas possibilitaram isentar as partes de conseqüências oriundas de riscos que as empresas não seriam capazes de suportar.

³⁵ DA SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa. **As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual**. Caso fortuito e força maior. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. Vol. 2, 2011, pp. 183-214.

³⁶ *Ibidem*, pp. 183-214.

Por meio da liberdade para contratar, as pessoas podem dispor dessas cláusulas para alocar os riscos de cada parte. É por esse mecanismo que as partes podem conferir segurança jurídica e transparência às suas relações comerciais, vez que a utilização dessas cláusulas possibilita uma análise clara dos riscos a que cada parte estará submetida ao celebrar determinado acordo e, portanto, capazes de se prevenir para determinada gama de eventos futuros e incertos.

Importa esclarecer que não se trata, assim, de uma alocação de responsabilidade entre as partes. As responsabilidades atribuídas a cada parte de um contrato são delimitadas por outros mecanismos, por meio dos quais as partes determinam as prestações e contraprestações que acordam entre si. Logo, cada parte permanece vinculada ao acordo e as obrigações que assumiu, sendo certo que a eventual limitação ou exoneração do dever de indenizar não significa permitir o inadimplemento da obrigação.

Isto é, as cláusulas de limitação ou exoneração não constituem instrumento permissivo ao inadimplemento de obrigações, pois fosse esse o caso, essas cláusulas seriam reduzidas à instrumento de frustração dos contratos.

Ora, se as partes celebram um contrato, elas se vinculam as obrigações daquele sinalagma, mas, ao decidirem pelas cláusulas de limitação ou exoneração do dever de reparação, somente afastam o dever de indenizar fruto do inadimplemento ou do adimplemento defeituoso. Nesses casos, ainda que não haja dever de indenizar, existe a exigibilidade da prestação, razão pela qual é permitido ao credor utilizar remédios previstos no ordenamento jurídico para ver a obrigação cumprida, como é o caso do direito de retenção (art.754 e seguintes do CC) ou da execução específica da obrigação (art. art.815 e seguintes do CPC). É isso que esclarece Antonio Pinto Monteiro:

Na verdade, incorre-se num equívoco ao conferir a esta cláusula o efeito de permitir o não cumprimento da obrigação. Não é esta, contudo, a sua finalidade [...]. Com a celebração do contrato, as partes vinculam-se, obrigam-se ao cumprimento dos deveres assumidos. Mas, ao mesmo tempo, ao acordarem na exclusão da responsabilidade, afastam a indenização que seria devida ao credor por um eventual não cumprimento (ou cumprimento defeituoso) [...]. A função da cláusula de

irresponsabilidade é apenas, numa palavra, de restringir ou limitar a sanção pelo não cumprimento (*latu sensu*) das obrigações emergentes do contrato, ao nível da respectiva indemnização, sem interferir, porém, com a exigibilidade dessas obrigações, que continua a justificar-se pelos factos de as partes, ao celebrar o negócio, pretenderem que os efeitos práticos sejam juridicamente vinculativos.³⁷

A razão de ser dessas cláusulas é, portanto, assegurar as obrigações nos termos estabelecidos e conferir segurança jurídica e económica para as partes em suas relações comerciais.

A segurança económica, como explicado acima, advém da condição que a cláusula confere a parte que assume determinado risco de não sucumbir financeiramente por eventuais danos que, de outra forma, ela, como responsável, seria obrigada a reparar.³⁸

Isso porque a atuação das cláusulas em análise se manifesta no contexto da obrigação de indenizar e ocorre após a avaliação dos elementos da responsabilidade civil, os quais as cláusulas de não-indenização buscam evitar, enquanto as cláusulas limitativas de indenização procuram restringir. Essa interação direciona-se para a consequência primordial da responsabilidade civil, que é a obrigação de indenizar. Assim, é importante ressaltar que a cláusula de não-indenizar não exclui a responsabilidade, pois esta não está sujeita ao controle do indivíduo ou à sua livre disposição, sendo uma decorrência da liberdade individual e da legislação vigente.³⁹

É fundamental compreender que o propósito das cláusulas em discussão está vinculado à obrigação de indenizar, que surge como resultado natural da responsabilidade civil. Enquanto a cláusula de não-indenização busca afastar certos elementos que conduzem a essa obrigação, a

³⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2011. p. 186-189.

³⁸ WALD, Arnoldo. **A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista de Direito Contemporâneo, RT, 2015, p. 138.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. v.II**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649143. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649143/>. Acesso em: 31 mar. 2024 ÀS 19:34h; VIANA BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 140.

cláusula limitativa de indenização procura restringir o alcance dessa obrigação. Como elucidado por Caio Mario da Silva Pereira:

Neste ponto, que é relevante, reside a sua natureza jurídica: não tem a convenção o efeito de suprimir a responsabilidade, o que em verdade não se poderia fazer, porém o de afastar a obrigação dela decorrente.110 Pela convenção, o devedor, que era responsável e que continua responsável, exime-se de ressarcir o dano causado.⁴⁰

Em último plano, a análise das cláusulas em questão revela que a responsabilidade civil, e conseqüentemente a obrigação de indenizar, não podem ser completamente subvertidas pelos acordos contratuais. A cláusula de não-indenização não tem o poder de abolir a responsabilidade, pois esta é uma consequência natural e inalienável da liberdade individual e da legislação aplicável.⁴¹

Isso é o mesmo que dizer que tais cláusulas não restringem a configuração da responsabilidade civil por obstar a configuração do nexo de causalidade, mas sim restringir a consequência reparatória que dele advém. Nas palavras de Diego Carvalho Machado, a cláusula “*não é causa excludente de responsabilidade civil*”.⁴²

Nesse espectro, é crucial reconhecer que, embora as partes possam tentar limitar ou modificar os termos da responsabilidade civil por meio de cláusulas contratuais, essa responsabilidade permanece como um princípio fundamental do direito.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. Vol. II. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 286. *E-book*. ISBN 9786559649143. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649143/>. Acesso em: 31 mar. 2024 ÀS 19:34h.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. v.II**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649143. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649143/>. Acesso em: 31 mar. 2024 ÀS 19:34h; VIANA BANDEIRA. Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 140.

⁴² MACHADO, Diego Carvalho. **Notas sobre cláusulas de não-indenizar e limitativas do montante reparatório**. Revista dos Tribunais Online, Thomson Reuters, 2008, p. 46-76. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000018eb4073b537198ce37&docguid=11bca89f0f25311dfab6f010000000000&hitguid=11bca89f0f25311dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 06 de abril de 2024, às 12:28h.

Com relação a segurança jurídica, cabe a contextualização de que esta é um elemento que visa afastar o arbítrio. Ainda que seja princípio norteador no direito, elemento que confere estabilidade as relações sociais no plano jurídico, é também um elemento fático.

Se abstrata na sua concepção valorativa, a segurança jurídica também corresponde a uma realidade concreta. Na perspectiva das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de reparação, é a segurança jurídica que permite às partes antecipar as consequências jurídicas das condutas que adotarem frente aos riscos que tenham pactuado. Em outras palavras, permite às partes valorar sua conduta perante o ordenamento jurídico caso determinado evento danoso aconteça.

No caso de pactuada cláusula de exoneração de indenização do devedor por determinado evento para o qual tenha concorrido com culpa, é certo que, respeitados os limites de validade da cláusula, o credor não poderá exigir judicialmente a reparação.

Esse elemento não importa somente dentro da relação contratual, mas também para uma perspectiva coletiva. Isso porque, para evolução do direito comercial foi necessário encarar a segurança jurídica como um dos elementos centrais que trariam confiabilidade ao mercado e fomentaria o investimento econômico em uma sociedade. Fábio Ulhoa Coelho⁴³ ensina que:

Para o direito comercial, segurança jurídica é a efetivação judicial da alocação, legal ou contratual, dos riscos. Quando se pode, de modo geral, nutrir a racional expectativa de que o Poder Judiciário irá efetivar a alocação dos riscos, segundo o prescrito na lei ou previsto nos contratos, esta previsibilidade das decisões judiciais torna o ambiente de negócios juridicamente seguro.

E vai além:

Na economia globalizada, em que os investidores têm o mundo todo para investir, portanto, é à coletividade que interessa fundamentalmente a melhoria do ambiente de negócios, com o incremento do grau de segurança jurídica que o direito comercial inspira. Quando assegura a alocação de risco legal ou contratualmente definida, nas relações empresariais, é inevitável: o Judiciário protege a própria comunidade.

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. **A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado**. São Paulo: Revista de Direito Brasileira, 2017, p. 291-304.

A questão é, portanto, que essas cláusulas se tornaram instrumentos valiosos para o desenvolvimento das relações empresariais no mundo contemporâneo, vez que é justamente a partir do plano jurídico que se estabelece a confiança necessária para o desenvolvimento das relações comerciais no mundo moderno.

Ou seja, a segurança jurídica, que confere certa previsibilidade ao ambiente de negócios ao efetivar e garantir a alocação dos riscos estabelecidos entre as partes, é um dos elementos centrais para o desenvolvimento da segurança econômica, a partir da solidificação dos seus efeitos no mundo concreto.

2.2. EXEMPLOS DE UTILIZAÇÃO E DISTINÇÃO ENTRE FIGURAS SEMELHANTES

Para fins de elucidação do mecanismo, se faz necessário sua distinção com outros institutos que se aproximam, na prática, com as cláusulas limitativas ou de exoneração do dever de indenizar.

Dentre os diversos mecanismos de limitação ou exoneração do dever de reparar, o contrato de seguro é certamente um dos mais conhecidos. Em termos práticos, o contrato de seguro também propicia ao contratante a segurança de não ter de suportar prejuízos advindos de determinados riscos.

Ainda assim, o contrato de seguro visa absorver riscos específicos, restando de fora do bojo do contrato o risco que a autora Vera Helena de Mello Franco⁴⁴ denomina como especulativo, negocial ou financeiro, justamente porque não há o “*ganho que se contrabalance com uma perda do outro lado*”. Como bem destacou a autora, o contrato de seguro protege contra a expectativa de dano advinda de riscos puros e simples, previstos no bojo do contrato.⁴⁵

⁴⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição revisada, atualizada e ampliada, 2014, p. 341.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 328.

Como se pode perceber, tanto nessa espécie contratual como nas cláusulas limitativas ou de exoneração do dever de indenizar, o objetivo principal converge na mesma direção: excluir a obrigação de reparar o dano do agente causador. Ocorre que a diferença entre esses mecanismos é estrutural, pois no contrato de seguro não há o rompimento da consequência do nexo causal, ou seja, da reparação, o que ocorre é, na realidade, o desvio ou repartição da obrigação de indenizar com um terceiro.⁴⁶

Diferentemente, no caso das cláusulas de limitação ou exoneração, a desoneração do dever de indenizar ocorre justamente porque a consequência de reparação obrigatória é limitada ou deixa de existir, na medida em que a outra parte trouxe para si o risco quando da alocação contratual.⁴⁷

Outro instituto interessante são as cláusulas limitativas do objeto do contrato, por meio dos quais as partes envolvidas podem excluir certas obrigações que, de outra forma, estariam naturalmente incluídas no contrato, por constituírem uma espécie de obrigação padrão.

Embora essas cláusulas expressem também a intenção do devedor de evitar ou pelo menos restringir sua responsabilidade, é importante destacar que as cláusulas limitativas ou de exoneração do dever de reparar não funcionam da mesma maneira. Isso ocorre porque o acionamento dessas cláusulas pressupõe o descumprimento de uma obrigação contratual, já que a obrigação de reparação surge como uma consequência do não cumprimento do contrato.

Assim, as cláusulas limitativas do objeto do contrato servem para moldar a relação obrigacional ali estabelecida. Ao introduzir cláusulas limitativas do objeto do contrato, as partes buscam ajustar o escopo das obrigações que assumem. Enquanto isso, as cláusulas de não indenizar operam em um contexto diferente, pois estão intrinsecamente ligadas a ocorrência de um evento futuro e incerto do qual a parte que suportaria eventual dano se desonerou.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 341-350.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 328-341.

Em contexto com a cláusula penal, ambos os institutos operam no contexto problemático do processo obrigacional. O propósito da cláusula penal é delinear antecipadamente os limites da compensação por possíveis falhas no cumprimento do contrato, fornecendo assim uma base para a liquidação dos danos e reduzindo incertezas.

No entanto, a cláusula penal se assemelha às cláusulas limitativas do dever de indenizar, por também estabelecer parâmetros para substituir ou limitar a indenização antes mesmo do descumprimento contratual. Essas semelhanças não obscurecem, no entanto, as distintas peculiaridades de cada instituto. De acordo com a máxima de Antonio Pinto Monteiro⁴⁸:

Enquanto esta [cláusula limitativa do montante da indenização] fixa o limite máximo que a indemnização poderá atingir- não podendo o credor receber mais do que o convencionado, mas recebendo menos se o dano for inferior àquele 'tecto'-, a cláusula penal, diversamente, estabelece um valor fixo, invariável, seja qual for, em princípio, o dano do credor. É uma forma de liquidação do dano, ao contrário da cláusula limitativa, não prescindindo esta, como já referimos, do critério legal aplicável ao cálculo da indemnização.

Nesse sentido, a cláusula penal desempenha duas funções principais: a liquidação antecipada do dano e a função sancionatória para reforçar o cumprimento do contrato. Em termos de liquidação do dano, a cláusula penal possui o valor pré-fixado, geralmente invariável, substitui a indenização prevista e elimina necessidade de calcular o montante devido ou provar o dano, já que o mero descumprimento contratual aciona a penalidade. Em contrapartida, as cláusulas limitativas implicam na aplicação do critério legal para determinar o valor da indenização, o qual, no entanto, está sujeito a um limite máximo estipulado no contrato.⁴⁹

Por sua vez, a cláusula de agravamento de responsabilidade é um instituto muito próximo das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar, servindo, contudo, para agravar a responsabilidade do agente em certos casos.

⁴⁸ MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1985, pp. 145-146.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 144-146.

Imagine que em um contrato de empreitada global para a construção de um shopping houvesse cláusula alocando os riscos vinculados a obra com o empreiteiro contratado, incluindo-se os riscos imprevisíveis, seja caso fortuito ou força maior. Com a celebração do negócio jurídico e a eventual ocorrência de um terremoto, o empreiteiro seria responsável pelos danos frutos daquele evento. Nesse caso, a responsabilidade do empreiteiro pelos riscos geológicos, ainda que por motivo de força maior, é agravada. É, portanto, o alargamento da álea ordinária do negócio jurídico para abarcar riscos que, originalmente, não estariam ali dispostos.⁵⁰

Em divergência, as cláusulas de não indenizar restariam configuradas na hipótese de o empreiteiro assumir riscos que estariam ordinariamente dentre da álea do dono da obra. Por exemplo, caso o empreiteiro identificasse uma discordância entre o perfil do solo na obra e o descrito no projeto básico elaborado pelo dono da obra, aumentando consideravelmente seus gastos com troca de materiais e atraso da obra e, ainda assim, tivesse se responsabilizado em contrato por todas as características geológicas da obra e por todas as informações técnicas fornecidas. Nessa toada, o dono da obra seria desonerado de reparar o dano causado pelo erro na elaboração do projeto básico.

Diante do panorama já apresentando sobre a aplicação e utilização das cláusulas que ora limitam, ora exoneram o devedor da obrigação de reparar, cabe estender-se em uma análise acerca das questões relacionadas à validade dessas cláusulas perante o ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁰ DA SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa. **As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual**. Caso fortuito e força maior. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. Vol. 2, 2011, pp. 183-214.

3. QUESTÕES RELATIVAS À VALIDADE

A livre manifestação de vontade não é imune à lei. Da mesma forma, a expressão da autonomia privada não pode compor justificativa para a tutela indiscriminada do instituto das cláusulas de não indenizar. Dentro desse espectro resta a pergunta: qual seria o limite de validade dessas cláusulas?

Como delimita Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira:

Se, segundo Junqueira de Azevedo, a validade é “a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’)”⁵¹, o desafio do jurista no campo da cláusula de não indenizar é guiar-se por um material de regras jurídicas disposto de forma não sistemática.⁵¹

Certamente, a aplicação indiscriminada dessas cláusulas pode, por vezes, representar certo abuso de poder dentro de uma relação jurídica, como também pode subverter parte da finalidade da responsabilização, representando uma possibilidade de modulação de seus efeitos. Nessa toada, há uma necessidade vital de delimitação dos seus requisitos de validade.

Antes de adentrar o tema, cabe afastar qualquer dúvida acerca do reconhecimento do instituto perante o ordenamento jurídico brasileiro. Não é novidade que o legislador não se desdobrou na regulamentação específica dessas cláusulas. Ainda assim, é facilmente perceptível a sua aceitação quando da análise do que propõe a legislação brasileira.

Dentro dos limites conferidos constitucionalmente à autonomia da vontade do indivíduo, a consagração de negócios jurídicos visando interesses pecuniários é exercida livremente, sendo certo que a declaração de vontade dentro dos parâmetros e princípios que fundamentam a força cogente das obrigações contratuais não pode ser injustificadamente limitada.

⁵¹ VIANA BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Almedina, 2016, p. 155.

Com isso, as cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar encontram seu fundamento basilar no princípio da livre manifestação de vontade e em todas as disposições normativas e principiológicas sobre o tema – vez que são, de fato, cláusula convencional e, portanto, mecanismo disponível para utilização na formação dos negócios jurídicos.

Como se vislumbra, o racional aplicável é para a interpretação da utilização dessas cláusulas na formação dos negócios jurídicos é similar à ideia de que ainda que tais cláusulas não estejam reguladas detalhadamente pelo legislador, encontra fundamento nos imperativos constitucionais e infraconstitucionais, bem como nas normas gerais que as regulam de maneira mais ampla – se não é proibido pela lei, com fundamento na livre-iniciativa privada, as partes dispõem sobre as relações que assumem.

Para além das acepções gerais fundadas na consolidação junto ao ordenamento jurídico brasileiro da liberdade de contratar dos indivíduos, o próprio Código Civil anuncia as possibilidades por meio das quais se é possível pode moldar os efeitos da responsabilidade civil:

Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção.

(...)

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei **ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente**, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar. (g.n.)⁵²

Como observado por Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira⁵³, enquanto o artigo 448 trata da possibilidade de cláusulas que moldem a responsabilidade pela evicção, o artigo 946 reconhece a possibilidade de utilização de cláusulas para expressamente dispor em contrato sobre indenização devida por inadimplemento.

⁵² BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 mai. 2024, às 21:36h.

⁵³ Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira observou que apesar de o instituto tratar de forma mais pontual da cláusula penal, o legislador optou por utilizar expressão mais abrangente na redação do artigo, contemplando outras cláusulas jurídicas para além da penal (VIANA BANDEIRA. Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Almedina, 2016, p. 156).

É também interessante perceber que o legislador dispôs detalhadamente sobre os contratos de seguro, os quais, apesar de estruturalmente diferentes, também utilizam o racional de modulação dos efeitos da responsabilidade, mais precisamente com relação ao dever de reparar o dano.

Além disso, ainda que essa espécie de cláusula não esteja explicitamente prevista no Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor tratou de codificar a matéria nas relações consumeristas, por meio dos artigos 25, *caput* e 51, *inciso* I⁵⁴. Ainda que imponha duras vedações e limitações à utilização dessas cláusulas, dada a intrínseca posição de vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais, fato é que a codificação tratou de reconhecer a existência e utilização desse instrumento jurídico. Dentro desse contexto, não há que se duvidar acerca do reconhecimento, por parte do ordenamento jurídico brasileiro, das cláusulas de não indenizar dispostas contratualmente.

Apesar de a doutrina e a jurisprudência reconhecerem incontestavelmente a utilização das cláusulas de não indenizar, é justamente porque não há um regramento específico dedicado ao tema que a interpretação e a aplicabilidade do instituto estão sujeitas a uma interpretação de regras não sistematizadas. Como bem dispôs Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira:

A análise dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar em nosso ordenamento jurídico deve enfrentar a circunstância de não ser possível encontrar na legislação um regramento amplo e sistemático sobre a matéria, como por vezes ocorre com outros institutos⁵⁶. Ao levar-se em conta dispositivos esparsos no Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e leis especiais, o panorama geral de validade da cláusula surge por entre a verificação de disciplinas de situações específicas que permitem ao intérprete indicar em quais situações ela será considerada válida ou não. Se, segundo Junqueira de Azevedo, a validade é “a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’)”⁵⁷, o desafio do jurista no campo da cláusula de não indenizar é guiar-se por um material de regras jurídicas disposto de forma não sistemática.⁵⁵

⁵⁴ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 26 mai. 2024, às 08:42h.

⁵⁵ VIANA BANDEIRA. Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Almedina, 2016, pp. 154-155.

Considerando que tais cláusulas estão cada vez mais disseminadas nos contratos empresariais e, como extensamente já abordado, representam um importante mecanismo na alocação de risco entre as partes, o que se vislumbra é uma necessidade ainda mais vital de delimitação dos requisitos de validade das referidas cláusulas.

As cláusulas de não indenizar nem sempre são válidas, vez a isenção de responsabilidade não é vista regularmente como ética ou positiva.⁵⁶ Apesar de não haver disposição concreta e sistemática sobre o tema, não parece suficiente lastrear a validade dessas cláusulas a um exercício reflexivo tão amplo e pouco parametrizado. Por essa razão, cabe trazer à tona outras distinções de relevantes doutrinadores com relação à validade dessas cláusulas.

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira⁵⁷, dentre os requisitos de validade das cláusulas de não indenizar constariam: a não contrariedade à ordem pública ou norma cogente; ausência de dolo ou culpa grave do agente com relação a limitação ou exoneração do dever de indenizar; a permissão para criação do negócio jurídico contratual; e ausência de afronta a direito expresso.

No caso dos ditames de Antônio Junqueira de Azevedo, as cláusulas de não indenizar seriam invalidas por contrariar a ordem pública ou norma cogente, exonerar o agente em caso de dolo ou culpa grave, por isentarem o contratante do dever de indenizar em caso de inadimplemento da obrigação principal, ausência de reciprocidade da avença e, também, quando interessarem diretamente à vida e à integridade física das pessoas naturais.⁵⁸

⁵⁶ VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. v.2., 24ª Edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 296. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775736/epubcfi/6/40\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml20\]/4/86/1:356\[omb%2Cust](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775736/epubcfi/6/40[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml20]/4/86/1:356[omb%2Cust). Acesso em: 25 mai. 2024, às 19:37h.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. Vol. II. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, pp. 286-291. *E-book*. ISBN 9786559649143. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649143/>. Acesso em: 31 mar. 2024 ÀS 19:34h.

⁵⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes**. In: _____. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.

Nesse diapasão, é necessário destacar que Wanderley Fernandes⁵⁹, por exemplo, discorda da invalidade indiscriminada das cláusulas de não indenizar no que tange ao não cumprimento da obrigação principal. Para o autor:

(...) no Brasil não é possível inferir da lei tal restrição. Reconhecemos, no entanto, como se deu com a evolução da matéria nos países de tradição da common law, que a violação de obrigação essencial, que retire do negócio a sua função econômico-social, deve manter-se como critério relevante de interpretação. O caso concreto poderá ou não determinar a invalidade das cláusulas de limitação ou de exoneração de responsabilidade.⁶⁰

Com certa similitude de argumentos, Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira⁶¹ e Arnoldo Wald⁶² apontam como requisitos de validade das cláusulas de não indenizar a ausência de contrariedade a ordem pública ou norma cogente, a ausência de violação ao equilíbrio econômico contratual, a ausência de dolo ou culpa grave do agente, bem como a ausência de intenção de afastar o dever relativo à obrigação principal do contrato.

A jurisprudência⁶³, por sua vez, vem sedimentando as ressalvas da doutrina e indicando a consolidação de quatro requisitos principais – ainda que não incontroversos – acerca da validade das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar, quais sejam: **(1)** a ausência de contrariedade à ordem pública ou norma cogente, **(2)** a bilateralidade de consentimento, **(3)** a ausência de intenção de afastar o dever de indenizar inerente ao objeto essencial do contrato, e **(4)** a inexistência de afastamento do dever de indenizar por dolo ou culpa grave do agente.

⁵⁹ FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 252-256.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 265.

⁶¹ VIANA BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Almedina, 2016, pp. 155-210.

⁶² WALD, Arnold. **A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp; 131-138.

⁶³ TJSP, Apelação Cível nº 10141782020178260590, Relator Ministro Alexandre Coelho, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 16/06/2021, Data de Publicação: 17/06/2021; TJBA, Apelação Cível nº 0320747-94.2011.8.05.0001, Relator: Ministra Telma Laura Silva Britto, Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/08/2016; STJ, REsp nº 9.787/RJ, Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator Ministro Cláudio Santos, Data de Julgamento: 13/10/1992.

3.1. INVALIDIDADE POR CONTRARIEDADE À ORDEM PÚBLICA OU NORMA COGENTE

A priori, cabe destacar a importância das normas de ordem pública e porque a sua violação implicaria na invalidade das cláusulas que limitam ou exoneram o dever de indenizar. As normas de ordem pública são aquelas que carregam em si os princípios essenciais de uma sociedade, os interesses que devem ser fundamentalmente protegidos em nome do bem-estar geral. Como conceitua Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira, as normas de ordem pública representam “*um conceito vago que admite flexibilizações lógicas dentro dos limites do próprio sistema normativo e com sobreposições em relação a outros conceitos*”⁶⁴.

Por isso, as normas de ordem públicas são imperativas e indisponíveis para intervenções de acordo com o livre interesse das partes. Isso é dizer que estas normas se sobrepõem à autonomia privada e simbolizam os interesses coletivos que devem ser protegidos a todo custo. Justamente pelo seu caráter impositivo e inviolável é que nessa esfera também são abarcadas as normas cogentes.

É por esse racional que se pode perceber a força do princípio da não contrariedade à ordem pública, vez que aquilo que interessa ao bem-estar de todos e, logo, deve ser protegido por todos, não pode estar à livre disposição de alguns.

Importa ressaltar que, dada a importância do mandamento de não violação à ordem pública, esse requisito de validade se estende aos negócios jurídicos de maneira geral e não especificamente às cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar. Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira também se debruçou sobre o tema:

Normativamente, o “respeito à ordem pública” pode ser considerado um exemplo de termo indeterminado utilizado pela legislação, em que, em que pese a elasticidade semântica de seu conteúdo, o ordenamento jurídico predispõe com certa precisão qual deverá ser a sanção jurídica a ser aplicada pelo intérprete, caso sua ocorrência seja por

⁶⁴ VIANA BANDEIRA. Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Almedina, 2016, p. 159.

ele verificada. Em outros termos, a verificação da hipótese é mais vaga do que a sanção a ela aplicada. No caso, essa sanção é a nulidade do negócio.⁶⁵

A análise sobre a conformidade dos pactos que excluem ou limitam a indenização com a ordem pública deve ser direcionada à identificação de elementos como a existência de vulnerabilidade passível de invalidar a cláusula, bem como às normas impositivas do direito brasileiro. Certo é, que caso se verifique a violação, dificilmente a cláusula se manterá intacta. Tais considerações são elucidadas e sintetizadas por Gustavo Tepedino:

Para se apurar se os ajustes excludentes e limitativos ferem a ordem pública deve-se investigar, sobretudo, se havia vulnerabilidade apta a nulificar a cláusula, se o pacto vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana ao se referir à reparação de danos morais a esta causada e se há dispositivo legal que rege a restrição ao dever de indenizar em específicos contratos e atividades. Imperativos de justiça social justificam, por exemplo, vedação a qualquer acordo para excluir ou limitar o dever de indenizar nas relações de trabalho e, em geral, também nas relações de consumo.

(...)

Essas espécies de cláusula também não podem limitar a indenização dos danos que interessem diretamente à vida e à integridade física das pessoas naturais, porque, neste caso, afrontariam o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.⁶⁶

Isto é dizer que, dentro do requisito de ordem pública, há uma resistência quanto à capacidade dessas cláusulas em atribuir os riscos do empreendimento de forma distinta àquela delineada pela lei, potencialmente desafiando normativas que estabelecem a responsabilidade objetiva para determinados agentes. Tal embate representa o primeiro ponto de discordância na validade quanto à aplicação das cláusulas de exoneração do dever de indenizar.

Considerando o princípio da equidade formal como uma norma de ordem pública, a existência de imperativos legais que regem a restrição à obrigação de indenizar em certos contratos e atividades particulares é vedada, como no caso de acordos que restrinjam ou excluam a obrigação de indenizar em relações laborais. Dessa forma, a análise da conformidade

⁶⁵ VIANA BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Almedina, 2016, p. 158.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda V.; GUEDES, Gisela Sampaio da C. **Fundamentos do Direito Civil - Vol. 4 - Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649563. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649563/>. Acesso em: 20 abr. 2024, às 18:11h.

das cláusulas de não indenizar com o princípio da ordem pública demanda uma avaliação minuciosa de seu impacto sobre os direitos e interesses das partes envolvidas, assim como sobre os fundamentos essenciais do sistema jurídico vigente, com o intuito de assegurar a manutenção da equidade social e a salvaguarda dos direitos individuais.

3.2. INVALIDADE POR AUSÊNCIA DE BILATERALIDADE DE CONSENTIMENTO

Como dito anteriormente, a celebração de um contrato que contenha uma cláusula de não indenizar implica na desistência antecipada, pela parte que seria credora da indenização, de qualquer compensação por danos futuros que poderiam ser legalmente reclamados. Assim, para essa disposição contratual ser aceita se exige um ato consciente de abdicação de direito, isto é, o credor voluntariamente decide renunciar ao direito de ser ressarcido por prejuízos que ainda não ocorreram, mas que possam vir a surgir. Tal renúncia é uma escolha deliberada que transfere a responsabilidade dos riscos, desonerando a outra parte de futuras obrigações de reparação.

Em outras palavras, as cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar constituem um instrumento jurídico que predefine e limita o direito de recuperação contra possíveis danos ou perdas. Ao aceitá-la, o credor manifesta explicitamente seu consentimento em não buscar a indenização através dos meios legais no caso de ocorrência de danos. Além de instrumento eficiente para alocação de riscos em um contrato, pode ser um método essencial para evitar futuras disputas, uma vez que o acordo é previamente estabelecido e reconhecido por ambas as partes envolvidas.

Justamente porque essas cláusulas têm o condão de permitir a renúncia do credor quanto a direito potestativo, há a necessidade de que exista inderrogável consentimento sobre a cláusula. Consentimento esse que jamais se presume, pois caso venha a sofrer o dano, o credor restará impedido de pleitear o ressarcimento. Nas palavras de Carolina Ferreira Raboni:

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

cláusula exoneratória. Repita-se: pelo seu conteúdo de renúncia de direito, o consentimento do renunciante (credor da indenização) deve ser inequívoco.⁶⁷

Assim, é imprescindível a bilateralidade de consentimento como condição inafastável para a validade dessa espécie de cláusula. Ocorre que, para que o consentimento seja inequívoco, é necessário que haja também a ampla liberdade contratual ou, ao menos, pleno entendimento e capacidade técnica sobre os termos do pacto ao qual a parte está se vinculando.

Por essa razão, nas hipóteses de desequilíbrio técnico e econômico entre os contratantes, que resulte na vulnerabilidade de uma das partes, não há respaldo para a validade da cláusula de limitação ou exoneração do dever de indenizar. Afinal, como bem se sabe, a posição de igualdade entre as partes de uma negociação é um dos requisitos garantidores de consentimento mútuo e inequívoco sobre as condições contratuais.⁶⁸

Isso porque, se constatado que as partes não se encontram em posição de igualdade, há uma suscetibilidade para a imposição de certos interesses de uma parte sobre a outra, o que, por si só, contaminaria o consentimento sobre a inclusão dessa espécie de cláusula. Nesses casos, a manutenção da validade desse instituto implicaria na aceitação de cláusula abusiva, que retiraria do credor da indenização a possibilidade de exercício de um direito potestativo.

3.3. INVALIDADE RELATIVA À VINCULAÇÃO DA CLÁUSULA À OBRIGAÇÃO PRINCIPAL DO CONTRATO

Como abordado anteriormente, o *pacta sunt servanda*, ou seja, a obrigatoriedade das convenções é um dos princípios fundamentais do direito contratual. Esse princípio é o pilar central das relações sinalagmáticas estabelecidas no mundo moderno, configurada pela constituição de uma relação de prestação e contraprestação entre as partes que celebram um

⁶⁷ FERREIRA, Carolina Raboni. **A admissibilidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar numa comparação jurídica entre os ordenamentos brasileiro e francês.** Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2016, p. 92.

⁶⁸ PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludente e limitativas do dever de indenizar.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 52.

pacto. Neste sentido, a doutrina e jurisprudência vem convergindo para o entendimento de que cláusulas que pretendem exonerar uma das partes dos efeitos da responsabilidade por falhas no cumprimento de obrigações essenciais à relação sinalagmática contrariam diretamente este princípio.⁶⁹

Juridicamente, permitir aos contratantes que transacionem sobre determinado produto ou serviço sem que haja a obrigação de reparar em caso de falha na qualidade, quantidade ou no gênero da prestação desvirtuaria a natureza do acordo e imporia as partes uma relação de insegurança quanto a finalidade do negócio.

A doutrina majoritária sustenta que, ao se assumir uma obrigação essencial, é contraditório e inaceitável que simultaneamente se estabeleça uma cláusula que exonere a parte das consequências de tal responsabilidade. Isso porque a cláusula de não-indenizar, ao ser aplicada as obrigações principais, descaracteriza o contrato, retirando-lhe a essência e o equilíbrio contratual. É nesse sentido que preconiza Gustavo Tepedino:

Tome-se também, como exemplo, a cláusula mediante a qual o vendedor pretendesse excluir a garantia legal do comprador de obter a reparação do defeito ou a substituição da coisa que se traduziria no afastamento de uma obrigação essencial do contrato e, por consequência, descaracterizaria o próprio tipo contratual. É, como ressaltado em doutrina “extremamente contraditório, um verdadeiro contrassenso, assumir uma obrigação e furtar-se a ela”.

É por isso também que a cláusula limitativa do dever de indenizar, no geral, não autoriza o devedor a abandonar o projeto, mesmo que, financeiramente, lhe seja mais benéfico do que cumprir o contrato até o final. Do contrário, a cláusula limitativa equivaleria à autorização, dada ao devedor, para desistir do contrato com o pagamento do valor ali estipulado. Não é esta, em rigor, a função das cláusulas limitativas, que não representam cláusula de arrependimento, tanto é que sua previsão, no contrato, não afasta a possibilidade de o credor optar por sua execução específica. A cláusula limitativa do dever de indenizar existe, de ordinário, para que as partes se resguardem de indenizações inesperadas, e não para que se furem de cumprir obrigações essenciais àquele tipo contratual, sendo geralmente incluídas em contratos cuja prestação recaia sobre objeto que possa, por exemplo, ser danificado, como é o caso

⁶⁹ AVELAR, Leticia Marquez de. **A cláusula de não indenizar: uma releitura do instituto à luz do atual código civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo – USP, 2011, pp. 205-211; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 203; VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. v.2., 24ª Edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 298. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775736/epubcfi/6/40\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml20\]/4/86/1:356\[omb%2Cust](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775736/epubcfi/6/40[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml20]/4/86/1:356[omb%2Cust). Acesso em: 25 mai. 2024, às 19:37h.

dos serviços prestados nas plataformas de petróleo, ou para limitar a indenização dos lucros cessantes cujo valor pode ultrapassar em muito o próprio preço do contrato.⁷⁰

Ora, permitir uma cláusula que exclua a garantia legal em um contrato de compra e venda, isentando o vendedor do dever de indenizar fruto da responsabilidade por defeitos ou pela não conformidade dos bens transacionados, implicaria em uma espécie de isenção do vendedor com relação a qualidade da coisa pactuada, o que vai de encontro ao próprio objetivo do contrato. Por isso é que a jurisprudência também se posiciona há certo tempo no sentido de que as cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar não devem permitir que uma das partes se furte às suas responsabilidades centrais. Em outras palavras, não se pode utilizar tais cláusulas para justificar a inexecução de obrigações fundamentais, transformando-as, assim, em uma espécie de "*cláusula de arrependimento*".

À título de exemplo, tem-se o Recurso Especial nº 83.179/SP⁷¹, de relatoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito. O caso tratava de um roubo de veículo em estacionamento comercial. As empresas responsáveis pelo estacionamento interpuseram o recurso alegando a validade da cláusula de não indenizar no contrato de locação de vaga, vez que havia bilateralidade de consentimento, bem como a ocorrência de força maior.

A Terceira Turma, por unanimidade, seguindo o voto do Ministro relator decidiu pelo não provimento do Recurso Especial com fundamento (i) na ausência de provas de comprovação de caso fortuito ou força maior e, principalmente, (ii) na invalidade da cláusula de não indenizar do contrato de locação, que não poderia beneficiar a empresa que explorava comercialmente o estacionamento. Isso é dizer que, considerando que a empresa cobrava pelo serviço de guarda e vigilância, não poderia a sua responsabilidade ser “superada pela isenção espontânea”. Em seu voto, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito destacou que “*A empresa que explora o*

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda V.; GUEDES, Gisela Sampaio da C. **Fundamentos do Direito Civil - Vol. 4 - Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649563. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649563/>. Acesso em: 20 abr. 2024

⁷¹ STJ, Recurso Especial nº 83.179/SP, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator: Carlos Alberto Menezes Direito, Data de Julgamento: 08/09/1997.

estacionamento, por definição, não pode isentar-se da responsabilidade pela guarda a que se propôs”.

No contexto prático, quando um contrato é celebrado incluindo uma cláusula limitativa do dever de indenizar, espera-se que isso sirva para prevenir riscos de indenizações desproporcionais ou inesperadas, particularmente em áreas de alto risco ou onde o potencial de dano é significativo. No entanto, mesmo nesses casos, a aplicação da cláusula não deve ultrapassar o limite de afetar o cumprimento das obrigações essenciais do contrato. Em suma, essas cláusulas devem ser vistas como uma ferramenta de gestão de risco, e não como um meio para evadir-se de responsabilidades fundamentais.

Portanto, a aplicação de cláusulas limitativas do dever de indenizar deve ser cuidadosamente ponderada e restrita a aspectos que não comprometam a obrigação principal do contrato. O equilíbrio entre a segurança jurídica e a justa execução dos contratos exige que tais limitações sejam aplicadas de maneira que não contrariem o objetivo e a natureza do acordo firmado. Em todos os casos, o respeito às obrigações contratuais essenciais deve prevalecer sobre quaisquer acordos que visem limitar indevidamente os efeitos da responsabilidade por seu não cumprimento.

3.4. INVALIDADE DA CLÁUSULA POR DOLO

A validade das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar também encontra obstáculo quando se fala em dolo do agente. Ou seja, se um contrato incluir uma cláusula que isente o devedor de pagar indenizações, essa cláusula geralmente não será válida se o descumprimento do contrato for intencional. Em outras palavras, se for comprovado que o devedor agiu com dolo, ou seja, com a intenção clara de não cumprir suas obrigações, a cláusula de não indenização perde seu efeito.⁷²

⁷² DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar**. 4ª Edição Revisada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980, pp. 112-113.

Isto é dizer que, nesses casos, o devedor não pode legalmente evitar ser responsabilizado por danos causados pela sua falta de cumprimento deliberada do contrato. Isso implica que, apesar da existência da cláusula, ele será obrigado a compensar a outra parte pelas perdas resultantes do seu ato intencional.

Na conceituação clássica, a caracterização do dolo do agente implica na análise de um elemento subjetivo, qual seja a intenção do agente em produzir o resultado danoso, que nem sempre é de fácil percepção. Contudo, a moderna caracterização do dolo indica que basta demonstração de que o agente tenha consciência da sua conduta, bem como do resultado que se seguirá, sem que reste necessário a demonstração da vontade do agente em alcançar aquele resultado.

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira:

Dolo é a infração do dever legal ou contratual, cometida voluntariamente, com a consciência de não cumprir.¹⁰ A vontade do agente pode dirigir-se para o resultado maléfico, e, sabendo do mal que sua conduta irá gerar, quer este resultado, apesar de suas consequências conhecidas. Esta é uma noção clássica de dolo que Carvalho de Mendonça resume no *animus injuriandi*.¹¹ Não é modernamente necessária, na sua configuração, aquela preordenada vontade de violar a obrigação (Ruggiero). Basta, a caracterizá-lo, que o agente tenha a consciência da infração, e esteja ciente do dano que se lhe siga. O elemento fundamental de sua verificação, para a concepção tradicional, estava no *animus nocendi*, intenção de causar o mal, de difícil e às vezes impossível objetivação na prática, porque se é fácil provar a transgressão, e se o efeito danoso logo se consigna, a intenção é de evidenciação difícil, em razão da sua extrema subjetividade e seu menor grau de exteriorização. Adotando-se a outra concepção, já se torna mais viável demonstrá-lo, pois que não há mister indagar se o agente quis o efeito maléfico, senão que tinha a percepção da violação ou a consciência dela.⁷³

Para fins técnicos, não basta somente a caracterização do dolo, como também a constatação do momento de incidência do dolo. Para isso é diferente considerar o dolo em dois contextos contratuais distintos.

⁷³ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. v.II**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, pp. 286-291. *E-book*. ISBN 9786559649143. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649143/>. Acesso em: 31 mar. 2024 às 19:34h.

O primeiro ocorre quando o dolo afeta diretamente a formação do contrato, especificamente no processo de inclusão de cláusulas que isentam o devedor de indenizar por perdas e danos, mesmo em casos de descumprimento doloso. O segundo tipo de dolo refere-se às situações em que a cláusula do contrato já prevê expressamente essa isenção, mesmo sabendo da possibilidade de ocorrência de dolo, liberando o devedor de qualquer responsabilidade.

No caso em que o dolo está envolvido diretamente na formação do contrato, trata-se de caso de ineficácia da cláusula de não indenizar, e não de um caso de invalidade.⁷⁴ Isso porque a introdução de dolo no processo de formação de um contrato representa uma grave violação dos princípios de confiança e honestidade, pilares que devem sustentar todas as relações contratuais. Nos termos do que preleciona Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira⁷⁵:

Na primeira situação a cláusula de não indenizar é inserida no contrato mediante dolo, enquanto na segunda hipótese o próprio conteúdo da cláusula de não indenizar se refere ao dolo. Em tais casos, o regime jurídico aplicável será o da nulidade, e não o da anulabilidade. Conforme linha de raciocínio traçada acima, a responsabilidade por dolo não pode ser excluída de antemão por manifestação de vontade das partes, uma vez que uma disposição com essa afrontaria o princípio da boa-fé objetiva e ordem pública. Os dispositivos positivados que permitem tal conclusão sobre o regime jurídico aplicável são os arts. 122 e 166, II, do Código Civil.

Como bem explicita o autor acima, é por essa razão que a jurisprudência geralmente não permite que as partes, através de um acordo prévio, eliminem a responsabilidade por danos causados intencionalmente. Essa exclusão vai contra o princípio da boa-fé objetiva, que é fundamental no direito contratual e visa assegurar que as transações sejam justas e equitativas. Esse entendimento também é compartilhado por Alexandre Sales Cabral Arlota⁷⁶:

Conclui-se, sem muito esforço, que a vedação à cláusula exoneratória em sede de comportamento doloso se escora diretamente na boa-fé. De fato, o descumprimento voluntário de obrigação contratual frustra a legítima expectativa do outro contraente, lançando-o à incerteza, o que não se deve admitir. Essa quebra de confiança contraria,

⁷⁴ AVELAR, Letícia Marquez de. **A cláusula de não indenizar: uma releitura do instituto à luz do atual código civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo – USP, 2011, p. 195.

⁷⁵ VIANA BANDEIRA. Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Almedina, 2016, p. 192.

⁷⁶ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A cláusula knock-for-sknock e sua admissibilidade à luz do direito brasileiro**. Tese de Doutorado - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018, p. 159.

assim, o fundamento axiológico do próprio direito, em desrespeito ao fim social que a ele se vincula.

Assim, qualquer cláusula que tente eximir uma parte de responsabilidade por atos praticados com dolo antes mesmo de tais atos ocorrerem é considerada contrária à ordem pública. Esse entendimento sublinha que os princípios fundamentais e as expectativas legítimas não devem ser dispensados ou negligenciados, mesmo diante da autonomia da vontade das partes expressa em um contrato.

Com relação ao segundo momento de caracterização do dolo, apesar de não se falar em invalidade como um dos componentes do plano do negócio jurídico, mas sim a perda de abrangência dos efeitos da cláusula, justamente por violar princípios fundamentais ao ordenamento jurídico brasileiro. Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira também se debruça sobre o tema:

Entretanto, o dolo que ocorre no momento posterior à conclusão do contrato não se mostra tendente a influenciar propriamente o âmbito de validade da cláusula, como um dos planos do negócio jurídico. O que ocorre, tecnicamente, é que a cláusula de não indenizar não pode ter abrangência normativa – isto é, não pode incidir – nos casos em que o devedor dolosamente não cumpra o pactuado. Do mesmo modo que a inclusão do dolo como objeto da cláusula é fulminada de nulidade, não há sentido jurídico em se permitir que a cláusula de não indenizar que não se expresse diretamente sobre tal expediente possa abarcá-lo.⁷⁷

Assim, tais cláusulas perdem a validade quando caracterizado o dolo, pois, caso assim não fosse, estar-se-ia atenuando a responsabilidade daquele que descumpriu deliberadamente a obrigação. Não fosse o bastante, a invalidade da cláusula de limitação ou exoneração do dever de indenizar têm por base um segundo fundamento: o artigo 122 do Código Civil.

Como dito anteriormente, admitir a exoneração ou limitação do dever de reparar em caso de dolo ocasionaria a perda da essência da convenção celebrada entre as partes. Isso porque, além de representar uma ofensa direta ao princípio da boa-fé, a cláusula imporia uma condição

⁷⁷ VIANA BANDEIRA. Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Almedina, 2016, p. 193.

puramente potestativa ao tornar o cumprimento da obrigação dependente exclusivamente da vontade do devedor. Como se sabe, essa condição é pelo art. 122 do Código Civil.⁷⁸

Portanto, ainda que por racionais diferentes, fato é que a caracterização do dolo do agente implica na impossibilidade de atender aos fundamentos das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar, não sendo possível eximir o devedor dos efeitos da responsabilidade por eventuais danos que causar. Se o dolo ocupa um lugar praticamente unânime para a invalidade das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar, o mesmo não pode ser dito nos casos de culpa grave.

⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda V.; GUEDES, Gisela Sampaio da C. **Fundamentos do Direito Civil - Vol. 4 - Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649563. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649563/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

4. EQUIPARAÇÃO DA CULPA GRAVE AO DOLO

Elemento essencial à responsabilidade civil, a culpa está vinculada ao inadimplemento do agente quanto a um dever sobre o qual se direcionou uma conduta contrária ao que dispõe a lei em geral ou as normas contratuais. No âmbito da responsabilidade, dessa espécie de conduta que resulta em um dano surge o dever de reparação.

Em que pese a difícil tarefa de conceituar precisamente a culpa, entende-se que esta possui uma feição subjetiva, com contornos objetivos. Isto é dizer que para se inquirir a culpa, é necessário uma avaliação subjetiva acerca da conduta do agente, bem como uma análise dos resultados objetivos acerca da conduta.

Nesse sentido, utilizando-se as palavras de Fernando Pessoa Jorge⁷⁹, a culpa pode ser caracterizada como “*o nexa de imputação psicológica do acto ao agente*”. É nessa linha que Caio Mario da Silva Pereira se debruçou sobre o tema para explicar:

Na culpa encontra-se o fator inadimplemento, porém despido da consciência da violação. A culpa é a inobservância de uma conduta razoavelmente exigível para o caso concreto, tendo em vista padrões medianos. A ação é voluntária, no que diz respeito à materialidade do ato gerador das consequências danosas. Mas o agente não procura o dano como objetivo de sua conduta, nem procede com a consciência da infração. Daquela ação derivam consequências prejudiciais, que não podem ficar livres da reparação. Há, assim, um encadeamento de fatos e consequências: uma atuação voluntária, ainda que sem a consciência da transgressão; um dano a alguém; uma obrigação de repará-lo, porque a conduta foi contraveniente à imposição de uma norma. Analisada originariamente esta série de fatos e consequências, ressalta que o fundamento da responsabilidade por culpa está na infração mesma de um dever, seja este legal, seja contratual, que o agente devia ter evitado, conduzindo-se de maneira a não faltar a ele. Nela articulam-se dois fatores: o dever violado e a imputabilidade do agente. O primeiro, presente na atuação da vontade consciente para a ação em contrariedade a uma predeterminação (elemento objetivo), e a segunda na verificação de não ter ele prevenido ou evitado os efeitos, podendo fazê-lo. Desde que o agente transgrediu a norma, seja ela instituída pela lei geral, seja criada pela convenção que é lei particular entre as partes, e com isto causou dano a outrem, responde pelas consequências e sujeita-se à reparação. Mas acha-se fora de sua etiologia a vontade de causar o mal, ou a consciência mesma da violação.

⁷⁹ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999, p. 321.

Ademais, Gustavo Tepedino também já tratou da aceção clássica da culpa e discorreu:

Caracteriza-se, por conseguinte, a culpa, pela voluntariedade da conduta, entendida como a consciência do comportamento. Pouco importa a intenção do agente quanto à produção do resultado danoso: haja ou não o propósito de causar prejuízo, há culpa lato sensu se presentes, na violação do dever preexistente, a vontade de agir e a previsibilidade do resultado. A culpa encerra, nesses termos, mero nexó psíquico entre o autor e o resultado.⁸⁰

Assim, tem-se a distinção da culpa entre contratual ou extracontratual. No caso da culpa contratual, o que se vislumbra é a violação de uma norma pactuada, ou seja, é a infração com relação às normas convencionadas entre as partes. A culpa extracontratual decorre, por sua vez, da transgressão de uma norma positivada, isto é, de um dever legal que as partes devem observar e respeitar, e pode ser definida como aquiliana.⁸¹

Outro ponto que merece destaque é que não se faz necessário somente a conduta que gera o ato danoso, mas também a possibilidade de que o resultado danoso pudesse acontecer, isto é, a sua previsibilidade. Portanto, a noção de culpa, em sentido amplo, está vinculada à infração cometida por um indivíduo, agindo em seu livre-arbítrio, de uma norma estabelecida que gera um dano que poderia ser previsto e evitado.

No entanto, para a clareza de argumentação é necessário distinguir a culpa *lato sensu*, a qual abrange também o dolo, da culpa em sentido estrito, sendo esta última o tema de estudo desse capítulo e adiante referida apenas como culpa. Dentre as manifestações clássicas da culpa em sentido estrito, merece destaque a negligência, a imprudência e a imperícia.

A negligência é caracterizada pela falta de zelo ou atenção necessária na execução de uma ação, o que significa não seguir as normas estabelecidas que, se obedecidas, poderiam prevenir

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda V.; GUEDES, Gisela Sampaio da C. **Fundamentos do Direito Civil - Vol. 4 - Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 123. *E-book*. ISBN 9786559649563. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649563/>. Acesso em: 12 mai. 2024.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. v.II**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649143. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649143/>. Acesso em: 31 mar. 2024 ÀS 19:34h.

um dano. À título de exemplo, um dano que ocorre devido à conduta do agente mediante a falta de atenção necessária que uma situação exigiria pode ser classificado como negligente.

Por outro lado, a imprudência é definida como a conduta precipitada e sem a devida reflexão do agente, que acaba causando danos que poderiam ser evitados caso houvesse maior cautela. Já a imperícia está ligada à falta de competência técnica para realizar determinadas atividades, ou seja, ocorre quando uma pessoa realiza uma tarefa para a qual não está devidamente preparada ou qualificada, elevando o risco de dano.

Além disso, a culpa pode ser classificada em diferentes graus conforme a natureza do descuido ou negligência. Os três principais graus de culpa são: grave, leve e levíssima, cada um refletindo uma intensidade específica de desatenção ou desvio da conduta padrão esperada em determinada circunstância. A compreensão desses graus é crucial para a discussão que será tratada a seguir, vez que ao inserir na equação os graus de culpa de um agente, as discussões sobre as cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar são acentuadas por divergências. Isso porque a validade dessas cláusulas mediante culpa grave do agente está longe de ser um tema pacificado pela doutrina.⁸²

A culpa leve relaciona-se a situações em que o dano ou prejuízo poderia ter sido evitado caso o indivíduo tivesse empregado um nível de atenção considerado ordinário. Esse grau de culpa se baseia na ideia de que o agente falhou em cumprir com as diligências básicas esperadas de qualquer pessoa prudente em circunstâncias semelhantes. A culpa leve implica um deslize na observância de práticas de segurança ou de comportamento que seriam normalmente seguidas por um cidadão médio cuidadoso.⁸³

No que concerne a culpa levíssima, esta ocorre em contextos nos quais o dano só seria evitável por meio de uma atenção excepcional, habilidades especiais ou conhecimentos

⁸² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. 1ª edição. Curitiba: SRV Editora LTDA, 2012. E-book. ISBN 9788502145269. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502145269/>. Acesso em: 13 mai. 2024.

⁸³ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A cláusula knock-for-sknock e sua admissibilidade à luz do direito brasileiro**. Tese de Doutorado - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018, p. 163.

singulares, que vão muito além das expectativas comuns. Este é considerado o menor grau de culpa e, muitas vezes, sua identificação é desafiadora, pois as circunstâncias que envolvem a culpa levíssima são tais que se aproximam das condições de caso fortuito ou força maior, dada a elevada imprevisibilidade e a necessidade de precauções não ordinárias para evitar o dano. Assim, a culpa levíssima reflete a exigência de um cuidado quase metuculoso, alcançável apenas por aqueles com habilidades ou conhecimentos muito acima do padrão geral.⁸⁴

Dadas as características, tanto a culpa leve como a culpa levíssima são tidas unanimemente como os efeitos da responsabilidade civil sobre os quais se pode dispor no âmbito das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar. De certo, a validade dessas cláusulas não encontra óbice em tais graus de culpa, na medida em que não se observa utilidade em uma cláusula que não seja válida por culpa ordinária do devedor, pois, caso assim o fosse, as referidas cláusulas teriam aplicação prática muito limitada, servindo apenas ao mero escrutínio acadêmico⁸⁵.

Por sua vez, a culpa grave pode ser caracterizada por uma negligência ou falta de cautela extremamente acentuada, que se afasta de maneira significativa do comportamento que seria esperado de um indivíduo comum. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, “*examinada pelo ângulo da gravidade, a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens*”.⁸⁶

Assim, a culpa grave denota um descuido pronunciado, o agente age de forma tão imprudente que os danos eram previsíveis e facilmente evitáveis, sendo reconhecida pela desproporção entre a conduta adotada e a diligência devida, evidenciando um latente descaso e uma temeridade incompatível com as obrigações de zelo ordinárias.⁸⁷

⁸⁴ *Ibid.*, p. 163.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 163.

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 62.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 62-64.

Nessa toada, surge a divergência acerca da validade das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar no que concerne à culpa grave do agente resultante à sua possível equiparação ao dolo, sintetizada no brocardo latino *culpa lata dolo aequiparatur*.

Ora, se a negligência se faz tão severa e incompatível com as obrigações de zelo ordinárias, não teria a culpa grave o mesmo resultado que o dolo no que se refere à violação dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro? Seria essa uma brecha para a subversão do negócio jurídico e dos seus princípios fundamentais como a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e a função social do contrato?

Por outro lado, atentando-se a natureza da culpa *stricto sensu* e do dolo, caberia a equiparação desses institutos? Teriam a culpa grave e o dolo naturezas tão distintas? Mais do que isso, o ordenamento jurídico brasileiro dá espaço para a discussão acerca dos graus de culpa? É justamente a partir desses elementos que se analisará a equiparação da culpa grave ao dolo para fins de invalidade das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar.

4.1. OS GRAUS DE CULPA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Como anteriormente explicitado, a culpa pode ser diferida em três graus distintos: levíssima, leve e grave. Na seara do direito civil, há quem entenda que os graus de culpa podem nortear a análise sobre uma reparação justa. Para uma parcela da doutrina, a culpa analisada por critérios mais subjetivos potencializaria a justiça na reparação de cada caso de responsabilidade.

Isso porque, enquanto a culpa leve é caracterizada pela inobservância de um padrão médio de conduta para evitar o dano, a culpa grave traduz a violação de um padrão de conduta evidentemente inferior ao médio. Da mesma forma, a culpa levíssima é caracterizada pela violação de uma conduta extraordinariamente diligente e que extrapola o que se espera do homem médio em determinada situação. Assim, não há como negar que uma análise subjetiva da culpa possibilitaria considerar o grau culposo da conduta adotada pelo agente e permitiria uma análise mais aprofundada da responsabilidade do agente.

Se a culpa grave é a inobservância de um padrão de conduta consideravelmente abaixo do que se espera do homem médio, não poderia esta acarretar a mesma reparação nos casos em que o padrão de conduta seria rigorosamente mais elevado do que se espera desse mesmo homem médio. Isso é justamente o que prevê uma análise profunda e subjetiva da culpa do agente.

No entanto, uma análise da culpa por um viés psicológico, isto é, sobre o *animus docendi* do agente, imporá obstáculos desafiadores na sua análise e caracterização. Além disso, a retirada do aspecto objetivo da culpa dificultaria uma aplicação uniforme das normas jurídicas pelos tribunais.

Para o direito civil brasileiro, a gravidade da culpa deve ser abstraída no cálculo da reparação, vez que esta deve ser analisada com base na extensão do dano. Conforme sedimenta Paula Greco Bandeira⁸⁸:

Deste modo, no direito brasileiro, por força da desimportância atribuída aos graus de culpa, consagrou-se a regra de que a indenização mede-se pela extensão do dano, aferida de acordo com o nexu causal, impondo-se uma vez configurada a prática do ato ilícito. Por esta razão, mesmo nas hipóteses de culpa levíssima, impunha-se a reparação, traduzida no adágio latino in Lex Aquilia et levissima culpa venit. A regra se coadunaria com o deslocamento do foco da responsabilidade civil da figura do ofensor para a da vítima, objetivando-se a mais ampla reparação possível pelos danos por esta sofridos, e com a ausência de caráter punitivo do direito civil, que, ao contrário do direito penal, não recomenda a análise dos graus de culpa do ofensor para a sua condenação.

Ou seja, tem-se uma análise objetiva da culpa que, expressamente nos termos do artigo 944 do Código Civil de 2022, determina que a compensação seja estabelecida conforme a magnitude do dano, independentemente do nível de culpa do agente. Isto é dizer, que na tradição aquiliana da culpa e, conforme adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a gradação da culpa seria irrelevante para a análise sobre a responsabilidade do agente.

⁸⁸ BANDEIRA, Paula Greco. **A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, vol. 11, 2008, p. 237.

Contudo, mediante a introdução do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, houve uma mudança significativa no que ora era pacificado como uma análise objetiva sobre a culpa e o dever de reparar o dano. Veja-se⁸⁹:

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

A nova norma passou a permitir que o juiz reduza a indenização se houver desproporção excessiva entre a gravidade da culpa e o dano causado. Essa mudança contraria a doutrina consolidada da irrelevância dos graus de culpa, trazendo de volta a discussão sobre a intensidade da culpa no cálculo da indenização. A norma busca mitigar a responsabilidade do agente quando a culpa é levíssima e o dano é desproporcional, permitindo uma redução equitativa da indenização. A inovação, no entanto, restringe-se a casos de responsabilidade subjetiva e não se aplica expressamente à responsabilidade objetiva.

Ainda assim, a aplicação do parágrafo único é debatida em termos de sua abrangência, questionando-se sua aplicação ao dano moral e material, bem como nos casos de responsabilidade contratual e extracontratual. A norma, ao permitir a redução da indenização, visa equilibrar os interesses do agente causador do dano e da vítima, evitando que danos de grande monta causados por culpa levíssima resultem em penalidades desproporcionais.

Fato é que a regulamentação atual, através do que dispõe o artigo 944 do Código Civil, ao buscar uma aplicação mais equitativa do dever de reparar, permitindo ao juiz ponderar a extensão do dano e a gravidade da culpa, reacendeu a discussão sobre a possibilidade de interpretação sobre a conduta do agente e sobre a relevância da graduação da culpa no direito civil brasileiro.

No âmbito das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar, a discussão sobre a admissão da graduação da culpa no ordenamento jurídico brasileiro toma nova forma,

⁸⁹ BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 mai. 2024, às 21:36h.

vez que é peça fundamental na discussão sobre a possibilidade de equiparação da culpa grave ao dolo para fins de invalidade das cláusulas que limitam ou exoneram o dever de indenizar.

4.2. ARGUMENTOS PELA VALIDADE DAS CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR NOS CASOS DE CULPA GRAVE

O racional que sustenta a arguição dos defensores da validade das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar nos casos de culpa grave são fundamentados no entendimento de que não seria possível a equiparação do regime da culpa grave ao dolo por dois aspectos principais.⁹⁰

O primeiro aspecto é justamente a diferença de natureza jurídica desses institutos. Para Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira⁹¹, não há diferença de natureza jurídica, vez que ambos são técnicas de representação da linguagem do direito:

Culpa e dolo, por serem também técnicas de apresentação da linguagem do direito, somente podem ser entendidos como instrumentos que ligam fatores condicionantes a consequências jurídicas condicionadas, conforme explicações feitas na primeira parte deste trabalho. Não há dolo ou culpa por natureza.

Ainda assim, para fins elucidativos deste trabalho, a diferença entre culpa e dolo será delimitada como sendo de natureza jurídica. Isto posto, entender essa divergência é crucial.

A culpa, ainda que de difícil conceituação, pode ser entendida como o elemento sobre o qual se examina os aspectos subjetivos da conduta do agente que causou o dano. Paula Greco Bandeira⁹² explicita:

A culpa subjetiva ou psicológica consiste na avaliação do estado anímico do ofensor, típica de uma avaliação moral e subjetiva da conduta individual. Em outras palavras, busca-se perquirir os elementos psicológicos do agente que viola o dever de conduta, verificando-se se tinha a possibilidade de prever os resultados danosos de sua atuação

⁹⁰ VIANA BANDEIRA. Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Almedina, 2016, pp. 189-195.

⁹¹ *Ibid.*, p. 196.

⁹² BANDEIRA, *op. cit.*, pp. 227-228.

(culpa) ou se agiu com intenção de prejudicar (dolo). Assim, a culpa é tratada como elemento subjetivo ou psicológico do ilícito, razão de um juízo moral de condenação do sujeito.

O dolo também é tido como uma avaliação do estado psíquico do agente sob critérios morais e subjetivos com relação a determinada conduta causadora de determinado dano, mas, diversamente dos casos de culpa, a concepção tradicional do dolo exige a má-fé, a consciência da conduta e a vontade deliberada de alcançar o resultado danoso. Tais elementos são requisitos complementares, e quando presentes conjuntamente e, apenas conjuntamente, caracterizam o ato ilícito como doloso.

Ainda que modernamente a concepção do dolo não invoque mais a necessidade de demonstração do elemento subjetivo de intenção do agente, o dolo resta configurado quando o agente possui consciência da conduta violadora e da consequência danosa que lhe segue. Essa modernização foi adotada para facilitar o trabalho do intérprete com relação à demonstração do dolo do agente, pois não há que se demonstrar um elemento tão subjetivo da psique do agente como a intenção maléfica de causar o dano, bastando a consciência da violação e do resultado danoso que lhe segue.

A diferença, portanto, não se dá no campo da gradação sobre a conduta causadora do dano. A culpa é uma falha na diligência esperada, enquanto o dolo é uma ação consciente e direcionada para causar dano. A intenção de agir com a consciência do ato e de que causará o dano é a manifestação máxima de violação da boa-fé objetiva e da função social do contrato e, por isso, a gravidade reside na consciência da ilicitude e no desejo de cometê-la.

Somando-se a isso, se considerado que o ordenamento jurídico vigente não admite a gradação de culpa no direito civil, a culpa é culpa *stricto sensu*, sem qualquer distinção que permita a equiparação de uma conduta manifestamente mais negligente com o instituto do dolo. Esse é o segundo aspecto principal para o entendimento de que não seria possível a equiparação desses regimes: a análise objetiva da culpa abstrai a culpa grave e considera a extensão do dano como fundamento para a reparação e, diante dessa lógica, o conceito de culpa grave é irrelevante.

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira⁹³:

E com isto causou um mal ao bem jurídico alheio. Sem a pretensão de definir, fixamos a noção de culpa com este caráter, em que predomina um sentido objetivo de aferição, e é por isto que De Cupis deduz ser ela uma noção objetiva.¹⁶ Não se há de deter, como efetivamente não se detém, o Direito brasileiro na apuração das graduações da culpa. Isto fizeram os glosadores, ao erigirem um padrão abstrato, de homem diligente, *bonus pater familias*, e ao aferirem a conduta do agente, em comparação com a diligência que este homem-paradigma guardaria em relação ao procedimento examinado. Sistemas legislativos ainda abrigam essa teoria, que configura a culpa *levis* na falta de diligência média, que um homem normal observa; a culpa *lata* na negligência mais grave, que poderia ser evitada por um homem inferior ao padrão médio; a culpa *levíssima*, na falta cometida em razão de uma conduta que escaparia ao padrão médio, mas que um *diligentissimus pater familias*, especialmente cuidadoso, guardaria. E, em conformidade com a distinção baseada na intensidade da culpa, vem uma graduação de responsabilidade. O Direito brasileiro, repetimos, afastou estas filigramas, para encarar a existência da transgressão da norma e impor o dever de reparar ao contraventor, à exceção das hipóteses previstas em lei (por exemplo, os arts. 944, parágrafo único, e 945, do Código Civil).

Como já elencado no presente trabalho, se a culpa não fosse objeto sobre o qual dispõe a cláusula de não indenizar, não haveria fins práticos que sustentassem a sua utilização, resumindo esse relevante mecanismo de alocação de riscos à meras discussões acadêmicas. Portanto, se tais cláusulas são válidas mediante culpa, e o ordenamento jurídico não admite a graduação da culpa, então tais cláusulas são válidas mediante culpa *stricto sensu*.

Logo, nessa linha de argumentação, a culpa grave não poderia ser equiparada ao dolo porque a análise da culpa seria objetiva, sem admitir qualquer graduação, e porque ambos os institutos possuem uma distinção fundamental que não se pode ignorar, qual seja a pretensão do agente, justamente porque é a intencionalidade do agente em praticar o lícito que fundamenta a magnitude da conduta dolosa.⁹⁴

⁹³ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. v.II.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book* ISBN 9786559649143. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649143/>. Acesso em: 19 mai. 2024, às 23:41h.

⁹⁴ VIANA BANDEIRA. Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro.** São Paulo: Editora Almedina, 2016, pp. 189-197.

4.3. ARGUMENTOS PELA INVALIDADE DAS CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR NOS CASOS DE CULPA GRAVE

Em contraste, certos diplomas civilistas e manifestações jurisprudenciais já reconheceram a equiparação do regime jurídico da culpa grave ao dolo em diversas oportunidades. No Brasil, a discussão sobre a possibilidade de o ordenamento jurídico permitir a equiparação foi acentuada com a inserção do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, conforme elencado anteriormente.

Em primeiro lugar, um dos desafios para a equiparação desses regimes jurídicos consiste em uma interpretação do direito civil brasileiro que não permitiria a gradação de culpa nas demandas cíveis. Contudo, a total impossibilidade de gradação foi rechaçada com a inserção do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. Isso porque o diploma normativo passou a conceder ao aplicador da norma a autorização para fazer uma avaliação gradativa sobre a conduta culposa, a fim de afastar a possibilidade de indenização desproporcional. Nas palavras de Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira⁹⁵:

A regra autoriza o magistrado a avaliar a desproporção entre a gravidade da culpa e do dano ao determinar a indenização devida, ou, a rigor, encarta uma autorização ao aplicador da norma para fazer um juízo gradativo sobre a atividade culposa, mesmo que a gradação seja irrelevante para a configuração do ilícito per se. A total impossibilidade de gradação da culpa é rejeitada.

Se o sistema normativo vigente admite a gradação de culpa para evitar que se estipule indenização manifestamente desproporcional entre o dano e a conduta culposa, argumenta-se que há espaço para uma análise do grau de culpa do agente quando a negligência é tão evidente que permitir a exoneração ou limitação do dever de reparação representaria um verdadeiro abuso de direito e uma afronta ao princípio da função social do contrato.

O que se vislumbra não é uma tentativa de aproximar a natureza jurídica do instituto do dolo e da culpa grave, mas questionar sua semelhança na praxe jurídica. Uma vez que se admita

⁹⁵ VIANA BANDEIRA. Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Almedina, 2016, p. 195.

a gradação de culpa e, por consequência, a admissão de circunstâncias em que a conduta do agente desrespeite regras tão basilares de zelo, boa-fé e cooperação, defende-se que tais condutas tidas como gravemente culposas, se permitidas, atentariam contra os princípios contratuais fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Diante desses casos, a exoneração ou limitação do dever de indenizar mediante culpa grave configuraria verdadeiro abuso de direito, o que é vedado nos termos do artigo, 187 do Código Civil. Em tradução de di Vincenzo Roppo, Antônio Junqueira de Azevedo⁹⁶ detalhou a necessidade de nulidade das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar nos casos de culpa grave ou dolo:

O grande problema da abusividade dessas últimas cláusulas está justamente nas tentativas de inclusão da culpa grave ou dolo como casos de irresponsabilidade. Esceve, sobre a nulidade dessas disposições, Roppo: *“A ratio é, em definitivo, garantir a seriedade da obrigação e com esta o valor do crédito. Se fosse permitido livrar-se da responsabilidade conseqüente a inadimplementos dolosos próprios, isto seria um formidável incentivo, aos devedores, para escolher deliberadamente adimplir mal ou até mesmo não adimplir: algo não muito diverso de uma condição resolutiva meramente potestativa; algo que destruiria o vínculo contratual. Se fosse permitido fugir às conseqüências da responsabilidade derivada das próprias condutas gravemente culposas, teriam imunidade (e portanto incentivo) negligências, imprudências, imperícias macroscópicas e imperdoáveis. A função de impedimento e prevenção, própria da responsabilidade, seria dissolvida.”* (Il contrato, in *Trattato di diritto privato Iudica/Zatti, Giuffrè, Milão, 2001, p. 998*).

Se o diploma normativo civilista brasileiro é orientado por princípios fundamentais que valorizam a boa-fé objetiva, baseada, entre outros fatores, na necessidade de cooperação e no desenvolvimento da obrigação como um processo destinado a possibilitar o cumprimento e a satisfação das partes envolvidas, não equipara a culpa grave ao dolo para fins de invalidade da cláusula que limita ou exonera o dever de indenizar seria esvaziar a normativa vigente.

É essencial destacar que a cláusula de não indenizar constitui uma exceção à regra de reparação por perdas e danos. Existem situações em que a intenção do agente é difícil de identificar, mas a gravidade da culpa é tão evidente que o benefício obtido pela parte devedora,

⁹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado, 1ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 433. *E-book*. ISBN 9788502145269. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502145269/>. Acesso em: 20 mai. 2024, às 12:32h.

ao limitar ou excluir o dever de indenizar, ultrapassaria os limites permitidos pelo ordenamento. Isso poderia caracterizar a ausência de boa-fé ou abuso de direito.

Assim, considerando a gravidade do ato culposo, a doutrina majoritária entende pela equiparação do regime jurídico da culpa grave ao dolo para fins de invalidade da cláusula de limitação ou exoneração do dever de indenizar:

Impõe-se, em suma, que o devedor não possa afastar (nem diminuir) a sua responsabilidade por dolo ou culpa grave – o que constitui um limite imperativo à liberdade contratual – por exigências de ordem pública, quer de natureza predominantemente contratual, como vimos, quer de natureza moral ou de índole econômica e social. Neste último caso, porque doutra forma fomentaria-se uma certa incúria e negligência no tráfico jurídico, com reflexos prejudiciais a nível econômico e social.⁹⁷

Assim, afóra as ressalvas legais expostas *supra*, a conclusão a que se chega, para as relações cíveis e comerciais em geral, é pela validade e eficácia da cláusula de não indenizar, seja total ou parcialmente, desde que atendidos alguns requisitos ou, a *contrario sensu*, inexistentes as causas tradicionalmente apontadas como geradoras de nulidade. 27. Além da já citada inexistência de violação a preceito de ordem pública, a cláusula de limitação de responsabilidade tem os seguintes fundamentos: (I) bilateralidade do consentimento – a declaração unilateral é considerada inteiramente inválida; (II) igualdade de posição das partes – vedada está, como dito, sua inclusão em relações de consumo; (III) inexistência de exoneração do agente em caso de dolo ou culpa grave – não se admite cláusula de exoneração de responsabilidade em matéria delitual;²³ e (IV) ausência de isenção do contratante pelo pagamento de indenização relativa ao inadimplemento de obrigação principal – a cláusula de não indenizar não pode ser estipulada para afastar ou transferir obrigações essenciais do contratante.⁹⁸

Constitui afirmação freqüente que a culpa grave se equipara ao dolo, havendo até mesmo um aforisma latino nesse sentido: culpa lata dolo aequiparatur. Se, na culpa grave, não está presente o elemento subjetivo característico do dolo (a intenção ou a assunção do risco de produzir o resultado danoso), ela se equipara ao dolo por conta da intensidade da negligência, isto é, da gravidade da desatenção para com os interesses da contraparte ou do interessado.

16. Dada a distinção entre dolo e culpa, entretanto, a afirmação de que a culpa grave sempre recebe o mesmo tratamento do dolo, como parece resultar do citado aforisma, não é verdadeira. Às vezes, por exceção, o dolo é punido com mais gravidade – porque a culpa grave, embora se equipare, não é dolo. Todavia, como passamos a ver, um dos casos de equivalência entre culpa grave e dolo, sem qualquer exceção, ocorre precisamente no âmbito das cláusulas limitativas de responsabilidade negocial.⁹⁹

⁹⁷ MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 236-237.

⁹⁸ WALD, Arnold. **A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. n.º 2. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 137.

⁹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado, 1ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 431. *E-book*. ISBN 9788502145269. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502145269/>. Acesso em: 30 mar. 2024.

Além disso, há uma segunda problemática com relação a não equiparação o regime da culpa grave ao dolo. Quando o intérprete não puder demonstrar o dolo na conduta do agente, ainda que manifestamente ilícita e negligente, o caso seria enquadrado em culpa grave. Isto porque, como visto anteriormente, o elemento da consciência da violação e do resultado danoso que segue a conduta é requisito necessário para configuração do dolo.

Pois bem, se permitido escusar-se dos efeitos da responsabilidade nos casos de culpa grave, dada a dificuldade na caracterização do elemento subjetivo do dolo, qual seja a intencionalidade, o devedor poderia encontrar refúgio à ilicitude com a configuração de sua conduta como culpa grave. Isso porque, se não há a equiparação desses dois regimes jurídicos, então permite-se ao devedor escusar-se do dever de reparar.

Nas palavras de Antônio Pinto Monteiro:

A equiparação, em geral, da culpa grave ao dolo tem raízes bem antigas, devendo-se, ao que parece, a uma interpolação em textos de direito romano concernentes à responsabilidade contratual (estendendo-se depois à responsabilidade delitual), justificada pelo facto de suscitar uma reprovação ética e social semelhante ao dolo [...]. cremos que neste domínio se justifica amplamente esta equiparação, para efeitos de regime – nulidade – da cláusula de exclusão (e igualmente da cláusula limitativa), não só por razões de ordem prática – dificuldades em se provar a intenção dolosa e desejo de impedir ‘le méchant de jouer l’imbécile’ –, como também, e fundamentalmente, por respeito aos valores que o princípio da boa fé encerra, incompatível com o benefício da isenção da responsabilidade no caso de o devedor não observar regras elementares de prudência, ou de revelar, pelo seu comportamento, não ter adoptado aquele esforço e diligência minimamente exigíveis, nas circunstâncias concretas.¹⁰⁰

Assim, defender que o sistema permite que o intérprete decida pela não aplicação dessa cláusula, equiparando o regime jurídico da culpa grave ao do dolo, também encontra fundamentos ontológicos e principiológicos no diploma legal vigente. Dessa forma, mesmo que a intenção do agente não seja clara, a gravidade da culpa pode justificar a não incidência da cláusula de não indenizar, assegurando a proteção dos princípios de boa-fé e da função social do contrato.

¹⁰⁰ MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 235-236.

CONCLUSÃO

A temática da equiparação da culpa grave ao dolo no contexto das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar nos contratos comerciais ainda é acentuado por divergências. Isso porque os contratos comerciais são regidos pelo princípio do *pacta sunt servanda*, que estabelece que os acordos firmados devem ser cumpridos conforme o estipulado pelas partes. Este princípio é um dos pilares do direito contratual, conferindo segurança e previsibilidade às relações comerciais.

Aliado aos ditamos fundamentais da boa-fé objetiva, que permeia todas as etapas do contrato, desde a negociação até a execução, tem-se uma relação contratual que deve ser regida com base em cooperação mútua para que seja cumprida sua função social, ou seja, visa garantir que os contratos atendam não apenas aos interesses individuais das partes, mas também aos interesses sociais.

Considerando tais princípios e fundamentos do direito contratual, a convenção celebrada entre partes é um instituto eficiente para reger as relações comerciais e repartir os riscos dessas operações. Como cristalizado, as cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar constituem relevante mecanismo para a alocação dos riscos de uma relação comercial.

Contudo, para que essas cláusulas sejam efetivas, elas precisam ser válidas. A validade de uma cláusula de limitação ou exoneração do dever de indenizar depende de vários requisitos que foram analisados ao longo deste trabalho.

Um dos requisitos de validade é o respeito à ordem pública e às normas cogentes. Cláusulas que contrariem a ordem pública ou normas imperativas são nulas de pleno direito, uma vez que violam princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Além disso, a validade dessas cláusulas também depende da bilateralidade do consentimento. Isso significa que ambas as partes devem ter concordado expressamente com a cláusula, de maneira livre e informada, sem vícios de consentimento que ameacem a plena eficácia prática desse mecanismo.

Para além de tais casos, a cláusula de limitação ou exoneração do dever de reparação que esteja vinculada ao objeto principal do contrato, funcionando como uma espécie de permissão ao inadimplemento, tão pouco pode ter sua validade reconhecida. Isso porque uma parte não pode ser exonerada de cumprir a principal obrigação contratual sob pena de anular a eficácia do próprio contrato, e impor a uma das partes uma condição potestativa.

A invalidade em caso de dolo é outro aspecto relevante. Se uma das partes agir de forma dolosa, ou seja, com a intenção deliberada de causar dano ou enganar a outra parte, qualquer cláusula de limitação ou exoneração do dever de reparação será considerada inválida, uma vez que o dolo é incompatível com a boa-fé e a lealdade contratual.

No entanto, a culpa grave, conforme discutido neste trabalho, é um tema que gera divergências significativas. A equiparação da culpa grave ao dolo é controversa, pois enquanto o dolo implica intenção de causar dano, a culpa grave caracteriza-se por uma negligência extrema, mas sem a intenção deliberada de prejudicar.

Ao equiparar a culpa grave ao dolo, busca-se responsabilizar de forma mais rigorosa aquele que age com extrema negligência, aproximando essa conduta à dolosa. No entanto, essa equiparação é debatida, pois pode resultar em uma responsabilização excessiva e desproporcional, impactando o equilíbrio contratual e a previsibilidade das relações comerciais.

Para parcela da doutrina, essa diferença elementar entre a natureza desses institutos jurídicos impossibilita a equiparação desses regimes. Ademais, caso se considere que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a gradação de culpa, a equiparação de ambos os regimes é ainda mais rechaçada, pois a culpa em sentido estrito pode ser regulada pelas cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar.

Em favor da equiparação entre a culpa grave e o dolo, a doutrina invoca o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil para demonstrar o reconhecimento, por ordenamento jurídico

brasileiro, acerca dos graus de culpa. Além disso, não equiparar esses regimes jurídicos enfraqueceria o contato como um instrumento de cooperação mútua e de boa-fé, com a subversão de sua função social na medida em que a negligência grave não é vista como afronta ao convencionado.

Dentro desse espectro, uma parte da doutrina defende que equiparar a culpa grave ao dolo dirimi também uma segunda problemática: a difícil caracterização do dolo em si. Como amplamente demonstrado, há certa dificuldade do intérprete em caracterizar o dolo no caos concreto, vez que se trata de elemento demasiado subjetivo. Nessa toada, equiparar a culpa grave ao dolo permite restringir os cenários de desequilíbrio contratual causado por um dano provocado por uma parte em extrema negligência que, por ausência de evidente dolo do agente, restaria protegida contra a reparação integral desse dano.

Em suma, a análise detalhada da validade das cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar, bem como a discussão sobre a equiparação da culpa grave ao dolo, revela a complexidade e a importância desses temas no direito contratual. A conclusão do trabalho reforça a necessidade de uma abordagem equilibrada e criteriosa para assegurar justiça, equidade e segurança nas relações contratuais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de não indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª Edição, 1976.

AQUINO, Leonardo Gomes de. **Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco**. Revista dos Tribunais Online, 2006.

_____. **Teoria Geral dos contratos**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021.

ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A cláusula knock-for-sknock e sua admissibilidade à luz do direito brasileiro**. Tese de Doutorado - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

AVELAR, Letícia Marquez de. **A cláusula de não indenizar: uma releitura do instituto à luz do atual código civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo – USP, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BANDEIRA, Paula Greco. **O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual**. Revista dos Tribunais Online, vol. 65, 2016.

_____. **A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do Código Civil**, Revista da EMERJ, v. 11, nº 42, 2008, p. 237.

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 mai. 2024, às 21:36h.

_____, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 26 mai. 2024, às 08:42h.

_____, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 mai. 2024, às 09:10h.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.687.349/AL**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Órgão Julgador: 2ª Turma. Data de Julgamento: 03/10/2017 Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701816456&dt_publicacao=11/10/2017. Acesso em 25.05.2024, às 23:10h.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 9.787/RJ**, Relator: Ministro Cláudio Santos, Órgão Julgador: 3ª Turma, Data de Julgamento: 13/10/1992. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199100063541&dt_publicacao=30/11/1992. Acesso em 25.05.2024, às 23:34h.

_____, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº **0320747-94.2011.8.05.0001**, Relator: Ministra Telma Laura Silva Britto, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/08/2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-maritimas/357080/clusulas-knock-for-knock-origem-e-aplicacao-no-direito-patrio>.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1014178-20.2017.8.26.0590**, Relator: Ministro Alexandre Coelho, Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 16/06/2021, Data de Publicação: 17/06/2021.

BELLOIR, Arnaud Marie Pie. POSSIGNOLO, André Trapani Costa. **Ensaio de Classificação das Teorias sobre a função social do contrato**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 11, 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado**. São Paulo: Revista de Direito Brasileira, 2017.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DA SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa. **As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual**. Caso fortuito e força maior. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. Vol. 2, 2011, pp. 183- 214.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de Não Indenizar**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. Da responsabilidade civil, v. II, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DONATO, Raphael. **A influência dos riscos nos contratos de EPC Turnkey**. Dissertação de Mestrado - Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Responsabilidade Contratual no Sistema Turnkey Lump Sum**. Soluções Práticas de Direito, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. **A função social do contrato: conceitos e critérios de aplicação**. Revista de Informação Legislativa, nº 168, Brasília.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição revisada, atualizada e ampliada, 2014, p. 340.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Cláusulas contratuais de limitação e exclusão de responsabilidade civil contratual: validade, limite e questões controversas**, p. 1. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/12/7E46A699E0CFFF_edilicias.pdf. Acesso em: 02/03/2024, às 14:56h.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**, 2ª Edição. São Paulo, Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. II, 2004.

_____. **Instituições de Direito Civil – Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. III, 2012.

_____. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 9ª Edição, 1999.

PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas Limitativas e Excludentes do Dever de Indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

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

REALE, Miguel. Um artigo-chave do Código Civil. História do Novo Código Civil. Biblioteca de Direito Civil. **Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. Um Artigo-Chave do Código Civil. IN: REALE, Miguel e MARTINS-COSTA, Judith (coords). **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual.** Coimbra: Almedina, 1999.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Almedina, 1988.

TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda V.; GUEDES, Gisela Sampaio da C. **Fundamentos do Direito Civil - Vol. 4 - Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil.** v.2., 24ª Edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775736/epubcfi/6/40\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml20\]!/4/86/1:356\[omb%2Cust](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775736/epubcfi/6/40[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml20]!/4/86/1:356[omb%2Cust). Acesso em: 25 mai. 2024, às 19:37h.

VIANA BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro.** São Paulo: Editora Almedina, 2016.

WALD, Arnoldo. **A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro.** *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.