

**CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDADE NOS
CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO – AUTONOMIA DA
VONTADE E BOA-FÉ – DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

**CURITIBA
2003**

PETRUS TYBUR JUNIOR

**CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDADE NOS
CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO – AUTONOMIA DA
VONTADE E BOA-FÉ – DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de especialização em Contratos Empresariais, da Universidade Federal do Paraná, em convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, para o conferimento do grau de especialista.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Nalim

**CURITIBA
2003**

**Universidade Federal do Paraná
Faculdade de Direito**

**Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná
Escola Superior de Advocacia**

**CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL EMPRESARIAL
2002**

TERMO DE APROVAÇÃO DE MONOGRAFIA

Aluno: Petrus Tybur Junior

Título da Monografia: Cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte marítimo – Autonomia da vontade e boa-fé – Doutrina e jurisprudência

Professor Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

Por este Termo de Aprovação, o Professor Orientador aprova a apresentação da versão final da Monografia, em conformidade com os dados acima indicados, autorizando sua apresentação perante Banca Examinadora, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Curitiba, 06 de outubro de 2003.

Professor Orientador

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. AS “CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR”.....	5
2. CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO.....	8
3. A CONSTITUIÇÃO, O CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO E AS CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE.....	10
4. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E AS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDADE.....	12
5. A AUTONOMIA DA VONTADE, A FORÇA VINCULANTE DO CONTRATO E A BOA-FÉ OBJETIVA.....	22
6 .PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS JUSTIFICADORES DA LIMITAÇÃO.....	25
CONCLUSÃO.....	26
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	28

INTRODUÇÃO

O crescente incremento das exportações brasileiras, acompanhada da necessidade de manutenção do superávit primário da balança comercial nacional, trazem à baila, novamente, os contratos de transporte marítimo, os quais, ao menos pela doutrina nacional mais autorizada, andaram esquecidos nos últimos tempos.

De fato, uma análise dos estudos efetuados acerca de tais contratos data, em sua grande maioria, de doutrinadores com formação acadêmica da metade do século passado¹. Ora, em que pese a extrema erudição dos trabalhos de tais doutrinadores, é de se convir que a realidade do comércio internacional e a posição do Brasil² dentro de tal contexto, mudou muito desde então.

O Brasil, desde então, transformou-se em economia dinâmica, aumentando o leque de produtos exportados e importados. A sociedade brasileira, dinamicizada e maior, não mais se satisfaz com um mercado interno fechado.

O século passado trouxe também inovação no contexto internacional envolvendo os contratos marítimos, onde costumes foram transformados em diversas convenções internacionais, a maioria delas não ratificadas pelo Brasil. Entende-se tal fato pelo contexto então vigente na realidade brasileira, no

¹ Notadamente os autores franceses debruçaram-se sobre a questão. MAZEAUD et MAZEUD, BOUTAD, RIPERT, PLANIOL, COLIN et CAPITANT, BONNECASE, CASSVAN, JOSSERAND e BEAUDONNAT.

entanto, com o irrefreável fenômeno da formação de blocos econômicos e fortalecimento das transações internacionais, torna-se premente ao legislador pátrio reformular suas posições.

Os contratos marítimos, ao longo da história do direito comercial em especial, caracterizaram-se por conterem cláusulas especiais com relação ao direito interno dos países. A jurisprudência de muitos países, inclusive a nacional, defrontou-se com cláusulas que, numa primeira análise, poderiam ser consideradas abusivas, embora nem sempre o fossem, como a análise da evolução histórica de diversas jurisprudências envolvendo a matéria veio a demonstrar.

No direito brasileiro o caso mais paradigmático talvez tenha envolvido as denominadas “cláusulas de não indenizar”. A discussão avançou por algum tempo, até, nos idos dos anos sessenta, ter o Supremo Tribunal Federal – então órgão julgador competente – editado Súmula³ determinando a ilegalidade das “cláusulas de não indenizar” nos contratos de transporte marítimo.

O golpe àqueles que propugnavam uma adesão maior do Brasil às convenções internacionais regulando a matéria do contrato de transporte marítimo foi duro. Os contratos de transporte celebrados com uma parte brasileira encareceram-se, no entanto, em face de uma política francamente protecionista do Estado brasileiro tal encarecimento viu-se absorvido pelos

² No Brasil notabilizou-se no estudo da questão JOSÉ DE AGUIAR DIAS em obra específica sobre o tema – *Cláusula de não indenizar*.

³ Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.

diversos subsídios dados aos exportadores. A política do Estado brasileiro pretendia proteger o mercado brasileiro, logo seria até positivo que ao importador nacional fossem dificultados os negócios.

Ora, a inserção de “cláusulas de não indenizar” nos contratos de transporte marítimo era vista como prejudicial ao interesse dos exportadores, tendo-se, então, em mente que aos países desenvolvidos seria conveniente a inserção de tais cláusulas em contratos de transporte. Nem se cogitava que tais clausulações visassem à dinamicizar e dotar de certa estabilidade o comércio entre os países.

Aos países em desenvolvimento e sub-desenvolvidos não interessaria proteger o interesse do transportador – “geralmente dos países desenvolvidos”. É compreensível a postura do Estado brasileiro de então, no entanto, e como foi ressaltado, a realidade da inserção brasileira no contexto internacional é outra, não sendo o Brasil mero país exportador de produtos primários, mas exportando produtos sofisticados, contando com respeitada frota de navios de transporte de cargas.

Novos ventos sopraram em direção ao Brasil desde o fim do regime militar, tendo havido um compromisso com a ordem internacional já no contexto da Constituição Federal de 1988, tendo havido também um compromisso do Estado brasileiro com uma política inclusiva do Brasil no contexto internacional

– a abertura do país às importações e a criação do MERCOSUL foram, então, os fatos mais relevantes⁴.

Não demorou muito para reaparecer a questão das “cláusulas de não indenizar” perante os Tribunais pátrios. A questão, por óbvio, desembocou no Superior Tribunal de Justiça, instância máxima para o julgamento de questões envolvendo questionamento acerca de legalidade. Este, em princípio, julgou de forma a não permitir as “cláusulas de não indenizar” no contexto jurídico brasileiro⁵, no entanto, em julgamento de 1994⁶ o STJ mudou a posição admitindo, sob determinadas condições, a inserção de “cláusulas de não indenizar” em contratos de transporte marítimo sujeitos a um disciplinamento pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Este estudo pretende, ainda que não da melhor forma, por culpa exclusiva do expositor, apresentar a realidade das “cláusulas de não indenizar” dentro do atual contexto jurídico brasileiro. Tentando analisar as razões do julgamento efetuado pelo STJ em 1994 para entender se tal julgamento baseou-se em princípios jurídicos novos ou se se baseou tão somente no princípio da autonomia da vontade.

Obviamente, para analisar a atual configuração das “cláusulas de não indenizar” no contexto dos contratos de transporte marítimo, é essencial que se analise o instituto jurídico denominado “cláusula de não indenizar”.

⁴ Artigo 4º, Parágrafo Único da Constituição Federal de 1988 “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

⁵ RREsp 1993 e 2310, RREsp 9787 e 16034, RREsp 1933, 2310, 1691 e 13656, RREsp 32578.

Posteriormente, é preciso analisar-se o contexto da questão levada ao STJ em 1994 e finalmente é preciso concluir se novos princípios jurídicos nortearam a atuação do STJ.

Pretende-se, ainda que de forma incipiente, apresentar uma exposição científica e crítica do tema proposto na monografia, na esperança, ainda que remota, que este estudo provoque reflexões certamente mais acuradas que as aqui expostas.

AS “CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR”

A expressão “cláusula de não indenizar” foi utilizada pela Doutrina e Jurisprudência pátrias na tentativa de descrever cláusulas contratuais que afastariam a responsabilização contratual previamente ou que ainda fixariam um valor prévio para tal responsabilização.

Percebe-se, então, que sob a pecha de “cláusula de não indenizar” existe um leque de cláusulas, desde a meramente exonerativa, àquela delimitativa de valores indenizatórios em face de determinadas condições.

No entanto, é necessário verificar da existência ou não de um núcleo comum em tais cláusulas. As cláusulas meramente exonerativas, unilaterais, impostas pela parte mais forte, caracterizam-se por abusividade, tendo sido estas

⁶ REsp 39082, RSTJ 69/353.

afastadas pelo Supremo Tribunal Federal⁷. Já as cláusulas delimitando valores a serem pagos em decorrência de responsabilidade contratual são cláusulas tipicamente negociais, onde existem vantagens recíprocas para as partes, havendo que se cogitar na igualdade estrita entre os contratantes – por isso tal tipo de clausulação é impensável em contratos de consumo.

Percebe-se, então, que não existe núcleo comum entre as cláusulas exonerativas de responsabilidade e as cláusulas delimitadoras. Estas válidas, porque negociais, expressando a autonomia das partes, preservadas dos tratamentos não isonômicos. Aquelas abusivas, pois unilaterais, impostas pela parte mais forte à mais fraca.

Ora, no Brasil, durante longa data, foi feita muita confusão entre tais tipos de cláusulas, todas recebendo a denominação de “cláusulas de não indenizar”. Cláusula de não indenizar é cláusula excludente de responsabilidade, o que é absurdo em nosso ordenamento jurídico. Cláusula delimitadora atua de forma positiva no contrato, não afastando a responsabilização, mas dando contornos específicos a esta⁸. Tal cláusula é, por óbvio, objeto do presente estudo.

Este tipo de clausulação foi amplamente estudada, no direito brasileiro, por José de Aguiar Dias, o qual, em obra denominada “Cláusula de não-indenizar” esmiúça o tema de forma magistral. Cassvan, em momento de grande lucidez,

⁷ Súmula 161 do STF.

⁸ José de Aguiar Dias define com bastante exatidão: “As cláusulas limitativas de responsabilidade são, como sua denominação indica, estipulações pelas quais se determina antecipadamente a soma que o devedor pagará a título de perdas e danos, no caso de ser declarado responsável”.

diferencia cláusula de não-indenizar e cláusula delimitadora de responsabilidade⁹.

No entendimento de Aguiar Dias na cláusula de limitação de responsabilidade estariam reunidos quase todos os elementos da cláusula penal, ao lado dos elementos que comporiam a cláusula de irresponsabilidade, vez que esta seria exacerbação da cláusula de limitação.

Assim, “enquanto na cláusula limitativa, o devedor, reconhecendo a falta, oferece ressarcimento, na cláusula meramente exoneratória o que pleiteia é não ressarcir”. O ressarcimento, portanto, existe, sendo condição essencial na configuração do instituto, por isso, não se poderia falar em ressarcimento quando os valores pagos a tal título fossem irrisórios.

A cláusula de limitação de responsabilidade tem sentido inverso da cláusula penal, pois esta é invocada pelo credor, enquanto aquela é invocável pelo devedor. Tal fato é crucial para entender da licitude do instituto, assemelhado à cláusula penal, mas, em analogia com a matemática, em sentido oposto.

⁹ José de Aguiar Dias citando Cassvan afirma que “na cláusula limitativa, em que a culpa é levada em conta e até presumida, a simples inexecução, sem outra prova, por parte do credor lhe acarreta a aplicação. Portanto o devedor que a invoca reconhece a culpa; b) na cláusula limitativa, o devedor, reconhecendo a culpa, oferece o ressarcimento”.

CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO

A limitação de responsabilidade vem sendo utilizada nos contratos de transporte marítimo amplamente, não se confundindo com a denominada cláusula de não-indenizar *stritu sensu*. De fato, o transportador e o afretador ajustam a inserção de tais tipos de cláusulas nos contratos de transporte marítimo de mercadorias, havendo ganhos para ambos os lados, para o afretador diminui o valor do frete, sendo que o seguro que contrata para a proteção das mercadorias o resguarda. Já para o transportador a clausulação proporciona a necessária tranqüilidade para proceder a transporte de mercadorias a um risco razoável.

Percebe-se, então, que tal cláusula, longe de ser abusiva, é negociada e tem o caráter de revestir-se em instrumento de vantagem econômica para ambas as partes do contrato. Ora, dentro dessa perspectiva, não haveria que se falar em abusividade. Abuso pressupõe desequilíbrio sem contrapartida, não é o que ocorre em tais situações.

Ressalte-se, as cláusulas de limitação de responsabilidade são admissíveis num contexto bem específico, contexto justificável jurídica e socialmente, no entanto não podem ser consideradas remédio universal na questão da responsabilidade contratual.

Existe um fim específico em se permitir tal tipo de clausulação, facilitar o comércio de mercadorias, especialmente no sentido de dinamicizar o comércio e as relações econômicas entre as empresas. Não é portanto instituto aplicável aos particulares enquanto consumidores, até porque em tais casos do Código de Defesa do Consumidor aponta para o desequilíbrio natural dos contratos de consumo, afastando-se a condição de estrita igualdade entre as partes contratantes.

O instituto da limitação da responsabilidade é instituto que pressupõe estrita igualdade entre as partes, servindo para situações justificadas por um contexto social, jurídico e econômico maior. A limitação encontraria então uma forma de justificação constitucional, ápice do ordenamento jurídico, que admitiria, em condições especiais, a limitação da responsabilidade entre partes contratantes, não só como prestígio à manifestação da vontade, mas também como questão necessária a determinado setor economicamente relevante.

Perceba-se, por tudo o que aqui foi falado, é inferível que nos contratos de transporte marítimo de pessoas – e pertences de tais pessoas – não há que se falar em cláusulas limitativas de responsabilidade. Nesses casos os passageiros assumem a típica condição de consumidores, sendo protegidos por Lei¹⁰ e pelo ordenamento constitucional, que reconhece a relação de desequilíbrio inerente às relações de consumo.

As cláusulas de limitação de responsabilidade, portanto, são típicas dos contratos mercantis, e não em todos os contratos mercantis, mas a espécie

específica de contratos, contratos que, por determinadas condições históricas/sociais e econômicas, admitem a limitação enquanto instrumento de preservação das relações comerciais entre os particulares.

A CONSTITUIÇÃO, O CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO E AS CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Uma vez entendido que a admissão das cláusulas de limitação de responsabilidade não pode unicamente encontrar como fundamento de validade a autonomia da vontade das partes contratantes, faz-se necessário investigar o ordenamento jurídico constitucional na tentativa de encontrar os princípios que tornam admissíveis excepcionalmente tais cláusulas.

Pietro Perlingieri em obra já consagrada¹¹ aponta para o fenômeno da constitucionalização do direito privado, ou seja, a vontade passaria a ser temperada por nortes vindos diretamente do texto constitucional, a influência dos princípios constitucionais envolvendo a relação entre os particulares adquire caráter essencial para o entendimento das questões jurídicas envolvendo os particulares enquanto agentes autônomos de direito privado.

¹⁰ Código de Defesa do Consumidor.

¹¹ *Perfis do Direito Civil* Introdução ao Direito Civil Constitucional., Pág. 5. “O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existem, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora”.

Já nas primeiras linhas da Constituição Federal percebe-se a preocupação na proteção da dignidade da pessoa humana, havendo-se que ter em conta a proteção de tal dignidade dentro de todo o ordenamento jurídico¹². No entanto, e em patamar constitucional estão previstas a integração internacional e a livre iniciativa, portanto haveria que se pensar em tais princípios quando da interpretação dos institutos jurídicos.

Ora, uma interpretação a respeito de uma cláusula limitando direitos tem de ter em conta tais princípios, que, antes de colidirem entre si, complementam-se. Nos contratos de transporte marítimo de mercadorias, contratos estritamente mercantis, a questão da proteção à dignidade da pessoa humana fica facilitada, pois os contratantes exercem atividade empresarial, e não atividades que digam respeito às suas condições enquanto pessoas humanas.

A questão da livre iniciativa e da integração internacional do Brasil trabalham no sentido de permitir, e até considerar desejável construções especiais a certos tipos de contratos mercantis que integrem mais o Brasil no contexto internacional. Ora, se as condições especiais apostas nos contratos não trouxerem prejuízo às pessoas humanas pátrias, permitindo a efetiva realização da livre iniciativa e da integração internacional, não há por que não permitir sua inserção os contratos.

Este é o ponto, antes de serem abusivas, tais cláusulas apresentam-se até como desejáveis no âmbito dos contratos de transporte marítimo, visto que tais

¹² Conforme já defendido por Paulo Roberto Ribeiro Nalim *in* .Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional.

contratos representam forma de integração do Brasil no comércio internacional, sendo ainda o transporte marítimo a forma de transporte mais eficaz de transporte de grandes quantidades de mercadorias a grandes distâncias.

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E AS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDADE

Em 1994 aportou no Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial¹³ envolvendo a questão de cláusula limitativa de responsabilidade em contrato de transporte marítimo. Faz-se necessária a análise de tal julgamento, inclusive a análise do contexto e das alegações esposadas pelos Ministros da Corte para verificar-se da aplicação ou não de nova interpretação justificando as cláusulas limitativas de responsabilidade, ou se estas subsistiam no contrato enquanto mera manifestação da autonomia da vontade das partes contratantes.

A votação se deu por maioria, tendo o relator restado vencido. Em 1994 já desembocavam no Superior Tribunal de Justiça contendas ocorridas já posteriormente à Constituição Federal de 1988 e principalmente, as contendas envolviam as partes diante da nova realidade de integração internacional do Brasil iniciada no Governo Collor.

O voto vencedor partira de Ministro que já tinha analisado a questão anteriormente, tendo votado favoravelmente à legalidade das cláusulas

limitativas de responsabilidade em contratos de transporte marítimo, tendo, então, restado vencido.

O voto deste Ministro já na primeira oportunidade tinha-se mostrado extremamente robusto, no entanto, no julgamento em que as razões do Ministro restaram acolhidas pela maioria de seus colegas, o voto notabilizou-se pela clareza das opiniões e pelo raciocínio utilizado.

Cumprido, neste momento, analisar o voto para perceber o cerne do julgamento, inferindo-se, se possível, os princípios que nortearam os julgadores e a determinação de entendimento novo no que concernia aos contratos de transporte marítimo e as cláusulas de limitação de responsabilidade.

A questão apresentada aos julgadores dizia a uma cobrança de seguradora regressivamente em face da transportadora, tendo esta alegado a cláusula de limitação de responsabilidade para não pagar o valor pleiteado integralmente pela seguradora.

A seguradora alegava a existência de vedação a cláusula de limitação de responsabilidade em decorrência dos termos do art 1º do Decreto nº 19.473/30, 1.056 do Código Civil de 1916 e 99, 101, 103, 104 e 519 do Código Comercial, alegando ainda que haveria dissidência com a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal.

¹³ REsp 39082-6-SP, RSTJ 69/353).

A seguradora sustentava, ainda, que a indenização prevista na cláusula limitativa seria tão irrisória que esta equivaleria a verdadeira cláusula de não-indenizar. É importante salientar, em 1ª instância a seguradora havia saído vencedora, em 2ª instância, num primeiro momento, teve o julgamento confirmado, no entanto, em sede de embargos infringentes, o 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, reviu seu posicionamento, admitindo a cláusula limitativa de responsabilidade no contrato de transporte marítimo.

Analisando os argumentos da seguradora, o então relator do recurso, Ministro Nilson Naves, aceitou o Recurso Especial em face da divergência da matéria apontada pela seguradora e a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal. Em seu voto o Relator tomou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça até então para dar provimento ao recurso, considerando inválida a cláusula limitativa de responsabilidade tanto quanto a cláusula de não-indenizar.

Tendo pedido vistas, o Ministro Cláudio Santos, alegando casos idênticos¹⁴, afirmou que tinha posição favorável à permanência da cláusula de limitação de

¹⁴ Voto em Recurso Especial nº 13.656 – São Paulo – “O Sr. Ministro Cláudio Santos: São duas as questões debatidas: uma a da não inclusão do frete pago no valor da indenização; outra, a da validade de cláusula limitativa da responsabilidade do transportador marítimo. Daí expor o Sr. Ministro Dias Trindade, relator, no início de seu voto, ora reproduzido, para relembração das matérias: ‘São dois os recursos interpostos, um da parte unânime do acórdão proferido na apelação, que recusou a indenização do frete pago, em caso em que a totalidade da mercadoria não foi entregue, além de considerar válida a cláusula limitativa da indenização; o outro, do acórdão nos embargos infringentes, que teve como correta a interpretação de que não se trataria de indenização irrisória aquela que atinge perto de um quinto do valor dos danos. A recorrente está na ação na qualidade de sub-rogada nos direitos da contratante do transporte, a quem pagou o respectivo seguro’. Nas conclusões de seu voto, a dar provimento aos recursos, justificou o Sr. Ministro Relator: ‘...demonstrado que a cobertura do sinistro alcançou o frete pago, é evidente que deve o respectivo valor ser coberto pela indenização, tanto mais em caso em que forma extravaiadas, em sua integralidade, as mercadorias dadas a transportar’; e, ao final: ‘Tenho, portanto, que se deva ter por não escrita a cláusula de não indenizar, que a tanto se reduz a limitação leonina interposta’. Peço vênia, entretanto, para discordar, de início no concernente à inclusão do valor do frete pago na indenização. Com efeito, para os fins previstos nos arts. 159 e 1.056 do CC, o frete não compõe as perdas e danos. Estes são expressos pelo valor do bem perdido durante o transporte, lucros cessantes e acessórios. Em alguns países, cuja legislação, expressamente, faculta a limitação da responsabilidade, o valor do frete é devolvido. No nosso país, a legislação é omissa a respeito. O valor do

frete pago pela seguradora ao dono da coisa extraviada é ônus dela por força do contrato de seguro, mas não era direito exigível da transportadora pelo proprietário da mercadoria. A sub-rogação não vai além dos direitos e ações que o segurado tinha contra o transportador. É o que dispõe o art. 728 do CC, tido por contrariado: 'Pagando o segurador um dano acontecido à coisa segura, ficará sub-rogado em todos os direitos e ações que ao segurado competirem contra terceiro; e o segurado não pode praticar ato algum em prejuízo do direito adquirido dos seguradores'. Por outro lado, não há dissídio quanto a esse tema, de sorte que não conheço do primeiro recurso especial, interposto da parte unânime do julgamento da apelação. Quanto ao segundo recurso peço licença à eg. Turma para desenvolver algumas considerações mais extensas sobre o assunto. A questão não é nova. É controvérsia do início do século, para alguns. Para outros, remonta à metade do século XIX. Aloniar Baleeiro, em voto acerca do tema, vai mais longe. Diz que: 'Nos tempos da navegação a vela, quando o perigo do *act of god*, do pirata, corsário, ou mesmo da barataria do capitão e tripulantes etc. eram a regra constante, compreendia-se a cláusula excludente da responsabilidade ou a legislação que a fazia presumir' (RE 78.012-SP, RTJ 72/203). O certo é que, no Direito Romano, já se encontravam regras acerca da exoneração da responsabilidade nos contratos, como se vê nos seguintes trechos do Digesto: Ulpianus: Digesto: L. 17, 23 *De diversis regulis iuris*. 'Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt quidam et dolum et culpam...; nam hoc servabitur quod initio convenit (legem enim contractus dedit). Excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicium contrarium est; et ita utimur.' Ulpianus: Digesto I, 1, 17, 3 *de deposito*. 'Si convenit, ut in deposito et culpa lata praestetur, rat est conventio: contractus enim legem ex conventione accipiunt. Illud probabis, dolum non esse praestandum si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem contra que bonos mores est et ideo non sequenda est.' Paulo: Digesto I, 1, 17, 6 *commodato*. 'In commodata haec pacta, ne dolum praestetur, rata non est.' Portanto, como, aliás, observa José de Aguiar Dias, em seus conhecidos escritos (*Cláusula de Não-Indenizar*, 4ª ed., Rio, Forense, 1980), no Direito Romano, era lícita a cláusula de irresponsabilidade, não só nos contratos, como no campo da culpa extracontratual. A controvérsia, todavia, somente ganhou mais relevância com o desenvolvimento industrial, dos transportes, e, ainda, com as formas de contratação que vieram a ser conhecidas como contratos de adesão. Daí por que coube aos juristas franceses das primeiras décadas deste século a primazia dos estudos a respeito do problema. Sampaio de Lacerda em seu divulgado *Curso de Direito Privado da Navegação – Direito Marítimo* (v. 1, Rio, Livraria Freitas Bastos, 1969) faz uma ampla dissertação acerca das teorias lançadas, em sua maior parte, pelos autores franceses, a saber: '157 – Cláusulas de não responsabilidade. Pode ainda o fretador eximir-se da responsabilidade mediante a inclusão no contrato de cláusulas especiais. Essas cláusulas foram primeiramente adotadas pelos armadores ingleses e procuravam atender à situação da legislação de seu país, que custou a aceitar, como vimos, o princípio da limitação da responsabilidade marítima. Depois, o uso estendeu-se aos demais países, em virtude do desenvolvimento do comércio, da transformação dos meios de transporte, e da celeridade na marcha dos navios. De início os autores mostraram-se hostis a elas, considerando-as imorais e ilícitas por contrariarem o princípio absoluto em direito de que ninguém pode estipular a não-reponsabilidade pelos seus atos (Vali, Emerigon, Pothier), ou, então, julgaram-nas nulas e sem efeito (Pardessus, Desjardins e Cresp). Mais tarde, em França, Reynal (1869) teve oportunidade, em caso que defendeu perante os tribunais, de sustentar a validade completa das cláusulas de irresponsabilidade, obtendo franco apoio na doutrina por parte de alguns autores: Tambour, de Courcy, Labbé, Lyon Caen e Renault, Sainc-Telecte, Ripert, defendendo as cláusulas no transporte por mar e salientando a diferença deste do transporte terrestre, declara que neste último se proíbe a inserção de cláusulas para evitar a surpresa de consentimentos, pois que são contratos de adesão, sem discussão entre as partes, não sucedendo o mesmo no transporte marítimo, em que os carregadores, quase sempre comerciantes conhecedores a fundo das condições de transporte, aceitam, com pleno conhecimento de causa, a irresponsabilidade do transportador, procurando, com isso, preço de transporte reduzido. Em trinta anos, acentua Ripert, as taxas de frete baixaram tão consideravelmente que os armadores não puderam resistir a isso sem restrições à extensão de suas obrigações. E os carregadores consentem porque estão, a seu turno, garantidos com o seguro. A melhor prova de liberdade contratual está na oferta feita por certos armadores de duas espécies de conhecimentos: um sem cláusulas e outro com cláusulas, mas com frete menor. A experiência demonstrou que os primeiros só três vezes foram solicitados (Ripert). Na base da convenção de irresponsabilidade há, esclarece Cassvan, uma transação de interesses pelo qual o credor, mediante redução do preço, se dispõe a não inquietar o devedor faltoso. É claro que não se pode tirar o máximo de conclusões de tal transação, mas é certa a preferência do interessado pela tarifa reduzida, com a correspondente influência das consequências da falta do transportador. Aguiar Dias, em sua monografia citada, expõe as diversas doutrinas sobre o valor das cláusulas de irresponsabilidade, resumindo-as em quatro teorias fundamentais, isto é, a que sustenta a ineficácia absoluta delas (Aubry e Rau, Laurent, Pardessus, Rubem de Couder), a que sustenta a tese da inversão do ônus da prova (*trop-long*), a que

reconhece validade às cláusulas, restringindo os efeitos à responsabilidade contratual e invocando o caráter de ordem pública da responsabilidade extracontratual (Fromageot) e que a reconhece ampla validade às cláusulas de irresponsabilidade (Cluzel) e conclui por essa última procurando responder às objeções opostas, como se depreende do que afirma: 'Dizer que a cláusula favorece a negligência do devedor é argumento impressionante, mas seu valor não vai além. Com efeito, o próprio devedor tem interesse em executar o contrato, porque há de querer, naturalmente, conservar a sua posição de contratante de boa-fé, cujas vantagens são evidentes. E caso não tenha essa preocupação pela posição que ocupa relativamente ao credor, a sua negligência não pode ser o fim, o objetivo da cláusula, pois envolveria dolo contratual, causa da anulação desta em conformidade com as normas de direito comum. Em outros termos: a cláusula de irresponsabilidade não se destina a cobrir ou legitimar a intenção em que o devedor esteja, de não aplicar toda diligência na execução do contrato, mas a aliviá-lo de encargos que se tornem por demais onerosos, no caso de inexecução'. Para que produzam efeito, aconselha Danjon constem elas dos conhecimentos e das cartas partidas, devidamente assinadas pelos carregadores ou, quando muito, facilmente provada a sua aceitação, presumindo-se sempre que tal sucedeu se figurando no conhecimento, foi este recebido pelo afretador em reserva de espécie alguma. Daí Guy de Valon estabelecer certas condições para que a cláusula seja considerada aceita. Assim, diz ele, deve ser escrita de maneira legível e explícita, isto é, em termos claros, não admitindo ambigüidade e de preferência em caracteres especiais que possam facilmente atrair atenção'(fls.). Conclui o festejado comercialista pela aceitação da validade das cláusulas de irresponsabilidade (p. 209), e justifica: 'Não há, de fato, textos de nossas leis que proibam a inserção dessas cláusulas. Assim, pelo art. 12 do Decreto Legislativo nº 2.681, de 7.12.12 (Lei de Estradas de Ferro), verifica-se a possibilidade até para os transportes terrestres, conquanto de modo facultativo e correspondendo a uma diminuição de tarifa, da cláusula de não-garantia das mercadorias, bem como a prévia determinação do máximo de indenização a pagar, nos casos de perda ou avaria. Também não podemos aceitar a interpretação dada por alguns autores de que art. 1º do Decreto nº 19.473, de 10.12.30, considera nulas as cláusulas de irresponsabilidade. O dispositivo citado assim dispõe: 'O conhecimento de frete ... prova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no lugar do destino. Reputa-se não escrita qualquer cláusula restritiva ou modificativa dessa prova ou obrigação'. Ora, o que a lei aí quis evitar é a inclusão no conhecimento de cláusulas que o desnaturem como tal, isto é, que não o admitam como prova do recebimento da mercadoria ou como determinante da obrigação do transportador de entregá-la por meio de sua apresentação, no lugar do destino. Nada tem a ver, pois, esse texto legal com as cláusulas de irresponsabilidade. A jurisprudência brasileira é ainda bem vacilante no interpretar a validade das cláusulas de não indenizar, havendo decisões variadas'(ob. cit., pp. 212-213). O já lembrado Aguiar Dias, na obra citada é da mesma opinião: 'A cláusula de irresponsabilidade é, pois, válida, lícita e tem amplos efeitos de isenção do encargo de reparar, desde que, isoladamente considerada como contrato, reúna as condições pelos princípios comuns exigidos para validade dos atos jurídicos em geral'(p. 61). No que tange à cláusula limitativa da responsabilidade, como não poderia deixar de ser, posiciona-se o autor na mesma linha liberal: 'As cláusulas limitativas são de uso freqüente nos transportes. Consistem, comumente, na fixação, *à forfait*, de soma determinada, para constituir a indenização, em caso de perda, extravio, avaria ou atraso. Apesar da aceitação que lograram na doutrina e na jurisprudência, não temos dúvida em sustentar a sua nulidade quando a soma arbitrariamente fixada resulte em verdadeira lesão para o credor, principalmente quando se trate de transporte, cujo contrato geralmente é de natureza a excluir a liberdade de discussão por parte do interessado no serviço'(p. 129). Acerca da cláusula de não indenizar, no Brasil, trago mais uma contribuição. A do Dr. Álvaro Luiz Damásio Galhanone, magistrado paulista. Em síntese conclusiva de artigo intitulado "A cláusula de não indenizar" diz o autor: 'A cláusula de não indenizar é, portanto, convenção que, em princípio, deve ser reputada válida e eficaz, desde que regularmente discutida e aceita por ambas as partes posicionadas em igualdade absoluta. Exatamente por esse motivo, não pode merecer guarida sempre que, por qualquer razão, encontrarem-se os contratantes em situações diversas, rompendo-se, assim, o equilíbrio entre eles e a possibilidade de uma livre-negociação. Dentre todas as restrições que pode sofrer, é a de maior importância a que condiz com sua aplicação nos contratos de adesão. E nem poderia ser de outra forma, posto que as figuras jurídicas, fruto da evolução histórica, só podem ter sentido em merecer aceitação quando destinadas não à satisfação de interesses meramente particulares mas, sim, aos anseios do próprio homem, este o único e verdadeiro objetivo da Ciência Jurídica e dos ideais da justiça'(RT 565/30). São oportunas algumas considerações sobre a doutrina estrangeira mais moderna. Antonio Brunetti, em obra da metade do século sobre o direito marítimo, faz os seguintes comentários: 'De la licitud de las cláusulas que limitan el importe del resarcimiento siempre que no sea una cifra irrisoria, no se ha dudado jamás, especialmente em consideración a lo dispuesto en los artículos 404 y 416 del Cód. Com., que no excluyen la limitación en matéria de transportes ferroviarios. En este sentido se ha formado de unos cincuenta años a esta parte, un uso (contractual) casi universal,

según el cual la limitación se puede asimilar jurídicamente a una cláusula penal (art. 1.200, Cód. Civ.; 414, Cód. Comercio) (*Derecho Marítimo Privado Italiano*, versão espanhola, t. III – *Las Obligaciones, Primera Parte, De los Transportes Marítimos*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1950, pp. 321-322). Manoel García Amigo, entrelaçando o estudo do tema com o da estrutura dos contratos de adesão, tão em voga nos dias atuais, de início, observa: ‘Há sido en el contrato de transporte donde originaria hicieron su aparición las convenciones de no responsabilidad en su sentido moderno y actual, és decir como pactos contractuales redactados por el predisponente de condiciones generales de los contratos que passna a ser contenido del transporte cuando el carregador las acepta. Es fácil comprender que el transportista redacte condiciones generales, ya que debe contratar en idénticas condiciones con muchos cargadores o viajeros – contratos en masa o en serie -, y la explicación de que en tales condiciones generales de contrato aparezcan las cláusulas de irresponsabilidad radica en que el contenido obligacional del transporte implica una pesada carga para el empresario, ya que se le confían personas e bienes de las que debe responder y cuyo valor patrimonial es extraordinariamente desproporcionado en comparación con los beneficios que percibe por el ejercicio de su industria; lógicamente, pensando como empresario privado, es decir, egoísticamente, el transportista tiende a eliminar, o en todo caso a limitar, los riesgos de incurrir en una responsabilidad cuantiosa de cualquier forma que le sea factible’ (*Cláusulas Limitativas de la Responsabilidad Contractual*, Madrid, Editorial Tecnos, 1965, pp. 197/198). Adiante, especificamente sobre o transporte de coisas, complementa: ‘La razón moral y de orden público que hemos visto se opone a la validez de las limitaciones convencionales de la responsabilidad en el transporte de personas desaparece en el transporte de cosas (al igual que desaparece en la responsabilidad por retraso o por daños a los equipajes). En consecuencia, las cláusulas de irresponsabilidad en el transporte de cosas son válidas en principio, aunque evidentemente deben respetar los límites generales del dolo y de la culpa grave. Para tratar el punto que ahora nos interesa es conveniente distinguir los diferentes tipos de transporte según el medio en que se realizan ya que normalmente las legislaciones positivas les dedican leyes particulares a cada uno’ (ob. Cit., p. 203). Finalmente, após noticiar o tratamento legal dado pelo direito espanhol aos limites de validade das cláusulas limitativas nos transportes marítimos internacionais (nestes inspirando-se nos tratados internacionais conhecidos como Regras de Haia de 1921 e a Conferência de Bruxelas de 1924) e nos transportes marítimos nacionais, em nota de rodapé traça o seguinte quadro mundial: ‘En el Derecho comparado rigen diversos sistemas, admitiendo unos la validez, y declarando otros la nulidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad. En Alemania, nada especial se dispone, por lo que la doctrina aplica los principios generales del Código Civil. Cons. especialmente Schlegelberger-Giesecke: *Seehandelsrecht*, Berlin, 1959. El Derecho inglés niega dicha validez en la *Carriage of Goods by Sea Act*, 1924 (art. III, 8º). Para los demás países del *Common Law*, se admite la misma solución; cons. Fraikin: *Traité de la Responsabilité du Transporteur Maritime*, Paris, 1957, pp. 199 y ss. En Francia, la ley especial de 2-IV-1936 sobre el *transport de marchandises par mer* dispone, en su artículo 9º, que ‘est nul et de nul effet dans un connaissement ou titre quelconque de transport maritime toute clause ayant directement ou indirectement pour objet de soustraire le transporteur à la responsabilité que le droit commun ou la présente loi mettent à sa charge ou de reverser le fardeau de la preuve tel qu’il résulte des lois vigueur ou de la présente loi’. Aplicando este precepto, ha declarado la sentencia de las ‘Chambres réunies’ de 11-III-1960 – en Sirey, 1960, 169 – que ‘le regime de la responsabilité du transporteur maritime n’est pas déterminé par la libre volonté des parties, mais par des prescriptions d’ordre publique, qui ont fixé elles-mêmes l’entendue des obligations réciproques des contractans et réalisé leur équilibre’. En el mismo sentido, las sentencias de la Cour de Cassation de 8-VI-1948, en Dalloz, 1948, 553; 28-IV-1947, em Dalloz, 1947, 381. En Italia, por el contrario, dispone el artículo 424 del Codice della Navigazione que ‘le norme degli articoli 422-423 (que determinan la responsabilidad contractual del transportista) sono sempre derogabili a favore del caricatore. Sono derogabili a favore del caricatore. Sono derogabili anche a favore del vettore per quanto concerne il periodo di tempo che intercorre tra caricazione e scaricazione, relativamente ai transporte di merci qualsiasi genere, nonchè per quanto concerne i danni di ritardo. Nei confronti di terzi l’efficacia delle clausole derogatrici è subordinata alla loro inserzione nella polizza ricevuto per l’inbarco o nella polizza di carico. Le norme anzidette sono infine derogabili, anche fuori delle impotese a dei limiti previsti nel precedente comma, qualora non venga emessa la polizza di carico, no altro documento negoziabile’. Con relación a los Estados Unidos, ha escrito Yanno Poulos: ‘Validity of negligence clause’, e Louisiana L. R., 1957-8, 626, que ‘the American Courts ... have in the pas declined to enforce ‘unreasonable’ clauses limiting the liability of the carries for negligence, where performance was to be made in part of in whole in the U.S.A’. Actualmente rige la Carriage of Goods by Sea Act de 1936, que reproduce ‘with some variations of article I to VIII of the Convention’ (pp. 212-213)’. Feitas essas considerações de ordem doutrinária, passo a apreciar a jurisprudência brasileira sobre o tema. Não é novidade a sumulação do tema geral pela col. Corte, no Verbete 161: ‘Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar’. Em consonância com

esta tese, destaco o acórdão do col. Supremo Tribunal Federal, no RE 78.012-SP, relator Ministro Aliomar Baleeiro, com esta ementa: 'Seguro marítimo. Cláusula de não indenizar. Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar (Súmula 161)' (RTJ 72/202). No mesmo sentido, mas já abordando a questão da limitação, o acórdão do Excelso Pretório, no RE 107.361-RJ, relator Ministro Octavio Galloti, assim, ementado: 'Diverge, manifestamente, da Súmula 161 do Supremo Tribunal, onde se consagra a inoperância da cláusula de não indenizar, o acórdão recorrido, que placitou estipulação limitativa da responsabilidade do transportador marítimo, a valor capaz de tornar irrisória a indenização. Recurso extraordinário provido' (RTJ 119/338). Não guardou a mesma sintonia o acórdão proferido no RE 94.985-SP, relator Ministro Cunha Peixoto, que tem esta ementa: 'Transporte marítimo. Seguro. Cláusula do conhecimento de transporte. Ao segurador, sub-rogado, não é concedido receber quantia superior àquela devida pelo transportador ao embarcador. Decisão que admite a limitação da responsabilidade dá à lei interpretação pelo menos razoável. Recurso extraordinário não conhecido' (RTJ 104/357). Em linha assemelhada, o acórdão do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro na ApCv 12.840-RJ, cuja ementa assim resume o decisório: 'No transporte marítimo tem validade a cláusula que limita a responsabilidade do transportador a 500 dólares por volume, que serviu de base para o cálculo do frete. Não se trata de cláusula de não indenizar, vedada pelo art. 1º do Decreto nº 19.473/30. Por essa cláusula não se elide a obrigação de o transportador entregar a mercadoria, ou indenizar o que nela se prevê, fixando-se, apenas, o valor-base para a indenização, ficando ao embarcador a opção de declará-lo, pagando frete com uma sobretaxa, ou omitir o valor' (RT 536/191). E na jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos colho esta decisão na ApCv 45.006-SP, relator Ministro Aldir Passarinho: 'Marítimo. Transporte marítimo. Cláusula limitativa da responsabilidade do transportador. Cabível é a limitação da responsabilidade, se o embarcador apenas pagou o frete normal relativo à importância declarada no conhecimento de transporte quando lhe era possível indicar valor maior, com pagamento de maior frete. Não há que confundir tal cláusula com a de 'não indenizar' que a jurisprudência tem admitido como vedado pelo art. 1º do Decreto nº 19.473/30. Entender-se diferentemente seria onerar, injustificadamente, o transportador, posto que a fixação do frete se faz à base, inclusive, do valor da carga' (RJTFR 55/128). Em face das considerações doutrinárias alinhadas, exsurge repudiar a doutrina apenas a cláusula de não indenizar, por não encontrar amparo no direito, e não vedar a legislação a cláusula limitativa, ao contrário, a admite, no seguinte dispositivo da Lei das Estradas de Ferro (Decreto Legislativo nº 2.681, de 7.12.12), art. 12: 'A cláusula de não garantia das mercadorias, bem como a prévia determinação do máximo de indenização a pagar, nos casos de perda ou avaria, não poderão ser estabelecidas pelas estradas de ferro de modo facultativo e correspondendo a uma diminuição de tarifa. Serão nulas quaisquer outras cláusulas diminuindo a responsabilidade das estradas de ferro estabelecida na presente Lei'. Assim, penso estar a melhor solução na orientação jurisprudencial a reconhecer a validade da cláusula limitativa, dès que a indenização prefixada, corresponda a uma tarifa menor e tenha 'significação real ante o valor da mercadoria extraviada' (ac. da 4ª T., no REsp 12.220-SP). *In casu*, a decisão teve esses fundamentos: 'A indenização limitada corresponde aproximadamente a um quinto do valor pleiteado pela autora. Como assinalado no ven. aresto embargado, trata-se de uma soma significativa, não podendo ser considerada irrisória ou ínfima. A própria lição de Orlando Gomes em que se calca tanto a r. sentença quanto o r. voto vencido fala em 'importância tão insignificante que a sua aceitação equivaleria à cláusula de não indenizar'. Indenização que corresponde a um quinto do valor real das mercadorias não pode ser considerada assim tão 'insignificante'. Mesmo o ven. acórdão do eg. Superior Tribunal de Justiça trazido pelo embargado para reforçar suas razões (fls.) refere-se a caso em que o teto representava percentual bem inferior ao da hipótese em exame. Não se alegue desequilíbrio entre o valor pré-fixado da indenização e o valor do frete. Este foi calculado com base apenas no peso total das mercadorias, como se observa do conhecimento de embarque de fls. Se o valor das mercadorias era conhecido do transportador, como alega o embargante, tal dado não foi considerado para o cálculo do frete. 'BS 15%, ali consignado, se refere a sobretaxa de combustível (fls.). Aliás, no conhecimento de embarque consta mesmo 'conteúdo, qualidade e valor desconhecidos do transportador'. Nem se argumente que a prévia fixação da indenização só é admissível quando houver diminuição do frete. O frete cobrado foi o normalmente exigido em tal situação. Para que a cláusula restritiva perdesse validade seria necessário que, no ato da contratação, se declarasse o valor real da carga confiada ao transporte, permitindo ao transportador cobrar um *ad valorem* sobre o frete, aumentando o seu ganho, e habilitando-o a pagar a indenização real, no caso de constatação de extravio e/ou avarias no porto de destino. Assim, legítima a cláusula limitativa da responsabilidade, que não contraria o disposto no art. 1º do Decreto nº 19.473/30, que regula os conhecimentos de transporte de mercadorias (cf. JTACSP – RT 85/140, 86/117, 87/18, 95/57 e 101/14, dentre inúmeros outros). Também não se há falar em divergência com a Súmula 161 do STF, pois aqui a cláusula restritiva não equivale à de não indenizar' (pp. 457-459). E no recurso especial, nesse ponto alega-se ofensa aos arts. 1º do Decreto nº 19.473/30, 99, 101, 102, 103, 106 e 107 do CCom, 159, 947 e

responsabilidade nos contratos de transporte marítimo. Alega, num primeiro momento, não concordar com a extensão interpretativa até então dada a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal.

Em seu pedido o Ministro salientava que entre partes igualitárias, profissionais, com liberdade de contratar, a qual estaria amplamente assegurada, não sendo o contrato regido pelas determinações do Código de Defesa do Consumidor, não haveria problema de se incluir cláusulas limitativas de responsabilidade, as quais, no seu entendimento, seriam diversas de cláusulas de não-indenizar, esta sim sem validade no direito brasileiro.

O Ministro reporta-se a outro julgado, neste julgado o aspecto fático que mais contava consistia no abatimento que o proprietário das mercadorias transportadas teve em função de não ter declarado o valor das mercadorias,

§§, 1.543 do CC, e 12 da Lei nº 2.681/12, além de dissídio com julgados variados. Entendo *data venia* merecer a controvérsia tratamento diferenciado da matéria objeto da Súmula 161 do STF e, por outro lado, a decisão recorrida não contraria a legislação apontada, sobretudo o art. 12 da Lei das Estradas de Ferro que permite a limitação, consoante demonstrado. De mais a mais, a responsabilidade contratual objetiva somente é aplicável ao transporte de pessoas, cumprindo ao transportador levar o passageiro ao local do destino. Assim, não há ofensa ao art. 1º do Decreto nº 19.473, consoante leciona José de Aguiar Dias: ‘As cláusulas limitativas de responsabilidade do transportador terrestre encontram em nosso Direito sua regulação no art. 12 já citado, do Decreto nº 2.681, de 1912, dada, em nossa opinião, a inoperância do art. 1º do Decreto nº 19.473, de 1930. De sorte que, em caráter facultativo e correspondendo a redução de tarifa, podem ser aceitas se, é claro, reúnem as demais condições de validade dos contratos’(ob. cit., p. 191). Por último, relembro decisão desta Turma, no REsp 1.691-SP, relator Ministro Nilson Naves, cujo acórdão contém esta ementa: ‘Seguro. Transporte de mercadoria. Cláusula limitativa. Não dissente da Súmula 161 do STF, e menos da Súmula 188 do STF, acórdão que limitou a responsabilidade do transportador ao valor convencionado. A divergência com princípio sumulado há de ser em relação ao que nele estiver disposto, e não quanto ao que virtualmente nele se contenha. Recurso especial não conhecido’. E a já mencionada decisão da 4ª Turma no REsp 12.220-SP, relator Ministro Athos Carneiro, assim ementada: ‘Transporte marítimo. Seguro. Cláusula limitativa de obrigação de indenizar. CPC, art. 333, II. A cláusula de limitação da obrigação de indenizar em princípio não é incompatível com a Súmula 161 do Pretório Excelso, mas cumpre a quem invoca provar sua existência, na forma da lei, e comprovar que a indenização previamente tarifada apresenta significação real ante o valor da mercadoria extraviada. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso especial não conhecido’. Diante de todo exposto e tendo em vista não ser vedada a cláusula de responsabilidade limitada, bem assim a peculiaridade do caso, com a cobrança do frete em razão do peso e não do valor, aliás, desconhecido para o transportador, segundo a prova dos autos, o que afasta a caracterização do dissídio, peço *venia* para discordar do voto do eminente relator, não conhecendo do recurso especial. É o voto.”

limitando a responsabilidade da transportadora a valor “x” por produto danificado. Concluindo que se tratou de opção do dono da empresa importadora, que pagou frete menor e, em contrapartida, estipulou com a transportadora cláusula limitativa de responsabilidade.

O Ministro Sálvio de Figueiredo segue o voto do Ministro Cláudio Santos, acrescentando que para “que a cláusula restritiva perdesse validade seria necessário que, no ato da contratação, se declarasse o valor real da carga confiada ao transporte, permitindo ao transportador cobrar *ad valorem* sobre o frete, aumentando o seu ganho e habilitando-o a pagar a indenização real, o caso de constatação de extravio e/ou avarias no porto de destino”. Concluindo que a cláusula limitativa não colidiriam com a sumulação do Supremo Tribunal Federal vedando as cláusulas de não-indenizar.

Acrescenta o Ministro que a existência de direitos disponíveis, de caráter estritamente patrimonial, a característica da contratualidade, reforçada pela questão da autonomia da vontade, conduziriam a um entendimento pela validade de cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte marítimo.

Em seu voto o Ministro Barros Monteiro constata que a cláusula limitativa não equivaleria a cláusula de não-indenizar, afirmando que a validade da cláusula limitativa dependeria de dois requisitos para valer: não ser o valor da indenização irrisório e ter sido dada aos contratantes a opção em limitar ou não

os valores da indenização em contrapartida com um valor declarado ou não da mercadoria.

O Ministro Antônio Torreão Braz opinou pela validade da cláusula de limitação de responsabilidade, afirmando que esta justificaria-se desde que não tivesse “o caráter de leonina” e se justificasse “à vista das peculiaridades de cada caso”. No caso em exame as condições de validade da cláusula limitativa de responsabilidade teriam-se operado, tendo negado provimento ao recurso.

O Ministro Fontes de Alencar retificou seu voto, acompanhando o Ministro Cláudio Santos, negando provimento ao recurso. O Ministro Costa Leite também prestigiou a tese levantada pelo Ministro Cláudio Santos, ressaltando ter havido opção e abatimento do preço. O que validava a cláusula limitativa de responsabilidade no contrato de transporte marítimo.

A tese foi vencedora, tendo restado vencidos os Nilson Naves, Dias Trindade e Waldemar Zveiter. O Superior Tribunal de Justiça apontou pela validade de cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte marítimo, desde que o valor da indenização não se tornasse irrisório e que fosse dada a opção de pagamento de frete reduzido em função da não declaração do valor das mercadorias transportadas.

Analisando-se a tese vencedora pode-se verificar o prestígio dos princípios da autonomia da vontade e da força vinculante dos contratos. Princípios estes

tradicionais da teoria dos contratos¹⁵. A princípio não se verificaria a incidência de novos princípios jurídicos a nortear o julgamento do Superior Tribunal de Justiça.

O julgado do Superior Tribunal de Justiça abriu novas possibilidades aos transportadores, no entanto permanece ainda a questão se novos princípios jurídicos têm de ser aplicados para a justificação da limitação da responsabilidade nos contratos de transporte marítimo.

A AUTONOMIA DA VONTADE, A FORÇA VINCULANTE DO CONTRATO E A BOA-FÉ OBJETIVA

No julgado, com já citado neste estudo, o Superior Tribunal de Justiça remete-se à questão da autonomia da vontade e da força vinculante das estipulações contratuais.

No atual contexto, em que se falou até em morte do contrato, é interessante notar que o Tribunal prestigiou o contrato e os contratantes sobremaneira ao admitir a cláusula de limitação de responsabilidade.

No entanto, é importante ressaltar que o julgado prestigia a noção de boa-fé, tanto num âmbito subjetivo, como, e aí talvez se encontre a novidade, num

¹⁵ ROPPO, Enzo. O contrato. Nesta brilhante obra o autor demonstra a relatividade da questão concernente à autonomia da vontade e da força vinculante das estipulações contratuais. Vide Capítulo III.

âmbito objetivo¹⁶, onde o agir das partes é relevante na compreensão do contrato e na delimitação da vontade das partes e da vinculação destas ao contrato.

Em que pese o denominado “Novo Código Civil” ter expressamente previsto a questão da boa-fé objetiva, tendo além disso unificado a parte geral da matéria atinente ao direito privado, já em 1994 o Superior Tribunal de Justiça reconhecia que além da autonomia da vontade e da força vinculante do contrato, elemento de validade seria o da boa-fé inerente no negócio, ou seja, nem uma das partes poderia-se utilizar do negócio para deixar de indenizar, mas também a outra tinha a possibilidade de declarar o real valor da carga – pagando maior frete – ou preferir partir de presunção do valor da mercadoria – limitando sua indenização em caso de extravio – no entanto diminuindo consideravelmente o valor do frete.

Perceba-se que em tal atitude, além dos elementos da autonomia da vontade e da força vinculante das estipulações contratuais, apresenta-se um terceiro elemento, objetivamente auferível, a boa-fé das partes em celebrar tal tipo de negócio, eximindo-se reciprocamente de ônus indesejáveis, com isso intentando incrementar seus negócios.

Ora, ainda que não de forma direta, todo julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça prestigia os princípios da autonomia da vontade e da força vinculante do contrato, incluindo aí novo elemento, elemento essencial para o

¹⁶ Texto esclarecedor acerca do tema é de autoria de Ubirajara Mach de Oliveira. Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. Texto apresentado no Curso de

entendimento da validação da cláusula de limitação de responsabilidade – a boa-fé objetiva.

A boa-fé aparece enquanto novo elemento justificador das cláusulas de limitação de responsabilidade, não tendo tal preceito tendo encontrado resguardo, pelo menos enquanto na sua feição objetivada, em explicações anteriores. Tal fato faz do julgado do Superior Tribunal de Justiça paradigmático. A boa-fé justificando cláusula aparentemente abusiva.

A autonomia da vontade, a força vinculante dos contratos têm como elemento delimitador a boa-fé, esta no seu aspecto subjetivo, que diz mais com a vontade, e no aspecto objetivo, que diz ao desenho jurídico do próprio negócio.

Percebe-se, então, que antes de serem conceitos em crise, a autonomia da vontade e a força vinculante do contrato passam pelo tempero da boa-fé. Destaque-se que o contrato aqui discutido é exclusivamente mercantil, se tal contrato envolvesse pessoa física e tivesse caráter civil ou de consumo tais princípios não seriam suficientes para justificar a validade de tal clausulação.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS JUSTIFICADORES DA LIMITAÇÃO

Embora não aventados na decisão do Superior Tribunal de Justiça, existem princípios constitucionais que poderiam justificar uma regulação especial aos contratos de transporte marítimo.

Os princípios constitucionais da livre iniciativa, cumulado com o princípio da inserção do Brasil na comunidade internacional, especialmente este último, constituem no embasamento de uma regulamentação especial no que se refere a contratos de transporte marítimo.

Cabe ressaltar, a limitação prevista nos contratos de transporte marítimo adquire caráter especialíssimo, em face, principalmente, do princípio da dignidade da pessoa humana, que permeia com força todo ordenamento jurídico¹⁷.

Por isso, não é admissível, nem hipoteticamente, cláusula limitativa de responsabilidade em contratos de caráter não mercantil. Daí da atualidade da Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal, obviamente que justificada por novos motivos e circunstâncias jurídicas.

¹⁷ Consoante o pensamento de Pietro Perlingieri.

CONCLUSÃO

Do estudo conclui-se que no direito brasileiro admite-se a clausulação limitativa de responsabilidade do transportador marítimo. O embasamento teórico para a validade está centrado na autonomia da vontade e na força vinculante dos contratos.

O elemento da boa-fé contratual, em seu aspecto objetivo, pode ser inferida da análise da questão posta em julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça. É de se salientar que tal princípio encontra-se expresso no Código Civil.

Conclui-se, então, que os contratos mercantis, notadamente os de transporte marítimo, poderão admitir cláusulas limitativas de responsabilidade, tomando-se como elemento configurador a boa-fé objetiva.

Conclui-se da inadmissibilidade da aplicação de cláusula de não-indenizar no âmbito do direito brasileiro. A Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal é significativa, mas não é a única justificção para a inadmissibilidade da cláusula de não-indenizar. De fato, no direito brasileiro está definitivamente consagrado o princípio da boa-fé, notadamente a objetiva, em todos os contratos, havendo que a autonomia da vontade e da vinculação das partes ao contratar-se que se submeter aos ditames da boa-fé.

Percebe-se que, ao menos em nível jurisprudencial, o embasamento constitucional a justificar um enquadramento especial do transporte marítimo – princípios da inserção do Brasil na comunidade internacional e o princípio da livre iniciativa – passou longe das razões que justificaram a admissão das cláusulas de limitação de responsabilidade.

Enfim, o Superior Tribunal de Justiça, em que pese ter entendido pela validade das cláusulas de limitação de responsabilidade, avança enquanto admite a boa-fé enquanto elemento norteador dos contratos, no entanto, avança timidamente, pois não foram ventilados os princípios constitucionais que justificariam uma disciplina especial aos contratos de transporte marítimo, notadamente na esfera do direito internacional privado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERINI, Atílio A. CABANA, Roberto M. López Cabana. **Temas de Responsabilidad Civil**, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil, Vol. 1**, Saraiva, São Paulo, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 5ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1994.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**, 12ª Edição, Atlas, São Paulo, 2000.

DE OLIVEIRA, Ubirajara Mach. **Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva**, Trabalho apresentando no Curso de Pós-graduação – Mestrado em Direito da UFRGS, Cadeira de Teoria Geral do Direito Privado, 1995.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**, 4ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1980.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**, 3ª Edição, Saraiva, São Paulo, 1997.

FACHIN, Luiz Edson (coordenação) *et al.* **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**, Renovar, Rio de Janeiro e São Paulo, 2000.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**, Malheiros Editores, São Paulo, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**, 4ª Edição, Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, Saraiva, São Paulo, 2002.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua perspectiva civil – constitucional**, Juruá, Curitiba, 2001.

_____. **Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial**, Juruá, Curitiba, 1996.

PERLINGIERI, Pietro: tradução de: DE CICCIO, Maria Cristina. **Perfis do direito civil**, Renovar, Rio de Janeiro e São Paulo, 2002.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**, Bookseller, Campinas, 2000.

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