

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

Departamento de Ciências Jurídicas

**CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE**

Jefferson Ramos Brandão

Curso de Especialização em Direito Contratual

Dissertação apresentada no Curso de pós-graduação em Direito Contratual, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista.

Curitiba

2004

# CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

por

Jefferson Ramos Brandão

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista no Curso de pós-graduação em Direito Contratual, pela comissão formada pelos seguintes Professores:

ORIENTADOR:

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Eroulths Cortiano Junior

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Rodrigo Leonardo

\_\_\_\_\_  
Professora Doutora Daniela Ballão Emlund

Curitiba, 30 de julho de 2004

## SUMÁRIO

Resumo .....	04
Introdução .....	05
Seção I: Conceito e primeiras acepções .....	06
Seção II: Abuso de direito, cláusulas abusivas e limitação da responsabilidade .....	13
Seção III: Cláusulas de limitação de responsabilidade: requisitos de validade .....	22
Conclusão .....	32
Referências bibliográficas .....	33

## **RESUMO**

Pesquisa acerca das cláusulas que estabelecem limites, nos contratos, ao direito de indenização, nos casos de inadimplemento total ou parcial das obrigações estipuladas. Análise sobre disciplina legislativa e entendimento da doutrina. Estudo sobre temas conexos, como teoria do abuso de direito, cláusulas abusivas e normas de ordem pública. Estudo sobre as cláusulas de limitação de responsabilidade na relação de consumo.

## INTRODUÇÃO

Com freqüência, deparam-se os estudiosos do Direito, dentro da esfera contratual, com a questão acerca da validade ou invalidade de cláusulas que regulam a responsabilidade do contratante inadimplente. Realmente, o tema constitui um verdadeiro tormento para a ciência jurídica, principalmente em virtude da escassa regulamentação legislativa e das divergências observadas na doutrina e na jurisprudência.

A importância das cláusulas em questão é explícita – sua aceitação, por hipótese, proporcionaria aos contratantes um valioso instrumento para a racionalização dos riscos do negócio. Os comerciantes, por exemplo, poderiam repassar para seus produtos a economia de custos proporcionada pela certeza sobre uma situação futura, normalmente incerta.

Por outro lado, entretanto, poderia proporcionar também um flagrante desequilíbrio, ocasionando situações injustas, que não podem ficar sem a tutela de um Direito preocupado em promover os fins sociais do contrato e a boa-fé dos contratantes.

Mas quais são os requisitos de validade das cláusulas de limitação de responsabilidade? Elas podem ser estipuladas em toda e qualquer relação contratual? Estes e demais temas conexos constituem o objeto de investigação deste trabalho.

— —

## SEÇÃO I – CONCEITO E PRIMEIRAS ACEPÇÕES

Inicialmente, importante realizar estudo para conhecer o conceito das cláusulas de limitação da responsabilidade, dentro da teoria dos contratos.

Para SILVIO DE SALVO VENOSA, a cláusula de limitação de responsabilidade existe quando uma das partes declara que não será responsável por danos emergentes do pacto negocial, não importando se o inadimplemento é total ou parcial. Tem por função “alterar o sistema de riscos do contrato”. É, portanto, uma exoneração convencional do dever de reparar o dano e, nessa situação, ocasiona transferência dos riscos para a vítima<sup>1</sup>.

Observa VENOSA, outrossim, que alguns juristas fazem distinção entre a chamada cláusula de não indenizar, que afastaria a obrigação de indenizar, e a cláusula irresponsabilidade, que afastaria a própria responsabilidade. Ocorre que, conforme entendimento do autor, em princípio, somente a lei pode excluir a responsabilidade. Assim, melhor a denominação “cláusula de não indenizar”, que não afasta a responsabilidade, mas somente o dever de indenizar<sup>2</sup>. No mesmo sentido assevera CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: a convenção não pode suprimir a responsabilidade - prerrogativa somente conferida ao legislador - mas somente afastar a obrigação dela decorrente<sup>3</sup>.

SILVIO RODRIGUES entende que “a cláusula de não indenizar é aquela estipulação através da qual uma das partes contratantes declara, com a concordância da outra, que não será responsável pelo dano por esta experimentado, resultante da inexecução ou da execução inadequada de um contrato, dano este que, sem a cláusula, deveria ser ressarcido pelo estipulante”. O autor

---

<sup>1</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, p. 50-51.

<sup>2</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Obra citada*, p. 51.

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações*, p. 351.

também concorda que nas cláusulas em questão existe uma transferência de responsabilidade, a qual será suportada pela vítima, ocorrendo o inadimplemento.<sup>4</sup>

Segundo NILSON LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, as convenções em análise abrangem tanto aquelas que limitam totalmente a responsabilidade, isentando o inadimplente de qualquer obrigação reparatória, como aquelas que limitam parcialmente a responsabilidade, através do montante indenizatório ou através da exclusão de específicas situações, que seriam normalmente passíveis de reparação (exemplo: cláusula isentando o inadimplente somente de indenizar lucros cessantes)<sup>5</sup>.

Mas na realidade, o fenômeno jurídico não é novo, fruto da moderna técnica contratual, como pode parecer. A irresponsabilidade convencional já era conhecida dos romanos. O princípio da liberdade das convenções estava consagrado em diversas passagens do Digesto, as quais autorizavam o afastamento, através de convenção, do direito comum, em matéria de responsabilidade. Também na esfera extracontratual a convenção de irresponsabilidade era admitida<sup>6</sup>.

Ainda segundo LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, a inserção das cláusulas de limitação da responsabilidade nos contratos é feita para “reduzir e matematizar o risco do negócio”<sup>7</sup>. Aliás, conforme entendimento da maioria da doutrina, a cláusula referida foi criada, assim como a cláusula penal e o contrato de seguro, para estabelecer um equilíbrio entre o dever de indenizar e o direito de ser indenizado, visando criar “soluções equidistantes dos extremos”.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> “Da mesma maneira que no seguro o risco é transferido para a mutualidade dos segurados (...), na cláusula de irresponsabilidade o risco é transferido para a vítima”. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, p. 179.

<sup>5</sup> Com efeito, o autor não dispensa tratamento diferenciado para cláusulas que limitam e excluem a responsabilidade, porque “a limitação sempre implica, de alguma forma, exclusão de responsabilidade, o que, de resto, pode ser até mesmo confirmado pela existência, no direito comparado, de tratamento idêntico às duas cláusulas, como na Itália”. LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. *Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira*, p. 11.

<sup>6</sup> DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*, p. 14-15.

<sup>7</sup> LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. *Obra citada*, p. 7-8.

<sup>8</sup> DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*, p. 19-20.

Mas seria a cláusula de limitação de responsabilidade uma espécie de cláusula penal? Os dois institutos poderiam ser tratados sob o mesmo regime jurídico?

Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, a semelhança é evidente. “Da mesma forma que a cláusula penal implica a prévia limitação do ressarcimento ante o inadimplemento do devedor; ou que o seguro de responsabilidade o exonera, transferindo ao segurador o encargo, idéias que são pelos especialistas aproximadas à cláusula de não indenizar – o Direito moderno, que presencia o pleno desenvolvimento do princípio da responsabilidade civil, coordena e aprova um sistema de contrapesos à obrigatoriedade de reparação, mediante a aceitação do afastamento convencional daquele dever.”<sup>9</sup>

Entretanto, a doutrina majoritária prefere separar os dois conceitos, apesar de reconhecer alguns pontos em comum. No direito brasileiro, existem duas espécies de cláusula penal: a penitencial (CC, artigo 411) e a compensatória (CC, artigo 410). A modalidade que se aproximaria da cláusula de limitação de responsabilidade é a compensatória, que possui as seguintes características: 1) é substituta das perdas e danos; 2) pode ser estipulada até o valor total da obrigação principal; 3) independe da alegação de prejuízo; 4) admite discussão sobre o prejuízo excedente ao valor estipulado na cláusula penal, desde que assim convencionado pelas partes, e após dilação probatória<sup>10</sup>.

Justamente da análise de tais requisitos, podemos obter as diferenças existentes: embora a cláusula penal possua contornos de pré-definição dos danos e, conseqüentemente, eliminação da incerteza acerca do valor da eventual reparação, ela tem características próprias, como por exemplo, a desnecessidade de prova do prejuízo e a alternatividade em favor do credor, as quais não são aplicáveis

---

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações*, p. 350.

<sup>10</sup> LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. *Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira – permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio?*, p. 18-19.

às cláusulas de limitação. Ademais, a cláusula limitativa de responsabilidade pode estabelecer um montante superior ao montante da obrigação principal<sup>11</sup>.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, apesar de utilizar fundamento diferenciado, é enfático: a cláusula de limitação de responsabilidade não se confunde com a cláusula penal. “A cláusula penal é estimação prévia dos danos (...). A cláusula de irresponsabilidade, de seu lado, importa a supressão de qualquer reparação.”<sup>12</sup>

Segundo INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, que noticia o direito português, as cláusulas sobre responsabilidade podem ser de três categorias: 1) cláusulas de limitação da responsabilidade; 2) cláusulas de agravamento da responsabilidade; 3) cláusula penal. Não há, portanto, coincidência entre a cláusula penal e a cláusula de limitação de responsabilidade<sup>13</sup>. Aliás, segundo o autor lusitano, não é correta a denominação “cláusula penal”, pois pena representa um castigo, um mal infligido ao agente infrator, o que é diferente da simples reparação de um mal; a cláusula penal não possui a finalidade de castigar, mas somente reparar os prejuízos sofridos pelo credor. Ademais, a pena propriamente dita é cumulável com a indenização, o que não ocorre com a cláusula penal<sup>14</sup>.

Ainda segundo TELLES, as cláusulas de limitação da responsabilidade, por sua vez, dividem-se em três modalidades: 1) cláusulas que limitam o montante da indenização; 2) cláusulas que limitam os fundamentos da

---

<sup>11</sup> LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. Obra citada, p. 12; 18-19.

<sup>12</sup> DIAS, José de Aguiar. Obra citada, p. 21-22.

<sup>13</sup> TELLES, Inocência Galvão. *Direito das Obrigações*, p. 423-424. As cláusulas de agravamento da responsabilidade (ex.: aquelas que estabelecem uma indenização mínima) ocorrem quando “por convenção das partes o credor tem assegurada determinada indemnização [SIC], ainda que os prejuízos sejam de montante inferior ou mesmo não sofra prejuízos alguns”. O credor pode, então, reclamar o valor mínimo fixado, sem precisar provar a extensão dos danos; terá direito à indenização maior se fizer a efetiva prova dos danos alegados. Outra forma de agravar a responsabilidade é convencionar que o obrigado responde sempre, independentemente da existência de culpa ou caso fortuito/força maior, por exemplo. As cláusulas de agravamento são consideradas válidas, quando estipuladas dentro dos limites ditados pelas normas imperativas. TELLES, Inocência Galvão. Obra citada, p. 438-440.

<sup>14</sup> TELLES, Inocência Galvão. Obra citada, p. 441.

responsabilidade e 3) cláusulas que estipulam a inversão do ônus da prova<sup>15</sup>. Quanto aos fundamentos da responsabilidade, podem as partes estipular que fique ela circunscrita aos casos de dolo ou culpa grave, por exemplo.

Mas para o aclamado jurista português, as chamadas cláusulas de limitação da responsabilidade (estipuladas geralmente para que o obrigado escape de indenização muito elevada, ou para fugir de responsabilidade por culpa leve ou mesmo, sem culpa, nos casos de responsabilidade objetiva), não se confundem com as denominadas cláusulas de irresponsabilidade. A duas possuem tratamento jurídico diferenciado, o que justificaria a distinção terminológica.

Assim, as cláusulas de irresponsabilidade, que objetivam excluir totalmente a responsabilidade do inadimplente, são em princípio nulas, pois “a norma que estabelece o direito à indemnização [SIC] tem caráter imperativo”. Mas o direito à indenização, *depois de adquirido*, é renunciável. O que se proíbe, portanto, é a renúncia antecipada, “pois, de contrário, a obrigação, desde que não fosse susceptível de execução forçada específica, ficaria privada de toda a força coerciva e, em qualquer caso, perderia muito do seu vigor”<sup>16</sup>.

O Direito português, na realidade, possui disposição expressa acerca da questão, contida no artigo 809 do Código Civil: “É nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores, nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no nº 2 do artigo 800”. E um dos direitos referidos, que constam nas divisões anteriores, é justamente o direito à indenização. A ressalva do nº 2 do artigo 800 é a possibilidade de afastar ou limitar a responsabilidade quando o

---

<sup>15</sup> As cláusulas que limitam a quantidade da indenização, outrossim, não se confundem com a cláusula penal. A cláusula penal estabelece um valor fixo – é vedada a indenização suplementar. Ficando o valor estipulado aquém do prejuízo, o credor sai favorecido, porque alcança indenização maior do que o valor efetivo do prejuízo sofrido. Por outro lado, a cláusula limitativa estabelece somente um máximo de indenização, mas sem um valor fixo, inalterável – a parte lesada poderá ser indenizada proporcionalmente ao prejuízo sofrido, respeitado o limite fixado. TELLES, Inocêncio Galvão. Obra citada, p. 432-433.

<sup>16</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Obra citada, p. 425-426.

ato for praticado por representantes legais ou auxiliares do devedor.<sup>17</sup>

No mesmo sentido, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, que complementa, ainda sobre o direito português (Código Civil, artigo 809): as partes têm, segundo o princípio da liberdade contratual, liberdade para celebrar as obrigações, bem como para modificá-las, de comum acordo. “Mas de igual liberdade não gozam no capítulo nevrálgico do não-cumprimento das obrigações, quer se trate da falta definitiva do cumprimento (incluindo a impossibilitação culposa da prestação), quer esteja em causa a mora do devedor ou o cumprimento defeituoso da obrigação. Nesse caso, enquanto as obrigações se mantiverem, a lei não permite que o credor renuncie *antecipadamente* a qualquer dos direitos que ele dispõe contra o devedor que não cumpre”<sup>18</sup>.

Com efeito, a renúncia é tema que está diretamente relacionado com o estudo aqui realizado. Estariam as partes que convencionam pela regulação da responsabilidade renunciando a uma situação jurídica, estipulada pela lei?

Para JOSÉ PAULO CAVALCANTI, renúncia é “ato de eliminação deliberada do próprio direito”, e produz apenas esse efeito eliminativo, do próprio renunciante; quaisquer outros efeitos são estranhos ao instituto da renúncia. “Qualquer vantagem que outro sujeito eventualmente venha a auferir, não terá causa na renúncia, mas em outro título”. O oposto da renúncia é o protesto, através do qual procura-se conservar um direito<sup>19</sup>. Então, por definição, a renúncia é abdicativa. A chamada renúncia translativa não é, na verdade, renúncia, mas somente forma de alienação.

---

<sup>17</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Obra citada, p. 425.

<sup>18</sup> “Os direitos cuja renúncia *antecipada* a lei proscreve nesta disposição imperativa são o direito à indemnização [SIC] dos danos sofridos (em qualquer das formas de não cumprimento culposos), o direito à realização coativa da prestação se ela for possível (ou à execução por *equivalente*), o direito de resolução do contrato (quando a obrigação não cumprida provenha dum contrato bilateral ou sinalagmático) e o direito ao ‘*commodum*’ de representação. O credor não pode exercer nenhum desses direitos e pode inclusivamente renunciar em definitivo ao exercício de qualquer deles, depois que o não cumprimento (*lato sensu*) se verificou. O que não pode é abdicar antecipadamente de qualquer deles”. VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral, p. 136.

<sup>19</sup> Não podemos confundir renúncia com falta de exercício do direito. Na renúncia, a eliminação do direito é proveniente de pronunciamento expreso. CAVALCANTI, José Paulo. *Da renúncia no Direito Civil*, p. 14-16.

Aplicada a certas espécies de direito, a renúncia recebe nomenclaturas especiais. Destarte, a renúncia de crédito se chama remissão, a renúncia à herança, repúdio, e a renúncia a certas espécies de direitos reais, abandono<sup>20</sup>.

Segundo o entendimento de diversos autores, incluindo Jossierand, Barassi, Ferrara, Pontes de Miranda, Clóvis Beviláqua e Carvalho Mendonça, a renúncia pode ocorrer tanto a título oneroso quanto a título gratuito. Mas para CAVALCANTI, o negócio abdicativo não se encaixa em nenhuma dessas modalidades. O ato é neutro. A unilateralidade não é atributo da renúncia (a maioria da doutrina entende que ela é ato bilateral), mas é certo, para o autor, que o ato de renúncia não pode ser realizado com contraprestação<sup>21</sup>.

Conforme CAVALCANTI, a renúncia de direitos futuros, inclusive simples expectativas, é possível. O objeto da renúncia, outrossim, não precisa estar desde logo determinado, mas tem que ser necessariamente determinável, o que, ademais, constitui requisito fundamental de validade do negócio jurídico, em sentido geral<sup>22</sup>. Por outro lado, é possível, também, a renúncia parcial (salvo se o bem for juridicamente indivisível - Código Civil, artigos 87 e 88. Exceção: hipótese do artigo 1.808.), e a renúncia sob condição ou termo (não se concilia, entretanto, com o modo)<sup>23</sup>.

Importante salientar, por fim, que a renúncia não se presume e deve ser interpretada restritivamente, e que ela, em princípio, não exige requisitos especiais de forma, salvo preceito de lei em contrário (renúncia à herança, por exemplo; é poder especial na procuração)<sup>24</sup>. Está submetida às regras gerais sobre nulidades e anulabilidades dos negócios jurídicos<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> CAVALCANTI, José Paulo. Obra citada, p. 16.

<sup>21</sup> A renúncia, todavia, em alguns casos, pode ser unilateral. Mas o que importa é que o instituto, por si, não tem a característica de transmitir direito. CAVALCANTI, José Paulo. Obra citada, p. 72.

<sup>22</sup> CAVALCANTI, José Paulo. Obra citada, p. 118-119.

<sup>23</sup> CAVALCANTI, José Paulo. Obra citada, p. 125-126.

<sup>24</sup> CAVALCANTI, José Paulo. Obra citada, p. 126-130.

<sup>25</sup> "A renúncia, quando negócio unilateral, não-receptício, se consuma e é irrevogável de si mesma, desde a emissão; quando negócio unilateral receptício, desde a recepção; quando negócio jurídico bilateral, de acordo com as regras gerais aplicáveis aos contratos". CAVALCANTI, José Paulo. Obra citada, p. 148-150.

Neste passo, podemos concluir que a inserção de cláusula de limitação de responsabilidade constitui uma verdadeira renúncia, desde que o ato seja abdicativo, e não acarrete transmissão do direito. Mas quais direitos seriam renunciáveis e quais seriam irrenunciáveis? O direito à reparação seria um direito renunciável?<sup>26</sup>

Em princípio, são renunciáveis todos os direitos privados. A renunciabilidade é a regra do direito privado e a irrenunciabilidade a regra do direito público. Mas quais são os direitos privados? “Antes de procurarmos estabelecer os critérios de irrenunciabilidade, importa, de logo, assentar um princípio que limita o campo de incidência do instituto da renúncia: não se renunciam aos interesses legítimos, mas unicamente aos direitos subjetivos.” E renunciar aos interesses legítimos implica renúncia a direito objetivo, o que é inadmissível.<sup>27</sup>

Mas o que são direitos subjetivos? Haveria abuso de direito em convenção que estipula limitação de responsabilidade? Este é o universo temático a ser explorado na seção seguinte:

## **SEÇÃO II – ABUSO DE DIREITO, CLÁUSULAS ABUSIVAS E LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE.**

Ao refletir sobre as cláusulas de limitação de responsabilidade, naturalmente indagamos se elas constituem cláusulas abusivas, ou se sua estipulação, dentro de uma convenção, acarreta abuso de direito. Necessária, então, a investigação desses assuntos. Mas antes, importante explorar um outro tema intimamente conexo: os direitos subjetivos.

O sistema jurídico, ao conceder diversos poderes aos sujeitos, cria, em compensação, alguns limites de atuação. Surge, então, a figura do abuso de

---

<sup>26</sup> É na fixação do que pode ou não ser renunciável que está o trabalho do jurista, no estudo das cláusulas de limitação de responsabilidade. DIAS, José de Aguiar. Obra citada, p. 43.

<sup>27</sup> CAVALCANTI, José Paulo. Obra citada, p. 107-109.

direito, como um instrumento que se opõe à plena liberdade, a qual é expressada através de uma categoria que o Direito moderno erigiu como “átomo jurídico” do sistema privado: o direito subjetivo. E é justamente em torno dos direitos subjetivos que se desenvolve a construção teórica do abuso de direito<sup>28</sup>.

Segundo a Professora ROSALICE FIDALGO PINHEIRO:

“Os códigos modernos delinearão um sistema de Direito Civil clássico, fundamentado na liberdade do indivíduo contra o Estado. Deste modo, o homem, revestido do *status* de sujeito de direito, encontrou no direito subjetivo não apenas o ‘expediente técnico’, mas ideológico, destinado a precaver a ordem liberal contra investidas externas. Nesta perspectiva, o direito subjetivo revestia-se de um caráter ‘absoluto’ ao encontrar-se entregue ao livre arbítrio de seu titular”<sup>29</sup>.

Expediente técnico porque é através dele que o homem participa das mais variadas relações jurídicas; em um segundo momento, constitui também um expediente ideológico, porque perpetua a idéia de liberdade de cada indivíduo dentro da sociedade, o que revela vantagens econômicas<sup>30</sup>.

Existem várias teorias que procuram explicar a idéia de direito subjetivo. Windscheid e Ihering travaram uma interessante discussão acerca do tema, embora fundamentados em um mesmo positivismo jurídico-científico. Windscheid filia-se à chamada jurisprudência dos conceitos, “que concebe o sistema jurídico como um todo fechado, no qual a atividade do legislador limita-se à mera subsunção”. Ihering é filiado à denominada jurisprudência dos interesses, “a qual abre-se para juízos de avaliação dos interesses envolvidos e em conformidade

---

<sup>28</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do Direito e as relações contratuais*, p. 03.

<sup>29</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Obra citada, p. 03-04.

<sup>30</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Obra citada, p. 17.

com os critérios de valoração da lei: os primeiros sinais para uma concepção do Direito como sistema aberto”.<sup>31</sup>

Para Windscheid, o direito subjetivo remete à noção de “poder da vontade”, que dispensa intervenção do Estado, e que atua somente para garantir a autonomia privada. Não foram poucas as críticas à sua concepção. Ao definir o direito subjetivo como poder da vontade esqueceu o ilustre jurista daqueles que não podem manifestar juridicamente sua vontade, como os absolutamente incapazes; esqueceu também que muitos direitos têm exercício obrigatório (exemplos: alguns atos concernentes ao direito de família e alguns atos relacionados ao direito de propriedade, em virtude de sua função social).<sup>32</sup>

Ihering, ao contrário, defendia que a vontade é substituída pelo interesse, na estrutura do direito subjetivo. Passa ele, então, a “constituir-se de um elemento substancial, que é definido como o interesse que a lei julga digno de proteção e um elemento formal, que é a proteção do direito consubstanciado pela ação na justiça. O direito objetivo intervém ao conferir uma ação, a fim de realizar o interesse, donde resulta sua definição esboçada como interesse juridicamente protegido”. Sua teoria ocasiona duas consequências: 1) o Estado tem que decidir quais são os interesses dignos de proteção; 2) imposição de caráter social aos direitos privados – surge, então, a noção de função social.<sup>33</sup>

Mas a doutrina de Ihering também recebe muitas críticas. Alguns autores afirmam que, na realidade, o interesse não compõe a estrutura do direito subjetivo, mas está fora dela, pois direito subjetivo e interesse juridicamente protegido não se confundem. Outros, dizem que o direito subjetivo deve ser definido apenas em seu elemento estrutural, “ou seja, enquanto ‘poder jurídico’, sem considerar seu aspecto funcional, o qual identifica-se com o interesse visado por esta prerrogativa individual”. Além do mais, o direito subjetivo não estaria circunscrito ao

---

<sup>31</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Obra citada, p. 19-20.

<sup>32</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Obra citada, p. 20-23.

<sup>33</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Obra citada, p. 24-25.

interesse, pois nos chamados direitos-deveres, o seu exercício não é feito no interesse do titular, mas de outrem.<sup>34</sup>

Ocorre que esse acentuado contorno individualista liberal (a teoria dos direitos subjetivos surgiu em plena exaltação da liberdade individual, no Séc. XIX), ocasionou situações injustas – o “poder da vontade”<sup>35</sup>, atribuído aos indivíduos, era livremente exercido, mesmo acarretando sérios prejuízos a outro indivíduo. A teoria do abuso de direito, portanto, foi construída para colocar um contrapeso, obstando o exercício dos direitos de forma absoluta e descompromissada, relativizando-os.

PEDRO BAPTISTA MARTINS identifica no direito romano a origem da teoria do abuso de direito. Segundo ele, “vários textos (...), dos quais transparece a condenação do exercício abusivo dos direitos, vêm pôr de manifesto que a idéia não é inteiramente nova”. Gaio teria formulado uma teoria geral do abuso de direito, quando, para justificar a proibição de maus tratos aos escravos, proclamava que não devemos usar mal nossos direitos – *male enim nostro jure uti non debemus*.<sup>36</sup>

Entretanto, pondera: no direito romano, apesar dos textos mencionando o que pode ser considerado como a gênese da teoria do abuso de direito, vigorava no sistema uma “concepção rigidamente absolutista dos direitos”, em virtude de um arraigado individualismo.<sup>37</sup>

ROSALICE FIDALGO PINHEIRO acrescenta: a origem da teoria do abuso do direito está na definição romana de *res* e *personae*, que contrapunha coisas e pessoas. O sentido da *res* era dado pela *personae*, o que

---

<sup>34</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Obra citada, p. 24-25.

<sup>35</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Obra citada, p. 04.

<sup>36</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 21-22.

<sup>37</sup> “Os romanos, como os clássicos, consideravam os direitos subjetivos ilimitados em sua natureza e em sua essência. Só a lei de responsabilidade poderia condicionar o seu uso e definir seu abuso. Admitiam-se excepcionalmente restrições legais ao poder arbitrário do indivíduo, mas a maior parte destas restrições, que se aplicam sobretudo à propriedade imobiliária, têm um caráter absoluto como o direito que limitam”. MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 22-25.

separava quem era quem na sociedade (pessoa livre ou escravo). A liberdade da *personae* acarretava a necessidade de sua limitação, especialmente no que se refere à propriedade. Josserand chegou a afirmar que a evolução do direito romano, em sentido geral, ocorreu em grande parte devido à evolução da teoria do abuso de direito.<sup>38</sup>

Mas importante ressaltar: o sistema romano não conheceu a concepção de direito subjetivo nem uma teoria do abuso de direito; as questões que surgiam na prática pretoriana eram resolvidas através da equidade. “Em verdade, no direito romano, há apenas vestígios da reprovação do exercício abusivo dos direitos, que, entretanto, não aparecem sob a denominação de abuso do direito”.<sup>39</sup> A teoria, portanto, é fruto do esforço de alguns juristas contemporâneos, que procuraram transplantar para o direito civil o princípio sociológico da solidariedade, em substituição ao antigo conceito de liberdade absoluta, em que se fundavam os direitos subjetivos.

Foi a jurisprudência francesa do século XIX que iniciou um processo de desenvolvimento da teoria do abuso de direito, em casos envolvendo direito de propriedade e direito de vizinhança, resgatando a idéia elaborada pelo sistema romano. Aparece pela primeira vez no sistema legislado no Código Civil francês de 1804 e no BGB alemão, de 1900.<sup>40</sup>

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA observa que a discussão em torno da teoria em questão gira em torno de três aspectos: 1) possibilidade de repressão do exercício abusivo do direito, pela ordem jurídica; 2) autonomia

---

<sup>38</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Obra citada, p. 32-33.

<sup>39</sup> “Embora não se pudesse falar de ato abusivo na legislação romana, por não conter qualquer determinação fixa de direitos subjetivos, a prática pretoriana moldava-se às necessidades da vida, mediante a aplicação da equidade. E muito mais do que isto significa dizer que a noção de abuso do direito pôde se desenvolver independentemente do direito subjetivo, portanto, em situações não qualificadas como tal”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Obra citada, p. 34-35.

<sup>40</sup> “... se o BGB corresponde ao ideal positivista da plenitude, o código francês teria renunciado a esta última, não primando por uma elevada disciplina conceitual e sistemática (...). Eis o porquê de uma disciplina diferenciada, no que se refere ao abuso de direito. O primeiro a exigir sua tradução no estatuto codificado, a fim de acolhê-lo, e o segundo, delineando-o por uma esfera jurisprudencial. Tal dicotomia ainda pode ser compreendida, pelo fato de que o BGB não espelha a imagem da vida de uma nova sociedade fechada, tal como a espelhava o *Code Civil*, depois da vitória da burguesia, mas apenas de uma camada da burguesia que, na verdade, não conseguira uma vitória completa sobre o antigo Estado autoritário”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Obra citada, p. 54, 59-60.

científica da teoria; 3) limites para estabelecer que o exercício do direito pelo seu titular possa ser considerado passível de repressão e/ou ressarcimento<sup>41</sup>.

A primeira, que foi levantada na França por Marcel Planiol (o qual entendia que a própria expressão “abuso de direito” é contraditória), está superada. Segundo seu pensamento, se alguém usa de seu direito, o ato é *lícito*; se for *ilícito*, é porque ultrapassa o direito, procedendo o agente sem direito, *iniuria*, como dizia a *Lex Aquilia*. Sua doutrina foi sepultada pela concepção de que os direitos subjetivos não são ilimitados, e seu exercício não pode ser praticado com intenção de causar prejuízo<sup>42</sup>.

Quanto à autonomia científica, cabe esclarecer que grassava entre os estudiosos a tese de que a teoria do abuso de direito, na verdade, não possuía autonomia científica, como instituto jurídico, estando absorvida pela doutrina dos atos ilícitos. Todavia, com ela não se confunde. O abuso de direito não é um ato ilícito. No ato abusivo, há violação do princípio geral de que os atos jurídicos devem ser exercitados com limites, “e sob essa perspectiva, embora o abuso do direito revele-se como antijurídico, ele não constitui em si mesmo ato ilícito”.<sup>43</sup>

Quanto aos limites do ato abusivo, (quais atos podem ser considerados abusivos ou não), observa CAIO MÁRIO que fundamentalmente, é necessário bom senso para dirimir o problema. Com frequência, o uso normal de um direito acarreta incômodos ou contraria interesses alheios: “quando o locador pede ao locatário que lhe restitua o imóvel alugado, cria-lhe o incômodo de obrigá-lo a procurar outra moradia; quando o credor leva a protesto um título cambial, impõe ao devedor uma situação de constrangimento”. Todavia, o exercício de um direito,

---

<sup>41</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 251-252.

<sup>42</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 251-252.

<sup>43</sup> “Esse modo implícito de negar a teoria do abuso do direito enquanto concepção autônoma deve-se às consequências de um ‘centralismo jurídico’ que atuou em nossa codificação, delineando um método de interpretação exegético. A idéia de que o direito é um ato de autoridade gerou o mito da completude, impedindo o jurista de dar outro fundamento para as soluções apresentadas aos casos concretos, que não fosse a de conceitos encontrados no código. Isto se traduz na solução do abuso do direito como um problema de ilicitude, para o que contribui uma interpretação que busca a vontade do legislador, negando-se ao juiz um papel criador, bem como a necessidade imposta por um legalismo, de que a aceitação de novos institutos só deva decorrer de uma nova lei”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Obra citada, p. 294-297.

mesmo impondo a outrem um desconforto, não pode ser considerado abusivo, se exercido “nos limites de suas prerrogativas”.<sup>44</sup>

Vários critérios foram elaborados para delinear o ato abusivo. A corrente subjetivista defendia que os limites estariam na intenção de prejudicar e na ausência de motivo legítimo. A corrente objetivista, por outro lado, sustentava que o ato abusivo seria aquele que revela desvio de finalidade econômico ou social do direito. Outros autores procuravam seus contornos em conceitos extrajurídicos, como eqüidade ou moral.<sup>45</sup>

FERNANDO NORONHA, enfrentando a questão, ensina que atualmente, principalmente em matéria contratual, os verdadeiros critérios para configurar o abuso de direito estão nos princípios da boa-fé e da função social. Ambos encontram consagração legislativa nos artigos 421 e 422 do Código Civil. Ainda segundo o autor, o exercício do abuso de direito pode ser ocorrer em três categorias: 1) desleal exercício de direito, “casos em que o titular exerce o seu direito de forma contrária à legítima confiança criada na contraparte”; 2) desleal não-exercício de direitos, quando o titular não efetiva seu direito e em determinadas circunstâncias, cria na outra parte uma confiança justificada de que a situação existente continuará estável; 3) desleal constituição de direitos, “casos em que uma pessoa defrauda a confiança de outra, e assim, indevidamente, acaba adquirindo contra ela um direito: o exercício de direito adquirido, desta forma será, obviamente, sempre desleal”.<sup>46</sup>

A teoria do abuso de direito foi consagrada pela legislação com a edição do novo Código Civil, o qual, em seu artigo 187, dispõe: *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.* Assim, desse preceito, resultam duas conseqüências: 1) prevalece a concepção objetivista de abuso do direito; 2) o ato abusivo constitui um ato ilícito.

---

<sup>44</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 254.

<sup>45</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Obra citada, p. 05.

<sup>46</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 173-177.

Ao ser concebida como ato ilícito pelo Código Civil, a teoria do abuso do direito “encontra-se desprovida de autonomia dogmática (...), não lhe restando outra configuração senão a de enquadrar-se no âmbito da responsabilidade civil”.<sup>47</sup> Não obstante, academicamente, a maior parte da doutrina continua se esforçando para conferir à teoria em questão autonomia científica, estudando-a como instituto jurídico independente.

Destarte, podemos concluir: em princípio, salvo algumas exceções, que serão analisadas em momento oportuno, na esfera do direito privado, desde que a cláusula de limitação de responsabilidade respeite os princípios da boa-fé, dos fins sociais do contrato e dos bons costumes, não haverá abuso de direito, e o ato será plenamente válido.

Mas seria cláusula de limitação de responsabilidade, dentro da teoria dos contratos, uma cláusula abusiva? Para PAULO LUIZ NETO LOBO, a cláusula de irresponsabilidade é a espécie mais relevante de cláusula abusiva.<sup>48</sup>

Para FERNANDO NORONHA, “abusivas são as cláusulas que, em contratos entre partes de desigual força, reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas (...). São cláusulas que destroem a relação de equivalência entre prestação e contra-prestação”.<sup>49</sup>

A cláusula leonina (aquela que pressupõe imposição de condições do mais forte sobre o mais fraco na relação contratual) não se confunde

---

<sup>47</sup> “Acompanhando essa ordem de idéias, pode se concluir que não obstante a falta de um correto enquadramento do abuso do direito perante o novo Código Civil, ele encontra-se esboçado em uma amplitude capaz de delineá-lo fora do âmbito circunscrito aos direitos subjetivos. Trata-se do reconhecimento de limites à liberdade contratual estabelecido pelo princípio da função social e da boa-fé, encontrado no contexto do novo Código Civil em atenção a princípios que já norteavam os microssistemas, e que se opunham ao sistema do código em vigor”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Obra citada*, p. 307-309.

<sup>48</sup> “São cláusulas que visam limitar ou excluir a responsabilidade por ato próprio ou por ato de auxiliares do predisponente de condições gerais, seja pelo seguro de responsabilidade, seja pela redução ou total liberação do montante de indenização, seja pela eliminação ou limitação da garantia patrimonial”. LÓBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 173.

<sup>49</sup> NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais – autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*, p. 03-04.

com as cláusulas abusivas. Mas seus efeitos são semelhantes. Todavia, segundo NORONHA, a aproximação fica por aí. Afirma o jurista que a cláusula leonina tradicional era “figura bizarra”, por ser justificada, na origem, com base numa característica privativa do contrato de sociedade: a *affectio societatis*. Mas como sabemos, a designação “cláusula leonina” ficou mais conhecida fora dos contratos de sociedade, onde era utilizada em sentido similar ao agora conferido às cláusulas abusivas. Neste sentido, cláusulas abusivas sempre existiram, ainda que denominadas de maneira diversa (além de leoninas, cláusulas vexatórias, iníquas, desleais, injustas, por exemplo).<sup>50</sup>

Para a Professora CLÁUDIA LIMA MARQUES, é possível afirmar que as proibições impostas às cláusulas leoninas e às condições meramente potestativas revelam uma primeira tentativa de combate às cláusulas abusivas. Elas eram e ainda são combatidas por ferirem a ordem pública, os bons costumes, por privarem de todo efeito o ato jurídico ou por o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes.

Afirma ainda a Professora que o arbítrio e a unilateralidade excessiva na fixação dos elementos essenciais do contrato (sujeito, objeto, preço e consenso) eram características típicas das cláusulas leoninas e das condições meramente potestativas, e que até hoje são comuns às chamadas cláusulas abusivas. “A diferença estaria no grau de unilateralidade e de arbítrio antes exigido, muito maior do que o atual, e na matéria regulada pelas cláusulas consideradas abusivas, que hoje pode englobar (e geralmente o faz) os elementos não essenciais do negócio, como as garantias referentes ao vício do objeto, a evicção, ao pagamento, ao não atraso do pagamento”.<sup>51</sup>

Mas como explicar, então, o fato de que as cláusulas abusivas somente agora encontraram expressa regulamentação legislativa, através do Código de Defesa do Consumidor? A resposta está no fato de que somente atualmente as

---

<sup>50</sup> NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 03-04.

<sup>51</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*, p. 770-773.

cláusulas abusivas ganharam especial relevo, em virtude da proliferação dos contratos de adesão. Mas, importante frisar: as cláusulas abusivas não são privativas dos contratos de adesão ou mesmo dos contratos de consumo.<sup>52</sup>

Obedecidos alguns requisitos de validade, veremos que as cláusulas de limitação de responsabilidade não poderão ser consideradas abusivas. Mas esse tema será abordado na próxima seção.

### **SEÇÃO III: CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE: REQUISITOS DE VALIDADE**

A aceitação das cláusulas de limitação da responsabilidade, apesar do amadurecimento da teoria do abuso de direito e da teoria acerca das cláusulas abusivas, ainda suscita controvérsias na doutrina.

Podemos identificar três correntes: 1) a que propugna uma total rejeição; b) a que defende uma rejeição parcial, admitindo a hipótese de irresponsabilidade por culpa leve; c) ampla admissão.

A corrente que rejeita totalmente a validade das cláusulas de limitação de responsabilidade sustenta que elas são incompatíveis com os princípios que regem nosso sistema jurídico. “Um dos pilares do sistema romano-germânico é a antiga regra *neminem laedere*, que implica a ampla reparação do direito lesado. A cláusula provoca o injusto enriquecimento do responsável civil imputável. As únicas hipóteses admissíveis são as de pré-exclusão legal de ilicitude”<sup>53</sup>, ou seja, quando o sujeito age em legítima defesa, por exemplo. Um argumento muito utilizado, criticando a corrente em questão, é o fato de que ela estimula a desídia do contratante, que se acostuma, nesta linha de raciocínio, a não ter que responder pelas convenções que celebra, muitas vezes obtendo vantagens em virtude da inclusão de

---

<sup>52</sup> NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 05.

<sup>53</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 174.

uma cláusula de limitação de responsabilidade, que poderá ser futuramente desrespeitada, com a chancela do Estado, inclusive.<sup>54</sup>

A corrente da rejeição parcial não admite a cláusula em foco havendo dolo ou culpa grave do infrator, mas admite sua validade existindo culpa leve. Para seus sequazes, a culpa leve “integra a expectativa de ponderável balanço e equilíbrio de direitos e obrigações”; sua aceitação, outrossim, fomenta a utilização de mecanismos compensatórios, como o seguro de responsabilidade (que substitui a indenização que seria devida pelo inadimplente), e proporciona o incremento da própria atividade mercantil, pois o contratante (empresário, fornecedor, etc.) poderia repassar ao produto a economia obtida com a redução dos custos potenciais, gerados pelos riscos da atividade comercial<sup>55</sup>.

A tese da ampla admissão, por sua vez, adiciona aos argumentos anteriores o fato de que a autonomia privada deve prevalecer, “na certeza de que a vantagem auferida pelo predisponente será compensada com o equilíbrio de custos e benefícios a que conduziria o mercado”.<sup>56</sup>

O Direito brasileiro não vê com simpatia as cláusulas de limitação de responsabilidade. O Decreto n.º 2.681 de 1912, que regula a responsabilidade das estradas de ferro em relação aos seus usuários, considera nulas as cláusulas que objetivem a diminuição da responsabilidade das empresas ferroviárias. No ramo dos transportes, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 161, que possui a seguinte redação: “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar.”

Todavia, não existe um dispositivo vedando expressamente a regulação convencional da responsabilidade, no âmbito do Direito privado brasileiro (exceto na relação consumerista – tema que será abordado posteriormente). O novo Código Civil não formulou norma específica a respeito do tema, o que é uma lástima,

---

<sup>54</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, p. 180.

<sup>55</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. Obra citada, p. 174.

<sup>56</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. Obra citada, p. 175.

segundo CAIO MÁRIO PEREIRA DA SILVA, que chegou a elaborar uma minuciosa disciplina para a questão, em seu anteprojeto de Código das Obrigações.<sup>57</sup>

Mas isto significa que as cláusulas de responsabilidade podem ser livremente estipuladas, sem qualquer requisito de validade, exceto aqueles ditados pela teoria do abuso do direito? Não, segundo a doutrina. Ao lado dos requisitos normais de validade de todo e qualquer ato jurídico (capacidade das partes, objeto lícito, possível e determinável, forma prescrita ou não defesa em lei), existem outros. Vejamos:

O primeiro requisito (apesar de não ser exclusivo das cláusulas de limitação de responsabilidade) é o seguinte: as cláusulas em estudo não podem contrariar as normas de ordem pública. Mas o que são normas de ordem pública? Para DJACIR MENEZES, “leis de ordem pública são as que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito. São: constitucionais, administrativas, penais, processuais”.<sup>58</sup> Não admitem convenção das partes acerca da matéria tratada, pois vinculam de modo absoluto, ao contrário das normas dispositivas, as quais “são normas de conduta que deixam aos destinatários o direito de dispor de maneira diversa”.<sup>59</sup>

Com efeito, as normas de ordem pública (ou normas imperativas, cogentes) possuem uma obrigatoriedade incondicionada, que não é suscetível de alteração ou não aplicação pelas partes; as normas de ordem privada

---

<sup>57</sup> Nilson Lautenschleger Júnior lembra que o Brasil participa de diversos tratados internacionais, que autorizam a regulação da responsabilidade nas matérias tratadas: 1) convenção internacional sobre responsabilidade civil em danos causados por poluição por óleo, Decreto Legislativo 74/76 e Decreto 79.437/77; 2) convenção de Viena sobre responsabilidade civil por danos nucleares, Decreto Legislativo 93/92 e Decreto 911/93; 3) convenção para unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional de Varsóvia, de 1929 – Decretos 56.463/65, 20.704/31, além do Código Brasileiro de Aeronáutica. LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. *Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira – permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio empresarial?* p. 15.

<sup>58</sup> MENEZES, Djacir. *Introdução à ciência do Direito*, p. 133.

<sup>59</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, p. 134.

(ou dispositivas) somente se tornam obrigatórias quando as partes não disciplinam suas relações de modo diverso.<sup>60 e 61</sup>

Todavia, CARLOS MAXIMILIANO esclarece:

“Toda disposição, ainda que ampare um direito individual, atende também, embora indiretamente, ao interesse público; hoje até se entende que se protege aquele por amor a este (...). A distinção entre prescrições de ordem pública ou de ordem privada consiste no seguinte: entre as primeiras o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo primordial”.<sup>62</sup>

No mesmo sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, que prefere denominar as regras imperativas de regras injuntivas, porque na realidade, “toda a regra jurídica é imperativa por definição. Não o são menos as regras dispositivas”. Segundo o autor, a expressão contida algumas vezes nas normas *salvo vontade das partes em contrário* não é nem suficiente nem necessária para a distinção normas imperativas/dispositivas. Não é suficiente porque nem sempre o legislador usa expressão deste tipo. Não é necessária porque às vezes, o legislador

---

<sup>60</sup> RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos*, p. 212.

<sup>61</sup> “Quando a ordem jurídica deixa na disposição dos particulares a possibilidade de escolher vias de solucionalização dos seus problemas com atinência jurídica, (...) está não a desinteressar-se da regulação jurídica de tais problemas, mas a assumidamente remeter para os actores sociais a conformação concreta do seu papel, homologando-o, sancionando-o à partida. Quer dizer: assim escolham os particulares, assim o Direito tratará como boa a sua opção”. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Introdução à teoria do Direito*, p. 215.

<sup>62</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, p. 269.

pode ter dito mais do que realmente queria, o que obriga o intérprete a uma interpretação restritiva.<sup>63</sup>

VICENTE RÁO, por outro lado, lembra que alguns juristas (ex.: Windscheid, Gierke, Geyer, Dahn, Jellinek, Regelsberger) não reconhecem a coercibilidade como característica fundamental, essencial, da regra positiva de Direito, porque existem normas e relações que são desprovidas de coerção, como aquelas referentes ao direito público internacional e, no direito privado, aquelas relativas ao dever de coabitação dos cônjuges, *verbi gratia*, que são situações que não podem ser efetivadas coercitivamente. Entretanto, ensina o insigne autor que tais contestações não possuem fundamento válido – não é possível conceber a manutenção efetiva da ordem social e o respeito aos direitos sem a possibilidade ou a efetividade da coerção. Na esfera pública, o direito das nações já revela sensível progresso, no sentido da efetividade das normas, impostas por medidas coercitivas; no plano privado, não é correto afirmar que não existe coação, pois quando ela não se manifesta de maneira direta, em virtude da peculiaridade das situações, atua de forma indireta, mediante a cominação de penas ou conseqüências civis outras, suscetíveis de imposição coercitiva.<sup>64</sup>

Mas o fato é que fazer a distinção entre normas de ordem pública e normas dispositivas não é tarefa fácil, conforme ensina ASCENSÃO, acima citado, justamente em virtude da imprecisão de limites. “Por isso a doutrina dogmática se esmera em recorrer a noções como *sentido do instituto regulado*”.<sup>65</sup> Mas, havendo dúvida, mesmo após um esforço de pesquisa e lógica, entre uma e outra categoria, opta-se por classificar a norma como de ordem privada, porque esta é a regra; a limitação do direito é sempre a exceção em um Estado democrático.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> “A análise e a valoração de cada preceito revela-se afinal o elemento decisivo. Escusado acentuar todavia a delicadeza deste método e as dificuldades que caso por caso se podem suscitar. Desejável seria que o legislador esclarecesse com mais freqüência a índole das disposições”. Para o autor, não se confunde a norma injuntiva e a norma chamada de interesse ou de ordem pública, a qual é “(...) freqüentemente usada para indicar um domínio mais restrito, em que as finalidades sociais são tão relevantes que ferem irremissivelmente de nulidade o acto [SIC] que as contrarie. Supõe, portanto, uma valoração, da qual resulte a identificação do interesse fundamental da comunidade que está em causa. Por isso são inseguros os limites da categoria”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral – Uma perspectiva luso-brasileira*, p. 512-514.

<sup>64</sup> RÁO, Vicente. Obra citada, p. 194.

<sup>65</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*, p. 127.

<sup>66</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Obra citada, p. 269.

Conhecido o conceito de normas de ordem pública e normas de ordem privada, novamente indaga-se: em virtude da ausência de normas disciplinando a validade das cláusulas de limitação de responsabilidade no âmbito do Direito Privado, (com exceção da relação de consumo), é correto afirmar que as normas dispendo sobre indenização ou responsabilidade são efetivamente normas de ordem pública?

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR responde afirmativamente. Para o autor, a obrigação de indenizar é norma de ordem pública. Entretanto, o que se proíbe é a exclusão total de indenização (ou a estipulação de valores ínfimos). Mas, por outro lado, podem as partes convencionar pela limitação da responsabilidade (ou da indenização)<sup>67</sup>.

FERNANDO PESSOA JORGE ensina que a função da responsabilidade civil pode ser estudada através de duas perspectivas: punitiva ou reparadora. Função punitiva seria aquela que constituiria uma sanção ao ato civil ilícito. Teria também uma função de prevenção, pois desencorajaria a prática de novos delitos. Mas não é essa a posição adotada pelo autor português. “Por um lado, de várias disposições da lei deduz-se que a existência de prejuízos é pressuposto ou requisito da responsabilidade civil (...); se esta tivesse carácter de sanção, deveria em princípio nascer imediata e necessariamente da prática do acto ilícito, houvesse ou não prejuízos. Tal conclusão, além de contrária à lei e ao entendimento generalizado da doutrina, seria ininteligível: se a responsabilidade civil consiste, por definição, na obrigação de *indemnizar prejuízos*, não pode imaginar-se sem estes”.<sup>68</sup>

Realmente, a verdadeira função da responsabilidade civil é de reparação. Seu fim é a restituir ao lesado o estado em que se encontraria se não tivesse sofrido a lesão, e “sua razão de ser está no dano”.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. *Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira*, p. 13.

<sup>68</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 47-49.

<sup>69</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Obra citada*, p. 49.

Assim, correto concluir que as normas sobre indenização e responsabilidade, em princípio, são normas dispositivas, que podem ser alteradas pela vontade das partes. Neste sentido, reafirma SILVIO RODRIGUES:

“A cláusula de não indenizar, com as limitações que serão a seguir mencionadas e que, em sua maioria, representam corretivos ao princípio da autonomia da vontade, não fere a ordem pública e pode, a meu ver, ser admitida”.<sup>70</sup>

Para JOSÉ DE AGUIAR DIAS, a questão não é exatamente indagar se a cláusula ofende ou não a ordem pública, porque sempre ofende. “Essa repercussão do dano ao particular se produz na comunidade por força de mecanismo tão sensível como o sistema nervoso no corpo humano, porque em um e outro caso há rompimento da harmonia, do equilíbrio reinante.” A questão, então, é saber se a compensação gerada pela cláusula restabelece ou não o equilíbrio social, e é aceitável o pensamento de que não há lesão à ordem pública se no contrato que regula interesses puramente pecuniários, entre particulares, há consentimento em desobrigar o devedor da indenização pelos danos causados.<sup>71</sup>

O segundo requisito de validade das cláusulas em estudo é a bilateralidade do consentimento, que deve ser efetivo, inequívoco. Para AGUIAR DIAS, o fato de ser o contrato, onde figura a cláusula de limitação de responsabilidade, de adesão, por si só, não retira sua validade. O que importa é investigar se houve ou não aceitação inequívoca da cláusula, e se a aceitação correspondeu a uma vantagem na contraprestação.<sup>72</sup> No mesmo sentido, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, o qual sustenta que a inclusão, em um contrato, de cláusulas de limitação de responsabilidade, implica uma renúncia, e a renúncia

---

<sup>70</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, p. 180-181.

<sup>71</sup> DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*, p. 41-43.

<sup>72</sup> DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*, p. 65-66.

jamais é presumida.<sup>73</sup>

CARLOS ROBERTO GONÇALVES acrescenta um requisito que pode ser considerado como um complemento do requisito da bilateralidade de consentimento: a necessidade de igualdade de posições das partes. Assim, ao contrário dos autores acima citados, a cláusula em comento não poderia ser estipulada validamente em um contrato de adesão.<sup>74</sup>

O terceiro requisito, apontado pela maioria dos autores que estudam o tema em desenvolvimento, é a proibição da limitação quando o agente age com dolo ou culpa grave. Com efeito, seria “da maior imoralidade” admitir a idéia de que alguém possa fugir à responsabilidade pelo inadimplemento de uma avença, por sua deliberada e exclusiva decisão. Aliás, nesse caso, a cláusula seria ineficaz por expressa determinação legislativa, em virtude do disposto no artigo 122 do Código Civil, que veda as condições potestativas.<sup>75</sup> “Neste particular, já o Direito romano condenava a *conventio de dolo non praestando*, por entendê-la *contra bonam fidem, contraque bonos mores*, e o Direito moderno, mesmo na fala dos mais liberais, mantém o interdito”.<sup>76</sup> AGUIAR DIAS, por outro lado, entende que podem as partes estipular limitação de responsabilidade em caso de culpa grave; entende o ilustre jurista que a culpa, mesmo na sua modalidade mais acentuada, não pode ser equiparada ao dolo.<sup>77</sup>

O quarto requisito, revelado também pela maioria da doutrina, é o respeito aos bons costumes.

SILVIO DE SALVO VENOSA sustenta também a existência de um requisito suplementar: a cláusula de limitação de responsabilidade não pode

---

<sup>73</sup> “Seria, aliás, injurídico que aqueles que não têm a liberdade de deixar de contratar, por serem constrangidos pelas circunstâncias à aceitação do serviço, fossem tratados como aceitantes de uma convenção contrária aos seus interesses, determinado por imposição, e tartufamente interpretada como de livre aceitação, sob fundamento de que o serviço foi livremente aceito”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Teoria geral das obrigações*, p. 352-353.

<sup>74</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 746-747.

<sup>75</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade civil*, p. 180-181.

<sup>76</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Teoria geral das obrigações*, p. 352-353.

<sup>77</sup> DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não-indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*, p. 100-101.

“pretender nulificar a obrigação essencial do contrato, mas apenas elementos de cumprimento das obrigações em geral, que podem ser entendidas como acessórias.” Exemplo: em um contrato de locação, não pode o locador pretender ficar dispensado de entregar a posse da coisa locada; o locatário, por sua vez, não pode estipular que ficará isento de devolver o bem ao final do contrato.<sup>78</sup> Então, se o contrato tiver como pressuposto fundamental a responsabilidade, as partes não possuem liberdade para excluí-la.

LAUTENSCHLEGER JUNIOR entende, outrossim, que as cláusulas também devem levar em consideração o interesse econômico do credor, e que elas não podem excluir danos pessoais, inclusive morais. “Indenizações pessoais são (...) obrigatórias, como consequência dos direitos humanos reconhecidos de forma plena pela ordem constitucional brasileira. De fato, as cláusulas limitadoras de responsabilidade se justificam no momento em que refletem o interesse econômico de ambas as partes no negócio jurídico.”<sup>79</sup>

Por fim, AGUIAR DIAS, concordando que os pactos de limitação são inválidos quando interessam à integridade física, proteção à vida e saúde do contratante, complementa que “não se admite cláusula de exoneração de responsabilidade em matéria delitual”.<sup>80</sup>

Assim reunindo tais requisitos, podemos concluir que a cláusula em estudo é válida; entretanto, havendo nulidade, e se esta nulidade não puder se separada do negócio jurídico, há invalidade de todo o negócio; caso contrário, se a nulidade da cláusula não afetar a convenção, a invalidade atinge somente a cláusula.<sup>81</sup>

Mas se no Direito privado, não há disciplina legal específica sobre as cláusulas de limitação de responsabilidade para a maioria dos casos, isso

---

<sup>78</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, p. 52.

<sup>79</sup> LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. *Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira – permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio empresarial?*, p. 14.

<sup>80</sup> DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade Civil*, p. 672.

<sup>81</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Teoria geral das obrigações*, p. 355.

não ocorre no âmbito das relações de consumo. A lei 8.078/90, em seu artigo 51, I, possui disposição expressa a respeito:

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

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

Observa-se, então, que as cláusulas de limitação de responsabilidade civil, dentro de uma relação de consumo, são nulas de pleno direito. A única exceção ocorre quando o consumidor é pessoa jurídica, mas ainda assim, somente em situações justificáveis. “Fica ao juiz a tarefa de dizer quando a situação justifica a limitação da responsabilidade civil do fornecedor. O caso concreto é que vai ensejar ao magistrado a integração desse *conceito jurídico indeterminado*”.<sup>82</sup>

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade de uma retroação da norma que proíbe as cláusulas de limitação de responsabilidade em relação de consumo, mesmo em período anterior à lei de 1990, em situações que possuíam, na época, permissivo legal. Assim, desconsiderou a aplicação do Tratado de Varsóvia, que estabelecia um limite ao montante da indenização devida ao passageiro, em caso de morte ou lesão, ou em caso de perda, destruição ou avaria de bagagens.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*, p. 948.

<sup>83</sup> LAUTENSCHLEGER JÚNIOR. Nilson. Obra citada, p. 16-17.

Importante recordar, para encerrar, que todos os dispositivos da Lei 8.078/90 são de ordem pública e, portanto, inalteráveis por vontade das partes.

## CONCLUSÃO

A validade das cláusulas que limitam a responsabilidade (ou a obrigação de indenizar conseqüente), através da redução ou exclusão do montante indenizatório, ou através da regulação convencional das situações passíveis de serem indenizadas, pelo contratante inadimplente, ainda suscita muitas controvérsias na doutrina.

Podemos compreender o fundamento das divergências ao descobrir que o tema é complexo, pois está intimamente relacionado com outros assuntos, que igualmente, não gozam de uma situação estável, pacífica, dentro da ciência jurídica, como a teoria do abuso de direito.

A complexidade se agiganta ainda mais quando percebemos o vazio legislativo no Direito privado brasileiro (exceto da relação de consumo) para a maioria dos casos.

Entretanto, o tema não é novo, apesar das controvérsias. Assim, coube à doutrina construir uma teoria que, ao passar dos tempos, adquiriu vigor e pode sem dúvida orientar as ações dos jurisdicionados.

Neste sentido, válida a cláusula de limitação de responsabilidade quando: 1) não agredir norma de ordem pública (e o direito de obter indenização geralmente não constitui matéria de ordem pública); 2) for estipulada de forma bilateral (com a efetiva participação de ambos os contratantes); 3) obedecer aos bons costumes; 4) não excluir situações de dolo ou culpa grave do infrator; 5) não afastar prestação inerente à vida do contrato.

Outros requisitos, indicados por alguns autores, como a necessidade de obediência aos interesses econômicos do credor, parecem ser suplementares, mas, de qualquer forma, contribuem para o enrijecimento dogmático da doutrina.

Por fim, ao contrário do que ocorre na generalidade dos casos, a relação de consumo possui norma de ordem pública, disciplinando minuciosamente a matéria e proibindo as cláusulas em questão. Exceção feita quando o consumidor é pessoa jurídica, mas ainda assim, somente em situações justificáveis, as quais somente poderão ser interpretadas pelo trabalho do juiz, nos casos concretos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral – Uma perspectiva luso-brasileira*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALCANTI, José Paulo. *Da renúncia no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Introdução à teoria do Direito*. Porto: Resjurídica, [s.d.].

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

\_\_\_\_\_. *Da responsabilidade Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. III.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.
- LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. *Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira – Permite-se no Brasil a racionalização dos riscos no negócio empresarial?* Revista de Direito Mercantil, n.º 125.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. I.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o ato ilícito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- MENEZES, Djacir. *Introdução à Ciência do Direito*. 3 ed., Rio de Janeiro: Editora Aurora, 1952.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé e justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. II.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24 ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das Obrigações*. 6 ed. Coimbra: Coimbra, 1989.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1997, vol II.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, Coleção Direito Civil, vol. 4.