

CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO E LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E O ART. 946-A DO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

EXCLUSION AND LIMITATION OF LIABILITY CLAUSES IN CONTRACTS AND ARTICLE 946-A OF THE PROPOSED REFORM OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE

Paulo Nalin *

RESUMO: Embora amplamente difundidas no direito contratual, as cláusulas de limitação e de exclusão da responsabilidade não gozam de regulamentação no atual sistema geral das obrigações, merecendo especial atenção conferida ao tema pelo art. 946-A no anteprojeto de reforma do Código Civil de 2002. Este breve estudo busca descrever posições da doutrina e da jurisprudência que culminaram no anteprojeto de reforma do Código Civil brasileiro, sem perder de vista um viés crítico construtivo.

ABSTRACT: Although widely recognized in contract law, clauses that limit or exclude liability are not regulated under the current system of obligations, attracting significant attention in relation to Article 946-A of the proposed reform to the 2002 Civil Code. This brief study aims to outline positions from legal doctrine and case law that led to the draft reform of the Brazilian Civil Code, while maintaining a critical and constructive analysis.

Palavras-chave: Anteprojeto do Código Civil. Cláusulas de limitação de responsabilidade. Cláusulas de não indenizar. Danos. Indenização.

Keywords: Draft of the Civil Code. Limitation of Liability Clauses. Exemption Clauses. Damages. Compensation.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Contextualização e evolução do tema. 2. Desenvolvimento do tema no Brasil. 3. O Direito civil projetado. 4. Notas conclusivas: enquanto a reforma do Código Civil não vem. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito civil projetado (art. 946-A¹) trouxe a lume um interessante debate que se desenvolveu, sobretudo a partir do Séc. XX e que adentra no presente quadrante da história jurídica.

O pano de fundo do tema é a tensão entre a autonomia privada das partes e o princípio do risco.

* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1991), mestrado em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná (1996) e doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2000). Pós-doutor em Contratos Internacionais pela Juristische Fakultät - Universität Basel (Faculdade de Direito da Universidade da Basileia - Suíça) (2014), sob orientação da Prof. Dra. Ingeborg Schwenzer. Atualmente é professor Associado de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná (Graduação e Pós-Graduação). Professor Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2004). Professor do L.L.M. da Swiss International Law School (SILS). Advogado e Árbitro. E-mail: paulo_nalin@arauz.com.br ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-9711-4182>

¹ Art. 946-A. Em contratos paritários e simétricos, é lícita a estipulação de cláusula que previamente exclua ou limite o valor da indenização por danos patrimoniais, desde que não viole direitos indisponíveis, normas de ordem pública, a boa-fé ou exima de indenização danos causados por dolo.

O texto do anteprojeto está disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf.

Premidos pelos movimentos da industrialização, da massificação dos mercados e mais atualmente pela era digital, contratantes passaram a limitar e excluir danos indenizáveis, o que vem, passo a passo, conformando a ideia de alocação de riscos contratuais, de modo a que o dever de indenizar venha a ser excluído ou limitado por força do exercício da liberdade contratual. A função socioeconômica de uma cláusula dessa natureza é a gestão positiva dos riscos do contrato², desafiando o direito à reparação do credor inocente, total ou parcialmente, e impondo uma nova revisão sobre a culpa do devedor pelo inadimplemento.

Com efeito, um *primeiro recorte* metodológico se mostra indispensável. Não se adentrará no campo da limitação ou da exclusão da responsabilidade extracontratual, embora se comungue da opinião³, não unânime⁴, de que esta é, em tese, igualmente válida e eficaz, guardada a sua excepcionalidade no direito brasileiro. Além do mais, a admissão do concurso de responsabilidades (contratual e aquilina) potencializa um cenário expansivo da matéria para alcançar a extracontratual.

Um *segundo recorte* metodológico também se mostra necessário, pois a existência da cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade não afasta a incidência de demais direitos do credor face ao inadimplemento, como a resolução ou revisão do contrato⁵. Também não se confunde com a cláusula excludente ou limitativa do dever de restituir, que, por sua vez, desafia o princípio do não enriquecimento ilícito ou do enriquecimento não justificado (art. 884 do Código Civil).

1. CONTEXTUALIZAÇÃO E EVOLUÇÃO DO TEMA

Diante da falta de dispositivo geral vigente e contemplado pelos códigos civis brasileiros, observou-se um intenso movimento doutrinário e jurisprudencial que tentou e alcançou, em boa medida, definir as premissas de validade e eficácia das referidas cláusulas, diante de uma quase sempre possível previsibilidade de danos, na hipótese de mora e inadimplemento. Diante da patologia contratual, as partes antecipadamente estabelecem hipóteses limitativas e/ou de exclusão de responsabilidade do devedor, fenômeno que vem se ampliando em um mercado que se mostra cada vez menos paritário e equilibrado.

² TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil. Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 4, p. 276.

³ DIAS, Aguiar. *Cláusula de não indenizar*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, “Sem dúvida, a cláusula de irresponsabilidade se contrato a que se refira é muito mais rara que a estipulação adjeta a convenção de maior envergadura.” (p. 243). “Mas a opinião de que, por ausência de contrato não pode haver convenção de irresponsabilidade é, por sua vez, exagerada.” (p. 245).

⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 16 ed. São Paulo: Forense, v 2, p. 680. O autor refuta a validade para a responsabilidade extracontratual, “[...] pois, como se afirmou, a última envolve preceitos de ordem pública”, ao ser regulada pelo art. 186 do CC. Ocorre que a ofensa à ordem pública pode ocorrer em ambas as hipóteses e sempre implicará a nulidade da cláusula de não indenizar, não se dando necessária e exclusivamente na hipótese aquiliana, sendo precipitado cravar uma sua sempre nulidade, reclamando a análise do caso concreto.

⁵ A doutrina também lembra demais efeitos preservados em favor do credor, como a execução pelo equivalente ou a execução específica do contrato (In: TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil. Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 4, p. 278).

Assim, as partes [e]stabelecem um limite máximo, para além do qual não haverá reparação; ou a exclusão da obrigação de indenizar, acordando a irresponsabilidade do devedor ou limitando-a aos casos de dolo ou culpa grave, de modo que a cláusula só produziria efeitos se o devedor agisse com culpa leve, conforme a indispensável lição de Pinto Monteiro⁶.

De fato, o direito comparado europeu continental exerceu predominante papel na evolução do assunto ao longo do Séc. XX, justamente porque a Revolução Industrial e seus efeitos mercadológicos que lá surgiram vieram a desembarcar no Brasil somente nos anos 30 (Séc. XX), espelhando o grande embate entre políticas liberais e intervencionistas. Contudo, mesmo na Europa e no Reino Unido, tardou-se a construção das bases teóricas hoje verificadas, a exemplo do que se deu como BGB, cuja matriz liberal do § 278, 2, foi realinhada pela jurisprudência, ao estabelecer a restrição “(...) de um quadro manifestamente amplo.”⁷

Fenômeno similar ao verificado na Alemanha se passou no Reino Unido, cuja jurisprudência passou a invalidar algumas hipóteses de cláusula de irresponsabilidade, dentre as quais, a mais chamativa, aquela que exclui toda a responsabilidade, e mesmo as parciais, por certos tipos de danos, pela quebra contratual, como as perdas decorrente e danos indiretos ou lucros cessantes⁸.

O movimento jurisprudencial britânico culminou na edição de duas leis (*Acts*): *Misrepresentation Act* 1967 e *Unfair Contracts Terms Act* 1977. A primeira, invalida cláusulas de contrato quando se está diante de erro do credor. A segunda, regula a ilegalidade quando se está diante de dano de morte ou lesões à pessoa do contratante, quando o dano decorre de responsabilidade extracontratual, quando prevista a cláusula em contratos de adesão ou a outra parte seja consumidora, e, por fim, quando a cláusula afasta alguma garantia legal⁹, dentre outras hipóteses retratadas por John Cartwright¹⁰. Entretanto, em algumas circunstâncias, a validade da cláusula pode ser sustentada com base na justiça (*fair*) e na razoabilidade (*reasonableness*), nos termos do próprio *Unfair Contracts Terms Act* 1977.⁸

Em jurisdições mais liberais do *common law*, a ilicitude da cláusula somente é reconhecida se os termos do contrato forem ambíguos, o que determina a interpretação contratual *contra proferentem*, conforme já assentaram a *High Court of Australia* e a *New Zealand Court of Appel*.¹¹

⁶ PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003.

⁷ *Ibidem*, p. 266-267.

⁸ BUGG, Stuart G. *Contracts in English: an introduction guide to understand, using and developing “Anglo-American” style contracts*. 3 ed. Monique: C. H. Bech, 2016, p. 73.

⁹ Por exemplo, e transportando para o sistema nacional, a previsão do art. 449 do Código Civil, que determina uma residual garantia pela evicção, “[n]ão obstante a cláusula que exclui a garantia contra a evicção, [...] (art. 449 CC). Assim, uma cláusula que viesse a aniquilar por completo esta garantia legal seria nula.

¹⁰ CARTWRIGHT, John. *Contract law: an introduction to the English Law of contracts for the civil lawyer*. Portland: Hart, 2007 p. 202-205.

¹¹ CALNAN, Richard. *Principles of contractual interpretation*. Oxford: Oxford, 2013, p. 110-111.

Nessa passagem comparativa, desde logo sobressai-se o art. 423 do Código Civil¹² nacional, que, na falta de regra específica, pode ser empregado como cláusula geral na interpretação da cláusula de não indenizar.

Seguindo a linha comparada do *common law*, a recente inserção do Brasil nos mercados globais e os contratos internacionais de regência, trouxe à tona as assim denominadas de *exclusion clause* ou *exemption clause*, muito afeitas à validade das previsões contratuais, por exemplo, das *cross-waiver of liability*¹³, já com impactos concretos no país.

Migrando para as famílias romano-germânicas, são indisfarçáveis os traços do direito português e italiano na construção das bases do direito pátrio sobre o tema.

Todavia, os debates não encontram seu fim na *lege ferenda*, devendo ser ela tomada como ponto de partida e não de chegada, assim como aconteceu nos sistemas da Europa Continental, cuja regra positiva não deu conta de esgotar a expansiva realidade dos fatos. De *lege lata*, a questão se resolve por meio da interpretação do caso concreto, uma vez que “[...] o debate se justifica na necessidade de se encontrar um ponto de *equilíbrio* entre a liberdade individual e as necessidades sociais de proteção do lesado, entre autonomia privada e ordem pública.”¹⁴

Vejamos, rapidamente, tais fontes comparadas.

O sistema legal estabelecido no Código Civil (CCP 1966) dialoga com os efeitos e os limites da cláusula penal, nos termos dos art. 809¹⁵ e 810¹⁶, para estabelecer um fio condutor interpretativo sobre a validade ou invalidade da cláusula de não indenizar.

Em linhas gerais, nos contratos paritários portugueses a cláusula limitativa é válida, pois somente limita a reparação, não a suprimindo. De outro giro, a supressão da indenização induz a nulidade.

No contexto de uma visão europeia, a doutrina portuguesa oscila no juízo de validade ou invalidade da cláusula de não indenizar em vista do grau de culpa do redator da cláusula: se leve ou

¹² Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

¹³ Sobre o assunto, vide JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais. Obrigações e contratos*. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. IV, p. 25-33. Dentre outros fundamentos, destaca o parecerista que diante das vantagens e desvantagens recíprocas (cruzadas) da exclusão de responsabilidades, haveria equilíbrio contratual e, assim, regência das cláusulas pela boa-fé objetiva, de modo a concluir pela sua validade.

¹⁴ PINTO MONTEIRO, A. *Op. cit.*, p. 69.

¹⁵ Art. 809º. É nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 800.º

¹⁶ Art. 810º - 1. As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal.

levíssima seria válida; se grave a culpa ou por dolo seria nula (Galvão Telles¹⁷). Ao seu turno, Pinto Monteiro admite a validade da cláusula na hipótese de culpa leve¹⁸.

Todavia, conforme advertem Pires de Lima e Antunes Varella, o CCP não sancionou a distinção dos graus de culpa, a não ser para alguns efeitos “muito especiais”,^{19 20} tal qual se verifica no vigente Código Civil brasileiro, o que agrega certa complicação hermenêutica para a efetividade da regra projetada.

Contudo, a fonte portuguesa não pode ser simplesmente transportada para o sistema nacional, considerando que a cláusula penal compensatória (brasileira) é um mecanismo de garantia do credor²¹, não somente porque recalca a prestação devida como também porque pré-liquida os danos, sem prejuízo de outros danos serem ulteriormente apurados, ao passo que a cláusula limitativa atende aos interesses do devedor.²²

Por sua vez, o direito positivo Italiano estabelece disposições bastante assertivas sobre o assunto, conforme art. 1229 do *Codice Civile*, dividido em dois comandos, um primeiro de disciplina geral e um segundo específico:

Art. 1229. Clausole di esonero da responsabilità
È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave.
È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.²³

Ao contrário do que se extrai da literalidade do primeiro comando, destaca Enzo Roppo²⁴ que a lei italiana não veta a cláusula contratual, que, em linha de princípio, é um modo, como qualquer outro, de regulação dos interesses das partes. Porém, a lei a encara com certa suspeita, pois é mecanismo que coloca em risco interesses e valores particulares merecedores de tutela.

¹⁷ PIRES DE LIMA, Fernando Andrade. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código civil anotado*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 73.

¹⁸ *Op Cit.*, p. 480 e seg.

¹⁹ PIRES DE LIMA, Fernando Andrade. ANTUNES VARELA. *Op. Cit.*, p. 73.

²⁰ Art. 798º. O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.; art. 814º. A partir da mora, o devedor apenas responde, quanto ao objecto da prestação, pelo seu dolo na mora do credor.; e art. 815º. A mora faz recair sobre o credor o risco da impossibilidade superveniente da prestação, que resulte de facto não imputável a dolo do devedor.

²¹ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil. Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 4, 279.

²² Tais reflexões, aliás, não passaram *in albis*, conforme obra mais recente do jurista português Nuno Manuel Pinto Oliveira (*Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*. Coimbra: Almedina, 2008).

²³ Tradução livre: “Art. 1.229. Cláusulas de exclusão de responsabilidade. É nulo qualquer pacto que exclua ou limite previamente a responsabilidade do devedor por dolo ou por culpa grave. É nulo também qualquer pacto prévio de exclusão ou de limitação de responsabilidade nos casos em que a conduta do devedor ou dos seus auxiliares constitua violação de obrigações decorrentes de normas de ordem pública”.

²⁴ ROPPO, Enzo. Il contrato. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (Org.) *Trattato di diritto privato*. Milão: Giuffrè, 2001, p. 997-998.

Sobre a primeira regra (geral), em interpretação a *contrario sensu*, é válida a cláusula que exclui ou limita a responsabilidade por culpa leve, sendo nula, contudo, se contemplar a culpa grave ou o dolo do devedor.

Justifica Enzo Roppo que se se permitisse a exclusão ou limitação por culpa grave ou dolo, estar-se-ia promovendo um “*formidabilie incentivo*” a que o devedor pudesse deliberadamente cumprir mal ou inadimplir a prestação devida²⁵.

Sob outro fundamento, mas chegando à mesma conclusão, Giuseppe Chinè, Marco Frantini e Andrea Zoppini²⁶, lançam mão do princípio geral da mínima tutela do direito em favor do credor, no sentido de que se o devedor inadimplir não se pode privar o credor de um mínimo de tutela, representada, no caso, pela responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave.

A segunda regra (especial), por sua vez, não deixa dúvida sobre a nulidade de cláusula de exoneração ou limitação de responsabilidade que atente contra a ordem pública, independentemente do grau de culpa do devedor.

Giuseppe Chinè, Marco Frantini e Andrea Zoppini²⁷ destacam alguns exemplos de violação da ordem pública, tanto no âmbito da responsabilidade contratual como na extracontratual: *i.* a tutela da pessoa humana, na preservação da sua idoneidade física e moral; *ii.* na violação da norma penal; *iii.* na violação do exercício de ofício público e privado.

É indisfarçável a influência do Código Civil Italiano na construção doutrinária do tema no Brasil, culminando no próprio texto do anteprojeto de reforma do Código Civil brasileiro, seja porque nele foi prevista a graduação de culpas contratuais, seja por assimilar a vedação de qualquer efeito de exclusão ou limitação de responsabilidade que atente contra a ordem pública.

2. DESENVOLVIMENTO DO TEMA NO BRASIL

No Brasil, a construção normativa da cláusula de irresponsabilidade tem a sua base na doutrina e na jurisprudência.

A primeira hipótese fática que se tem conhecimento decorre da responsabilidade bancária sobre bens depositados em caixa forte, sendo reputada nula a cláusula de não indenizar, pois é da essência do contrato bancário a vigilância sobre a coisa depositada.

Em particular, nesta hipótese, a doutrina categorizou as culpas em leve e grave, sustentando Yussef Said Cahali²⁸ que nem mesmo a culpa leve exonera a responsabilidade do banco, ao passo que

²⁵ Ibidem, p. 998.

²⁶ Giuseppe CHINÈ, Giuseppe; FRANTINI, Marco; ZOPPINI, Andrea. *Manuale di diritto civile*. 5 ed. Roma: Nel Diritto, 2014, p. 2009.

²⁷ Ibidem, p. 2009.

²⁸ Responsabilidade dos bancos pelos bens depositados em seus cofres. RT 591/13, p.15.

Rui Stoco²⁹, seguindo a lição italiana de Giacomo Molle, inicialmente admite a exclusão pela culpa leve do banco para, após, obtemperar com a responsabilidade objetiva e a expressa proibição das cláusulas de não indenizar que são vetadas pelo CDC, nos arts. 15 e 51, inc. I. Aliás, não escapa ao olhar mais atento que a doutrina segue, ao estilo das fontes europeias, a classificação de culpas contratuais conforme a sua intensidade (leve e grave), mesmo que o art. 186 do Código Civil não contemple tal graduação, ao somente prever classes de culpa, negligência e imprudência.

Ainda no plano do direito bancário, o STJ sumulou ser *[É] abusiva a cláusula contratual que restringe a responsabilidade de instituição financeira pelos danos decorrentes de roubo, furto ou extravio de bem entregue em garantia no âmbito de contrato de penhor civil*. (Enunciado da Súmula n. 638, Segunda Seção, julgado em 27/11/2019, DJe 02/12/2019³⁰), que segue a mesma *ratio decidendi* da hipótese do furto da caixa de depósito.

Não menos relevante é o texto da súmula 130 do STJ, estabelecendo que *A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento* (Enunciado da Súmula n. 130, Segunda Seção, julgado em 29/03/1995, DJ 04/04/1995, p. 8294³¹), que afasta da cláusula de irresponsabilidade por anúncios e sinais, na qual subjaz o suporte dos arts. 25 e 51 do CDC, segundo Flávio Tartuce³².

No plano do atual direito positivo brasileiro, conforme aventado, não se encontra uma regra geral vigente regulatória das cláusulas de não indenizar, embora existam algumas previsões especiais. Vejamos.

A regra especial de maior amplitude é a contemplada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 25 e 51, que coloca no plano da nulidade as cláusulas que (inc. I): *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*. O comando da primeira oração é autoexplicativo, mas o segundo, que trata do consumidor pessoa jurídica, aponta para o caminho da flexibilização do impedimento, em situações justificáveis, ou seja, quando não se verifique a vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica o que lembra a razoabilidade (*reasonableness*) do direito britânico, para justificar a sua validade.

²⁹ A prestação de serviços bancários de cofre de segurança à luz do Código de Defesa do Consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais. Obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. VI, p. 300. Também na RT 728/37 – jun./1996.

³⁰ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/sumstj/article/viewFile/8872/8991>.

³¹ Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_9_capSumula130.pdf.

³² TARTUCE, Flávio. *Op. Cit.*, p. 681.

Pode-se também extrair do vigente Código Civil brasileiro algumas diretrizes sobre o tema, todos com natureza de regra especial. Em destaque os artigos 424³³, 449³⁴, 500, § 1º³⁵, e 734³⁶.

O art. 424 é pedra angular na matéria, pois, muito embora diga respeito somente aos contratos de adesão, estabelece a lógica fundamental da invalidade de cláusula que afasta do contrato os seus efeitos a ele essenciais, o que pode ser identificado com a subtração da própria causa do contrato. Foi essa a lógica adotada pela doutrina nacional ao comentar os casos de furto de valores depositados em caixa forte bancária.

Por sua vez, o art. 449 regulamenta a evicção e garante ao credor (evicto) o direito de receber ao menos o preço que pagou pela coisa evicta, não obstante a cláusula que exclui a garantia legal. Essa garantia mínima não pode ser removida pelas partes, sob pena de nulidade, uma vez indisponível e configuradora do princípio geral da tutela mínima do direito do credor.

O § 1º do art. 500 trata de uma limitação legal à reparação integral do dano sofrido pelo comprador (credor da prestação de entrega de coisa certa) que se vê privado de receber o imóvel conforme as dimensões da coisa adquirida. Por se tratar de garantia legal, as partes não podem dispor sobre ela, em que pese seja um claro *favor debitoris*.

Por fim, o art. 734 materializa a única regra especialíssima do Código Civil, ao declarar nula a cláusula de exclusão de responsabilidade do transportador de pessoas e suas bagagens. Nada obstante, a limitação da indenização é permitida, que, no caso do transporte aéreo, submetem-se à regência das Convenções de Varsóvia³⁷ e Montreal³⁸, ambas validadas pelo STF.³⁹

³³ Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

³⁴ Art. 449. Não obstante a cláusula que exclui a garantia contra a evicção, se esta se der, tem direito o evicto a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu.

³⁵ § 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio.

³⁶ Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

³⁷ Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20704.htm.

³⁸ Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm.

³⁹ O Recurso Extraordinário (RE) n. 636.331 (STF, Sessão Plenária. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 13/11/2017 - ATA Nº 170/2017), com repercussão geral reconhecida (Tema 210), fixou tese no sentido de que as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Acórdão disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313246068&ext=.pdf>. Ementa: Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor". 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento.

3. O DIREITO CIVIL PROJETADO

O art. 946-A contempla a proposta de reforma do Código Civil:

Em contratos paritários e simétricos, é lícita a estipulação de cláusula que previamente exclua ou limite o valor da indenização por danos patrimoniais, desde que não viole direitos indisponíveis, normas de ordem pública, a boa-fé ou exima de indenização danos causados por dolo.

Claramente, os projetistas da reforma recolheram a experiência doutrinária e jurisprudencial brasileira, construída ao longo do Séc. XX, e, influenciados pelo sistema europeu, notadamente o italiano, propuseram uma regra geral que regula a cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade no âmbito dos contratos paritários, sem derrogar as regras especiais em vigência.

Em verdade, deu-se um passo à frente, se comparado o texto do anteprojeto aos sistemas legais vigentes e comparados ao longo deste breve artigo, porque coloca-se no plano da licitude a validade da cláusula de tal estirpe, sendo residual a sua ilicitude nas hipóteses de violação a direitos indisponíveis, normas de ordem pública, a boa-fé ou danos causados por dolo.

É, sobretudo, uma opção legislativa que brinda a autonomia privadas das partes, afastando, por consequência, a presunção de invalidade estabelecida pela lei consumerista.

Seguem alguns apontamentos iniciais sobre o artigo de lei projetado.

Muito embora os projetistas não descrevam a consequência pela ilicitude da cláusula, em razão da natureza das hipóteses apontadas no art. 946-A, parece razoável concluir tratar-se de nulidade. Sem prejuízo desta conclusão que seria a natural dentro do ambiente de sancionatório cível, não se exclui a possibilidade de os efeitos econômicos da cláusula serem modulados por decisão judicial ou arbitral, preservando a sua validade.

Apesar de alvissareira a inclusão de tal dispositivo no Código Civil é preocupante a referência ao dolo como hipótese de nulificação da cláusula, sob dois aspectos.

O primeiro decorre do fato de que o sistema de responsabilidade civil contratual não investigar a culpa do devedor, sendo presumida diante do inadimplemento, cabendo a este demonstrar os fatos impeditivo, modificativo ou interruptivo do direito do credor à indenização (art. 373 CPC), sem cogitar de graus de culpa, mesmo porque podem ser outras as excludentes do dever de reparar (culpa do credor, fato de terceiro, ruptura do nexa causal, prescrição etc.). Entretanto, conforme a proposta, o grau de culpa e a sua prova passam a compor o jogo processual da reparação e, a prevalecer o sistema processual civil de regência, caberia ao credor provar o dolo do devedor, pois, em linhas gerais, é incabível ao réu provar não ter agido com dolo (prova negativa). Lembre-se que o dispositivo projetado somente se aplica às relações paritárias o que, em linha de princípio, não atrai a inversão do ônus de prova, conquanto não se verifique a hipossuficiência processual do credor.

A segunda preocupação é a referência do texto legal projetado ao dolo sem mencionar a culpa grave, tal qual na experiência comparada, o que pode levar à conclusão de que esta também serviria como motivo para a exclusão da responsabilidade, tanto quanto como a culpa leve.

Com efeito, a prevalecer a atual redação do texto projetado, teríamos a inovação sobre a graduação da culpa contratual, o ônus de prova imposto ao credor, para demonstrar o dolo do devedor no descumprimento do contrato, exonerando-se este do dever de reparar em caso de culpa leve e grave.

A passagem do texto projetado sobre “*direitos indisponíveis, normas de ordem pública, a boa-fé*” segue a tendência das fontes comparadas, ao que se adicionou a boa-fé, vindo a confirmar uma voz doutrinária crescente sobre a reparabilidade do dano contratual decorrente da quebra de deveres laterais ou correlatos.

Embora nada disponha a lei projetada a respeito, parece claro que a nulidade da cláusula de exclusão ou limitação não implica, necessariamente, a do contrato (art. 184 do Código Civil⁴⁰), se forem separáveis.

4. NOTAS CONCLUSIVAS: ENQUANTO A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL NÃO VEM

Enquanto a reforma do Código Civil ainda tramita, não podem os operadores do direito ignorar o fato de que cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade são diariamente celebradas por contratantes em regime de paridade negocial.

Extraí-se desta experiência jurídica algumas dúvidas e propostas, em consonância com o presente artigo:

- a) A exclusão de responsabilidade afasta do credor outros direitos, como o cumprimento específico e a resolução por culpa do devedor? A resposta é negativa.
- b) A cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade se ajusta ao figurino da alocação de riscos (art. 421-a, ii)? Sim, mas a sua validade e eficácia devem sempre estar em cotejo com o caput dos arts. 421 e 422 do Código Civil⁴¹, no qual se insere.

⁴⁰ Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

⁴¹ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada

- c) A cláusula penal compensatória que limita a reparação pelo inadimplemento é uma espécie de alocação de risco ou é *bis in idem* da limitação do dever de indenizar? São institutos diferentes com funções diversas. No entanto, pode se configurar como *bis in idem* se o resultado prático econômico da cláusula penal aniquilar a verba indenizatória, totalmente ou substancialmente.

Em linha de conclusão, e na falta de regra positiva específica sobre o tema, a pergunta chave sobre a (in)validade da cláusula de não indenizar pode ser respondida, a partir de cinco *testes da verdade*:

- a. Só é válida em regime de contratos paritários.
- b. Será válida se não contiver violação à ordem pública, ou seja, diante da inexistência de lei que proíba a cláusula limitativa ou excludente.
- c. Será inválida se conflitar ou restringir garantias contratuais previstas pela lei.
- d. Será inválida se a limitação ou exclusão atingir direitos de personalidade ou indisponíveis.
- e. Será inválida se o dever de indenizar for inerente à causa do contrato.

REFERÊNCIAS

BUGG, Stuart G. *Contracts in English: an introduction guide to understand, using and developing "Anglo-American" style contracts*. 3 ed. Monique: C. H. Bech, 2016.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade dos bancos pelos bens depositados em seus cofres*. RT 591/13. Disponível em: <https://rdm.org.br/wp-content/uploads/2024/09/025-034.-CAHALI-Yussef-Said.-Responsabilidade-dos-Bancos-pelo-roubo-de-bens-depositados-em-seus-cofres.pdf>. Acesso em 28 nov. 2024.

CALNAN, Richard. *Principles of contractual interpretation*. Oxford: Oxford, 2013.

CARTWRIGHT, John. *Contract law: an introduction to the English Law of contracts for the civil lawyer*. Portland: Hart, 2007.

CHINÈ, Giuseppe; FRATINI, Marco; ZOPPINI, Andrea. *Manuale di diritto civile*. 5. ed. Roma: Nel diritto, 2014.

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

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais. Obrigações e contratos*. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. IV.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*. Coimbra: Almedina, 2008.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003.

PIRES DE LIMA, Fernando Andrade. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código civil anotado*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1986.

ROPPO, Enzo. Il contrato. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (Org.) *Trattato di diritto privato*. Milão: Giuffrè, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 636331, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 25/05/2017, DJe-257 DIVULG 10-11-2017, PÚBLICO 13-11-2017. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313246068&ext=.pdf> Acesso em 28 nov. 2024.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 16 ed. São Paulo: Forense, v. 2, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil. Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, V. 4, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais. Obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. VI. RT 728/37 – jun./1996.

Recebido: 17/01/2025.

Aprovado: 27/01/2025.

Como citar: NALIN, Paulo. Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual e o art. 946-A do Anteprojeto de Reforma do Código Civil Brasileiro. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 102-113, jan./abr. 2025.

