



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NOS CONTRATOS PARITÁRIOS

Helena Rodrigues Drummond

Rio de Janeiro
2019

HELENA RODRIGUES DRUMMOND

A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NOS CONTRATOS PARITÁRIOS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NOS CONTRATOS PARITÁRIOS

Helena Rodrigues Drummond

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

Resumo - O presente artigo busca analisar a admissibilidade da estipulação de cláusulas de não indenizar em contratos paritários. Inicialmente, analisou-se a insegurança jurídica decorrente da inexistência de previsão específica no ordenamento jurídico além da divergência doutrinária acerca do tema. Os limites existentes à estipulação da referida cláusula também foram analisados, assim como suas condições de validade e eficácia. A autonomia da vontade foi destacada como elemento essencial a permitir as cláusulas de não indenizar nos contratos denominados paritários, em que as partes podem livremente discutir e negociar os termos do negócio jurídico que irão realizar.

Palavras-chave - Direito Civil. Contratos. Responsabilidade Civil. Cláusula de não indenizar. Contratos paritários. Admissibilidade.

Sumário – Introdução. 1. A inexistência de previsão legal e consenso doutrinário acerca da cláusula de não indenizar: insegurança jurídica. 2. Os limites previstos à cláusula de não indenizar: permissão tácita? 3. A prevalência da autonomia da vontade e a validade da cláusula de não indenizar nos contratos paritários. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A cláusula de não indenizar não foi tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Doutrinariamente, ainda há divergência quanto ao seu conceito, se seria uma exclusão do dever de indenizar ou afastamento da própria responsabilidade civil e ao seu campo de atuação, se restrito à responsabilidade contratual ou não.

Essa lacuna legislativa gera insegurança jurídica. Há previsões que expressamente afastam a possibilidade de pactuação da referida cláusula, como em contratos de adesão, de transporte e de consumo. Entretanto, procura-se demonstrar que nos contratos paritários, observando-se a boa-fé objetiva e a função social interna dos contratos, não haveria óbice à sua estipulação.

O trabalho enfoca a temática da cláusula de não indenizar nos contratos paritários, em que há maior observância à autonomia da vontade e liberdade de contratar, caracterizando um elemento

que pode se mostrar essencial à realização do negócio jurídico, abordando-se posições doutrinárias acerca do tema.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a grande insegurança jurídica nesse aspecto atualmente, em que não há previsão legal nem consenso doutrinário acerca do tema.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que há alguns limites expostos na legislação pátria e que, portanto, a cláusula seria aceitável, ao menos em algumas hipóteses.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a cláusula de não indenizar nos contratos paritários analisando sua importância, a prevalência da autonomia da vontade e que não se trata, em si, de um afastamento da responsabilidade, apenas do dever indenizatório, da forma estabelecida pelos contratantes para atendimento aos seus objetivos, inclusive como fomento à concretização de negócios jurídicos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo, já que o pesquisador deve escolher hipóteses que acredita serem possíveis e adequadas para analisar o objeto de sua pesquisa para comprová-las ou rejeitá-las com argumentação.

Desse modo, a abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica é qualitativa. O pesquisador pretende utilizar-se da bibliografia disponível acerca do tema em análise para sustentar sua tese.

1. A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E CONSENSO DOUTRINÁRIO ACERCA DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR: INSEGURANÇA JURÍDICA

A cláusula de não indenizar é entendida por muitos como uma espécie de modulação do dever de indenizar. Desenvolveu-se em um contexto histórico de crescimento industrial em que se mostrava necessário buscar equilíbrio entre o aumento dos riscos e acidentes que ocorriam e a reparação das vítimas desses acidentes sem comprometer um ambiente propício ao fomento econômico.

Está baseada no princípio da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, estes fundamentos também para o seu desenvolvimento. No atual ordenamento jurídico devem ser observados ainda os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e equidade, além da justiça contratual e dos requisitos inerentes a todos os contratos, como partes capazes, objeto lícito, forma prescrita em lei, requisitos de solenidade, consentimento real ou acordo de vontades

carente de vícios. Sua função é prever o surgimento de eventual dever indenizatório e limitá-lo ou excluí-lo, mediante aceitação prévia das partes. É possível apenas em se tratando de direitos disponíveis.

Há grande divergência doutrinária acerca da nomenclatura da cláusula de não indenizar. Alguns autores, como José Roberto de Castro Neves¹, diferenciam suas compreensões acerca do instituto pela escolha do termo utilizado, como “cláusula de irresponsabilidade”, “cláusula exoneratória de responsabilidade” e “cláusula de não indenizar”. Contudo, não se pode entendê-la como convenção entre as partes que afaste a responsabilidade civil pelo dano causado. Restringe-se somente à reparação pelo referido dano. Como ensina José de Aguiar Dias², a referida cláusula afasta apenas o dever futuro de ressarcir pecuniariamente o dano e não a responsabilidade em si. A vontade das partes jamais poderia fazê-lo, somente a lei.

Segundo lição de Sérgio Cavalieri Filho, a obrigação é um dever originário decorrente da lei, da ordem jurídica ou do contrato. A responsabilidade pelo dano, pelo inadimplemento de tal dever originário é um dever secundário. Assim, tem-se a responsabilidade quando o dever jurídico originário for violado, descumprido. A cláusula de não indenizar suprime somente a indenização, o ressarcimento do dano que advém o descumprimento da obrigação originária³.

Desse modo, parece mais acertado o termo cláusula de não indenizar em detrimento de cláusula de irresponsabilidade. Não é possível o afastamento da responsabilidade civil por um consenso entre as partes no negócio jurídico. É somente uma modulação dos direitos de que dispõem os credores do ressarcimento advindo de responsabilização e não da responsabilidade em si.

Destaque-se que não há qualquer previsão expressa sobre a cláusula de não indenizar no Código Civil de 2002. Contudo, há proibição expressa de sua estipulação nos contratos de consumo (Art. 24, 25 e 51, CDC) e nos contratos de transporte (art. 734, CC).

Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro permite que o devedor de indenização responda somente por culpa grave no inadimplemento, por meio de disposição contratual, que seja

¹ NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

² DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não-indenizar* (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade). 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2012, p. 562, 563.

prefixado valor indenizatório por meio de cláusula penal compensatória além de outras convenções entre as partes.

Assim, não haveria óbice à estipulação de cláusula de não indenizar em contrato paritário, observando-se certas limitações. Afinal, trata-se do afastamento do dever de reparação e não da responsabilidade do devedor.

Não há consenso doutrinário quanto à legitimidade da cláusula de não indenizar. Alguns autores⁴ entendem pela sua ineficácia, acreditando que sempre haveria ofensa ao princípio proibitivo de lesão ao patrimônio alheio, que condiciona o exercício de todos os direitos e, desse modo, estimularia a negligência do devedor. Assim, haveria violação à ordem pública, além de estímulo à inexecução contratual injustificada, aumentando a insegurança e o desequilíbrio nas relações jurídicas.

Este o entendimento de José Roberto de Castro Neves⁵:

Na cláusula de irresponsabilidade, uma parte exime a outra de uma futura e eventual responsabilidade pelo inadimplemento. Segundo boa parte da doutrina, isso não seria possível, pois a responsabilidade apenas pode ser afastada nos casos referidos em lei [...]. O que se pode afastar é o dever de reparar, não a responsabilidade.

Por outro lado, outros doutrinadores, como Letícia Avelar⁶, Antônio Junqueira de Azevedo⁷, Sergio Cavalieri Filho⁸, José de Aguiar Dias⁹, Fernando Noronha¹⁰, Silvio Rodrigues¹¹ e Silvio de Salvo Venosa¹² defendem sua validade em todos os casos em que a autonomia da vontade imperar, o que nos parece mais acertado, desde que respeitados a ordem pública, a inexistência de dolo ou culpa grave e a proteção ao elemento essencial do contrato, além das limitações legais. A proibição completa de estipulação da cláusula seria violação direta à lei e à liberdade de contratar. Os novos

⁴ Aguiar Dias sustenta que Aubry *et* Rau, Laurent, Pardessus, Ruben de Couder adotam esse entendimento. (DIAS, op. cit., p. 47-48). Entretanto, na doutrina pátria não se encontrou adepto dessa corrente.

⁵ NEVES, op. cit., p. 317.

⁶ AVELAR, Letícia Marquez de, *A Cláusula de não indenizar: Uma Exceção do Direito Contratual à Regra da Responsabilidade Civil*, Curitiba: Juruá. 2012, p. 139.

⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – Renúncia ao direito de indenização – Promessa de fato de terceiro – Estipulação em favor de terceiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 769. 1999, p. 105.

⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 564.

⁹ DIAS, op. cit., p. 40 e 73.

¹⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações: Introdução à Responsabilidade Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 528.

¹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade Civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 180-181.

¹² VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil: Responsabilidade Civil*. V. 4. 5 ed. São Paulo: Atlas 2005a, p. 68.

princípios da ordem constitucional, quais sejam, boa-fé, equilíbrio contratual e função social do contrato foram acrescentados ao acervo principiológico contratual brasileiro. A liberdade contratual é essencial à lógica econômica e a força obrigatória dos contratos, a *pacta sunt servanda*, traz segurança jurídica às relações.

A omissão legislativa cria grande insegurança jurídica. Não há qualquer regra genérica em relação à cláusula de não indenizar, apenas proibições pontuais.

Ressalte-se entendimento de alguns autores¹³ no sentido de que a autonomia da vontade tem limitações importantes, como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, sendo apenas um campo residual, aplicável após a incidência fundamental das novas regras constitucionais. Assim, haveria um novo modelo de autonomia, de acordo com o paradigma decorrente do Estado Social, através de seu sistema jurídico. As partes têm seu poder normativo garantido, desde que em equilíbrio com os moldes da Constituição Cidadã, respeitando-se o bem-estar social e a liberdade das partes. Os contratos que respeitem a nova ordem constitucional, ou seja, o princípio da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do justo contratual, estariam sempre de acordo com a ordem pública.

A vontade das partes deverá se submeter à proteção de um bem maior, um interesse comum, social, mas a liberdade dos indivíduos permanece garantida e protegida pelo Estado, na forma da Constituição Federal. Havendo conflito com interesses patrimoniais, o direito existencial prevalece.

2. OS LIMITES PREVISTOS À CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR: PERMISSÃO TÁCITA?

Sendo válida a estipulação da cláusula de não indenizar diante de omissão legislativa, cabe analisar os limites que essa cláusula deverá observar. Por se tratar de uma cláusula acessória, que se destina a afastar consequências advindas do inadimplemento, não poderá ser estipulada em todas as circunstâncias. Novamente, ressalte-se sua proibição em contratos de consumo e adesão, considerando a vulnerabilidade da parte contratante no primeiro e a inexistência de negociação no segundo.

¹³ No mesmo sentido Claudio Godoy e Gisela Hironaka, citados por Avelar (AVELAR, op. cit., p. 143-144).

Um dos principais limites à cláusula de não indenizar é a ordem pública. Desse modo, só poderá vigorar se estiver relacionada a obrigações que não tutelem interesses de ordem pública, ou seja, interesses individuais disponíveis. Assim diz José Roberto de Castro Neves¹⁴:

Evidentemente, a cláusula de não indenizar – como todas as que estabelecem uma alteração das regras gerais de reparação dos danos – se funda no princípio da autonomia da vontade.

Logo, ela apenas será admissível nos casos em que essa autonomia possa verificar-se de modo amplo, ou seja, quando não houver limitações de ordem pública.

Quanto ao que seria ordem pública, não há um conceito preciso sobre esse instituto. Pode ser entendido como um princípio, como regras de grande repercussão na sociedade que visam proteger valores culturais e sociais. Assim, modificam-se com o passar do tempo, as diferentes organizações de mundo, percepções sociais e valores morais de determinada época.

De acordo com Letícia Marquez de Avelar¹⁵, a ordem pública “tem sua supremacia assegurada por princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro: é o chamado princípio da supremacia da ordem pública.” O princípio da ordem pública apresenta-se de forma explícita ou implícita em nosso ordenamento. Na jurisprudência tem como função precípua atuar no silêncio da lei.

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942¹⁶) estabelece que, na omissão da lei, o juiz decidirá o caso utilizando-se de analogia, costumes e princípios gerais de direito: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Há princípios expressamente manifestados em lei e outros situados em um plano pré-positivo, sendo princípios gerais de direito. O princípio da supremacia ordem pública se encaixaria nessa classificação. Trata-se, em verdade, de uma disposição normativa aberta, permitindo que os juízes, no caso concreto, a preencham, desenvolvam. Assim, haveria uma atuação instrumental. O aplicador do direito poderá se utilizar de normas, princípios e valores jurídicos e metajurídicos que estejam de acordo com a realidade em que se inserem. Esses valores metajurídicos podem,

¹⁴ NEVES, op. cit., 2014, p. 371.

¹⁵ AVELAR, op. cit., p. 166.

¹⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2019: Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

inclusive, ser inferidos do próprio ordenamento jurídico. Uma ideia genérica, como a ordem pública, serve de ponto inicial para a concretização de normas jurídicas.

A ordem pública pode, também, ser entendida como um conceito jurídico indeterminado, restringindo-se ao campo dos fatos. Tais conceitos são indicações meramente genéricas que o aplicador do direito deverá preencher de acordo com regras de experiência, em relação à hipótese em análise.

Assim, em algumas situações a ordem pública pode ser somente um conceito jurídico indeterminado a ser preenchido pelo juiz ao fixar a premissa da norma, predeterminando suas consequências. Quando atuar como cláusula geral, o aplicador do direito deverá preencher seu conteúdo de modo a criar efetivamente a norma, a solução jurídica aplicável ao caso concreto. Assim, haveria normas cogentes, inspiradas pela noção de ordem pública, muitas vezes chamadas de normas de ordem pública e exigências de ordem pública que, mesmo não estando expressas em norma jurídica, deverão sempre ser respeitadas.

Para que a cláusula de não indenizar esteja de acordo com a ordem pública, deverão ser respeitados os atuais princípios que regem os contratos no ordenamento jurídico brasileiro. Se, na hipótese em concreto, for percebida violação à ordem pública, a cláusula não poderá ser aceita. Nenhuma convenção entre as partes pode sê-lo.

Outro limite a ser observado na estipulação da referida cláusula é o dolo ou culpa grave. Nesses casos, a cláusula de não indenizar garantiria impunidade em danos de maior gravidade já que a vontade do agente é no sentido de descumprir o contratado. No dolo, a vontade alcança a efetivação do efeito danoso decorrente do fato, o agente visa a ação em si e suas consequências. Já na culpa grave, o agente deseja somente a conduta e não o resultado.

Permitir a cláusula de não indenizar nesses casos permitiria a impunidade de má-fé desde logo, uma dispensa de cumprimento da própria obrigação, que não é o objetivo da cláusula. O dolo poderá ser verificado no momento da pactuação da cláusula ou no momento da execução do contrato. No primeiro caso, será considerada inválida e, assim, anulável, por se tratar de um vício do negócio jurídico. No segundo, torna a cláusula ineficaz já que o devedor irá se tornar inadimplente de forma intencional visando justamente o não ressarcimento. Não há solução legal expressa nessa hipótese, mas não deverá ser admitida por violar a ordem pública, os princípios da boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e a função social do contrato.

O credor deverá comprovar o dolo para que se possa reconhecer a invalidade ou ineficácia da cláusula. Por se tratar também de afronta à ordem pública, não se poderá admitir, sob nenhum aspecto, a eficácia da convenção quando houver dolo, seja no momento de estipulação seja no momento de execução do contrato.

A culpa grave, por sua vez, representa grande negligência, ausência de cuidado, vigilância. Nesses casos também, por observância à moral e boa-fé, não seria possível reconhecer a validade da cláusula de não indenizar. Ainda que não haja, em nosso ordenamento, relevância na graduação de culpa, esta pode ser considerada até para estabelecimento do *quantum* indenizatório, por exemplo. Apesar de haver grande distinção entre o dolo e a culpa grave, os institutos podem ser equiparados pela gravidade da falta cometida pelo agente. Logo, em ambos os casos, não seria válida a cláusula de não indenizar.

Outro limite a ser observado é em relação a elemento essencial do contrato. A cláusula de não indenizar pode ser estipulada para excluir ou mitigar indenização devida pelo inadimplemento de obrigações acessórias e não centrais do contrato. Se isso fosse permitido, tratar-se-ia de real cláusula de irresponsabilidade, frustrando a própria natureza do negócio jurídico pactuado. Pode-se tomar como exemplo cláusulas comuns vistas em estacionamento, eximindo a empresa de responsabilidade por furtos ou danos sofridos no veículo. Trata-se, em verdade, de um contrato de guarda que tem, por sua natureza, a proteção do bem ali depositado. Haveria uma desnaturação completa do negócio jurídico, permitindo ao contratante por ela beneficiado cumprir a obrigação principal somente se quisesse, caracterizando uma condição puramente potestativa, proibida no nosso ordenamento jurídico.¹⁷

Essa vedação refere-se também aos elementos essenciais ainda que não sejam o objeto do próprio contrato. Por exemplo, não se pode admitir, em um contrato de compra e venda, que as partes estipulem a dispensa de entrega da coisa vendida. Há, ainda, como antes mencionado, limitações legais que deverão ser observadas. Os artigos 24, 25 e 51, I, CDC¹⁸, proíbem a cláusula

¹⁷ BRASIL. *Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2019: Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

¹⁸ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2019: Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresse, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

de não indenizar nos contratos de consumo e, em relação aos contratos de transporte, o art. 734, CC¹⁹ traz essa proibição.

3. A AUTONOMIA DA VONTADE E A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR EM CONTRATOS PARITÁRIOS

Após análise da omissão legislativa, da inexistência de consenso doutrinário acerca de sua validade e dos limites a serem observados sendo entendida possível a sua estipulação, cabe examinar a cláusula de não indenizar especificamente nos contratos paritários.

Incontroversa a sua inaplicabilidade em contratos de adesão e consumo, como explicado no capítulo anterior. Entretanto, como elemento de negociação entre partes com o objetivo de afastar o dever de indenizar, essa cláusula é permitida em nosso ordenamento jurídico. Nos contratos paritários a autonomia da vontade impera e o dever de indenizar é entendido como um risco do negócio. Assim, pode ser negociado e interferir diretamente no preço de um bem ou serviço objeto contratual, condicionando ou não a realização do negócio jurídico. Como em qualquer contrato, o consenso é elemento essencial.

A convenção que estabelece a cláusula de não indenizar deverá ser definida por meio de um ajuste que seja interessante para ambas as partes, além de apresentar uma contraprestação satisfatória que justifique sua estipulação. Essa contraprestação é um requisito de validade. A pactuação da referida cláusula não viola as normas de ordem pública e permite a redistribuição dos riscos, tornando-se uma parte integrante do contrato, podendo ser discutida por partes em igualdade de negociações, como por exemplo duas grandes empresas. É modulação dos efeitos da responsabilidade civil e não da própria responsabilidade, como anteriormente explicado, sendo, assim, um incremento à atividade produtiva e à economia.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

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

I - impossibilitem, exonere 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;

¹⁹ BRASIL. op. cit., nota. 7.: 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.

Destaque-se que é prevista, em nosso ordenamento, disposição contratual que prefixe valor indenizatório com a cláusula penal compensatória, além de outras convenções entre as partes. Desse modo, não haveria qualquer óbice à estipulação da cláusula de não indenizar nos contratos paritários, ou seja, aqueles em que as partes estão em igualdade de condições negociais, respeitando-se certas limitações.

Segundo José de Aguiar Dias²⁰, a proibição completa da cláusula de não indenizar violaria de forma direta a lei e a liberdade de contratar. O autor entende que, havendo vedação específica, por consequência há o reconhecimento implícito de sua validade em outros contratos:

O fato de interditar certas leis, a cláusula de irresponsabilidade não enseja a conclusão forçosa de sua repulsa genérica. É, antes, argumento em seu favor, pois os motivos que inspiraram o legislador, naqueles casos, não são comuns a todos os contratos.

Forçoso ressaltar que os contratos são grande elemento de expressão da autonomia da vontade, que deve respeitar os limites impostos pela Constituição Cidadã, tais como a função social do contrato, o justo contratual e a boa-fé objetiva. Cumpridos esses requisitos, a liberdade contratual deverá ser também reconhecida, permitindo que as partes em igualdade de condições negociais pactuem da forma que lhes convier. Em relação ao entendimento atual acerca do direito contratual, assim ensina Orlando Gomes²¹:

O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante contrato, ganha grande extensão. Outros conceituam a autonomia da vontade como um aspecto da liberdade de contratar, na qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei. (grifos no original)

Nossa sociedade é de grande desenvolvimento de atividades empresariais, que devem ser estimuladas, possibilitando que as partes, novamente, em situação de igualdade, possam distribuir os riscos do negócio da maneira que lhes parecer mais adequada. Torna-se possível, portanto, a

²⁰ DIAS, op. cit., p. 73.

²¹ GOMES, Orlando, *Contratos*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22

prestação arriscada que, de outra forma, não seria aceita por uma das partes. Essa lógica econômica depende inteiramente da liberdade contratual e o *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, trouxe segurança jurídica às relações.

Nesse sentido, de respeito à autonomia da vontade em contratos paritários, observe-se o ensinamento de Carolina Raboni Ferreira²²:

De fato, as relações paritárias ainda existem e ostentam importância singular na prática econômica. E, tal como as relações em que presente o elemento *vulnerabilidade*, as relações paritárias merecem regime especial de disciplina.

Ora, se os sujeitos em igualdade de condições de negociação têm interesses particulares e visam compor tais interesses, privativamente, por meio de um contrato; se têm a intenção ética de formar vínculo conforme o direito; negar-lhes espaço de negociação livre é promover o dirigismo contratual exacerbado, cuja consequência será a de lhes podar a iniciativa privada, desestimulando o desenvolvimento econômico. (grifos no original)

Uma das mais importantes características da estipulação de cláusula de não indenizar em contratos paritários é a necessidade de contraprestação à cláusula, garantindo-se o equilíbrio contratual. O cumprimento a esse princípio do equilíbrio deverá ser analisado no caso concreto, observando-se a contraprestação oferecida diante da cláusula de não indenizar. É um requisito de validade da cláusula em análise. Ao credor deverá ter sido oferecida vantagem, como, por exemplo, a reciprocidade na exoneração, a concessão de condições mais benéficas ou ainda redução do preço do bem ou serviço objeto do contrato.

Não se pode falar que a exoneração da indenização retiraria da obrigação originária sua exigibilidade jurídica. O credor terá elementos para exigir do devedor o cumprimento das obrigações contratuais, restando prejudicado tão-somente o direito à indenização. É possível a busca da satisfação do crédito pela via judicial e a utilização das astreintes como forma de compelir o devedor a cumprir a obrigação, não se confundindo com perdas e danos. Logo, podem ser requeridas independentemente da existência de cláusula de não indenizar. Destaque-se a possibilidade de cumulação da multa com as perdas e danos e o direito do credor de opor a exceção de contrato não cumprido em contratos bilaterais ou ainda o direito de retenção.

²² FERREIRA, Carolina Raboni. *As Cláusulas Exoneratória E Limitativa do Dever de Indenizar E Os Princípios Contratuais Contemporâneos: Admissibilidade Numa Perspectiva Franco-Brasileira*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS, 2015, Florianópolis. P. 306. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3/K094uMhj829iR4Ht.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2019.

Em um contexto de grande risco ao qual o empresário se submete, aumentando sua margem de lucro, as cláusulas de não indenizar mostram-se necessárias como instrumentos de alocação de riscos e, como dito anteriormente, podem servir como fator determinante à realização de um negócio.

CONCLUSÃO

A cláusula de não indenizar pauta-se na autonomia privada e mostra-se de imensa valia às partes nos contratos, em que pese a analisada divergência doutrinária. O estudo realizado permite concluir que essas cláusulas, como convenções privadas com o objetivo de afastar o dever de indenizar, são permitidas em nosso ordenamento jurídico. Nos contratos paritários, em que a autonomia da vontade tem maior liberdade e é mais valorizada, desde que observados os limites apresentados, o dever de indenizar é percebido como um risco do negócio. Desse modo, pode ser negociado de forma livre e interferir diretamente no preço do bem ou do serviço objetos do contrato, inclusive condicionando, ou não, a realização do negócio jurídico.

A negociação livre é um requisito de validade da cláusula de não indenizar, de maneira que seja pactuada por meio de convenção interessante para ambas as partes. Uma contraprestação satisfatória também é um requisito de validade a ser observado para permitir que a convenção possa produzir seus efeitos. É possível observar que a autonomia da vontade e a negociação livre são essenciais para permitir que a cláusula seja pactuada. Esses dois elementos estão presentes de forma clara nos contratos paritários, são essenciais à sua natureza.

Desse modo, as cláusulas de não indenizar encontram nos contratos paritários um meio de se desenvolver e existir em nossa realidade econômica. Os contratantes obtêm benefícios quando há a pactuação da cláusula de não indenizar. Desde que observadas normas de ordem pública não se encontra óbice à sua pactuação. Em um contexto econômico de recuperação, como o que vivemos atualmente, as referidas cláusulas mostram-se de grande valia à configuração desses negócios contratuais, sendo parte integrante do contrato e discutida em igualdade de condições pelos contratantes.

A utilização dessa cláusula permite a redistribuição dos riscos, a modulação dos efeitos da responsabilidade civil, servindo então, como incremento à atividade produtiva e à economia. As

regras contratuais presentes em nossa Constituição Federal e no Código Civil são essenciais à ordem jurídica e protegem as partes hipossuficientes, como em contratos de adesão e de consumo.

O papel do Poder Judiciário, nesses casos, é assegurar que os limites não sejam extrapolados e não interferir quando há paridade de poder nas negociações. Assim, garante-se a autonomia da vontade das partes, prevista em nosso ordenamento. Ocorre uma antecipação de eventual dever de reparação e pactuação de limitação ou exclusão desse dever, possível quando se trata de direitos disponíveis.

Há um outro nicho que não pode ser desconsiderado, no qual as partes têm igualdade de negociação, podem discutir de forma livre, oferecer diferentes garantias e buscar uma solução que seja interessante economicamente para ambas. Inclusive, a cláusula de não indenizar, como uma modulação dos efeitos da responsabilidade civil, pode ser essencial à formação do negócio jurídico. A cláusula de não indenizar encontra, assim, nos contratos paritários, um ambiente muito propício à sua existência.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Leticia Marquez de. *A cláusula de não indenizar*. Uma exceção do Direito Contratual à Regra da Responsabilidade Civil. Curitiba: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – Renúncia ao direito de indenização – Promessa de fato de terceiro – Estipulação em favor de terceiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 769. 1999.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019

_____. *Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não-indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FERREIRA, Carolina Raboni. *As Cláusulas Exoneratória E Limitativa do Dever de Indenizar E Os Princípios Contratuais Contemporâneos: Admissibilidade Numa Perspectiva Franco-Brasileira*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS, 2015, Florianópolis. Disponível em: <<http://222.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3/K094uMhj829iR4Ht.pdf>> Acesso em: 26 fev. 2019.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1985.

NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações: Introdução à Responsabilidade Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações*. 28. ed. rev. e atual. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade Civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo et. al. *Código Civil interpretado: Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil: Responsabilidade Civil*. 5. ed. V. 4. São Paulo: Atlas 2005.