

REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro

125

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLI (Nova Série)
janeiro-março/2002

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLI — n. 125 — janeiro-março de 2002

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE

LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE NA PRÁTICA CONTRATUAL BRASILEIRA — PERMITE-SE NO BRASIL A RACIONALIZAÇÃO DOS RISCOS DO NEGÓCIO EMPRESARIAL? — NILSON LAUTENSCHLEGER JR.	7
---	---

ATUALIDADES

AS CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO E OS LIMITES LEGAIS DOS JUROS — JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	25
A EMPRESA: NOVO INSTITUTO JURÍDICO — JORGE LOBO	29
A RECEPÇÃO DO “DROP DOWN” NO DIREITO BRASILEIRO — HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA E ZANON DE PAULA BARROS	41
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O NOVO CÓDIGO CIVIL — FERNANDO NETTO BOITEUX	48
O CONTRATO DE “JOINT VENTURE” NA MATÉRIA ANTITRUSTE — JOSÉ CARLOS DA SILVA NOGUEIRA	58
A PRIVACIDADE E OS SIGILOS TELEFÔNICO, PROFISSIONAL E BANCÁRIO — LEANDRO BITTENCOURT ADIERS	62
O NOVO MERCADO E AS PRÁTICAS DIFERENCIADAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA: EXAME DE LEGALIDADE FRENTE AOS PODERES DAS BOLSAS DE VALORES — EDUARDO ALFRED TALEB BOULOS E FERNANDO SZTERLING	96
RESPONSABILIDADE DOS SIGNATÁRIOS DE ACORDO DE VOTO NO REGIME DA LEI N. 10.303/01 — FELIPE DE FREITAS RAMOS	114

ESPAÇO DISCENTE

A SPE — SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO — LEONARDO GUIMARÃES	129
---	-----

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA**ACIONISTA CONTROLADOR – IMPEDIMENTO AO DIREITO DE VOTO**

— ERASMO VALLADÃO A. E NOVAES FRANÇA 139

DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

— ZANON DE PAULA BARROS 173

PARECERES**IMPUTAÇÃO DE DECLARAÇÃO FALSA (§ 3º, ART. 23 DA LEI 4.131/62)
E DA VEDAÇÃO À COMPENSAÇÃO PRIVADA DE CRÉDITOS
(ART. 10 DO DECRETO-LEI 9.025/46)**

— SÉRGIO I. ESKENAZI PERNIDJI e MÔNICA CASTRO DE MELLO BITY 185

COLABORAM NESTE NÚMERO

EDUARDO ALFRED TALEB BOULOS
Advogado em São Paulo

ERASMO VALLADÃO A. E NOVAES FRANÇA
Professor-Doutor de Direito Comercial da
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

FELIPE DE FREITAS RAMOS
Advogado no Rio de Janeiro

FERNANDO NETTO BOITEUX
Doutor em Direito Comercial pela Univer-
sidade de São Paulo. Professor-Doutor de
Direito Comercial da Fundação Armando
Álvares Penteadó – FAAP

FERNANDO SZTERLING
Advogado em São Paulo

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA
Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.
Professor de Direito Comercial nos Cursos
de Graduação e Pós-Graduação da USP e
da FAAP. Consultor Jurídico de Empresas

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA
Professor de Direito Comercial da PUC/RJ.
Advogado

JORGE LOBO
Livre-Docente em Direito Comercial pela
UERJ. Advogado

JOSÉ CARLOS DA SILVA NOGUEIRA
Mestre em Direito Econômico Internacio-
nal pela Universidade de San Francisco,
Califórnia. Advogado

MÔNICA CASTRO DE MELLO BITY
Advogada no Rio de Janeiro

SÉRGIO I. ESKENAZI PERNIDJI
Advogado no Rio de Janeiro

LEANDRO BITTENCOURT ADIERS
Advogado no Rio Grande do Sul

LEONARDO GUIMARÃES
Mestrando em Direito Comercial na Facul-
dade de Direito da UFMG. Advogado

NILSON LAUTENSCHLEGER JR.
Mestre em Direito Comercial pela Ludwig-
Maximilians-Universität München, Alema-
nha. Doutorando na mesma Universidade.
Advogado em São Paulo

ZANON DE PAULA BARROS
Advogado em São Paulo

Doutrina

LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE NA PRÁTICA CONTRATUAL BRASILEIRA – PERMITE-SE NO BRASIL A RACIONALIZAÇÃO DOS RISCOS DO NEGÓCIO EMPRESARIAL?

NILSON LAUTENSCHLEGER JR.¹

“Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu ist der Kampf.”
 (“Objetivo do Direito é a paz, o instrumento para tanto é a luta” (tradução livre)
Rudolf von Jhering em *Das Kampf ums Recht* (1872).

Continua sendo a limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira tema de extrema relevância, cujo delineamento, porém, permanece à mercê das interpretações jurisprudenciais e doutrinárias. Foi objetivo do presente trabalho perquirir a validade e eficácia das cláusulas de limitação da responsabilidade no Brasil, utilizando-se o direito comparado como base de interpretação, bem como a identificação de permissivos legais para a inclusão de cláusulas de limitação de responsabilidade em vigor no Brasil. Foi também objeto de análise a cláusula penal compensatória utilizada como instrumento de limitação de responsabilidade.

1. Introdução. 2. Responsabilidade civil e a lei brasileira. 3. Extensão da responsabilidade: a indenização. 4. Responsabilidade contratual e risco para o negócio empresarial. 5. Cláusulas limitadoras ou excludentes de responsabilidade? 6. Eficácia e validade das cláusulas limitadoras no Brasil. 7. Disposições de Direito Internacional aplicáveis à limitação contratual de responsabilidade no Brasil. 8. Cláusulas limitadoras, relações de consumo e normas de ordem pública. 9. Cláusula penal como limitação de responsabilidade. 10. Considerações finais.

1. Introdução

Sempre, com maior frequência, depa-ram-se, tanto os juristas como os adminis-

tradores, nas negociações dos contratos das empresas, com a indagação a respeito da limitação da responsabilidade contratual. Procura-se reduzir e matematizar o risco do negócio não só com a contratação de seguros, introdução de medidas de controle de qualidade na produção, atendimento pós-venda aos clientes, mas também com a li-

1. Registro aqui profundo agradecimento aos futuros colegas Letícia E. Biill, Marina Souza, Vicente G. Oliveira e Rodolfo Egli pela colaboração entusiasmada.

mitação da responsabilidade decorrente diretamente dos contratos da empresa, como prática reiterada e consagrada, digna, mesmo, de ser objeto de normativos internos em algumas corporações.

Referida prática, todavia, torna turva, por vezes, a real validade e eficácia de tais cláusulas, as quais não só têm sua extensão questionada na doutrina e jurisprudência brasileiras, mas também sempre estão sujeitas, quanto a sua eficácia, ao crivo judicial que, mesmo nos países de tradição jurídica continental, pode submetê-las a controle de conteúdo² e, assim, ponderá-las sob os princípios da boa-fé, proporcionalidade e equidade, restando sua objetividade, assim, questionável. Portanto, a inclusão de tais cláusulas nos contratos, especialmente quando objeto de regulamentos internos das empresas, deve atentar para tal problemática de sua validade e eficácia, para, assim, não haver nenhuma surpresa quando da real necessidade de exigir judicialmente seu reconhecimento.

Foi intenção do presente trabalho perquirir, de forma objetiva, a validade e eficácia das cláusulas de limitação da responsabilidade no Brasil, utilizando-se o direito comparado como base de interpretação, bem como a identificação de permissivos legais ou jurídicos para a inclusão de cláusulas de limitação de responsabilidade em vigor no Brasil. Sacrificaram-se, portanto, digressões estritamente acadêmicas em benefício de uma crítica mais panorâmica e geral.

2. Responsabilidade civil e a lei brasileira

Diferentemente da Alemanha, o Brasil adotou o princípio da cláusula geral de responsabilidade civil.³ Tal princípio deri-

2. Lorenz Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, C. H. Beck Verlag, 1992, p. 11 ss., o qual destaca ser o controle de conteúdo uma forma do controle de validade; BGHZ 38, 183 (186).

3. Konrad Zweigert e Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed., Tübingen, 1993,

va dos preceitos gerais expressos nos artigos 159 e 1.056 do Código Civil vigente e artigos 389 e 927 do novo Código Civil,⁴ os quais englobam tanto a responsabilidade contratual quanto aquela advinda da violação ilícita de dever não contratual (*ex delictus*), também chamada responsabilidade delitual ou extracontratual. A responsabilidade geral é, como nos demais países que adotam o sistema romano-germânico ou continental, baseada no princípio da culpabilidade, também conhecida como responsabilidade subjetiva. No Brasil a responsabilidade não baseada na culpabilidade, conhecida como responsabilidade objetiva, é *ex lege*, ou seja, decorre sempre da lei ou, ainda, na acepção do novo Código Civil, o qual sedimenta a doutrina já existente no período anterior à sua publicação, de uma atividade perigosa (*ubi emolumentum, ibi onus*).⁵ Ressalte-se que tal afirmação, embora pareça ser uma obviedade, e, ainda que não seja absoluta, vez que em determinados casos a jurisprudência brasileira também permitiu a responsabilidade objetiva com base na presunção de culpa, como nas locações de veículos,⁶ não é realidade em todos os países – pois na França, somente a título ilustrativo, a responsabilidade objetiva desenvolveu-se em grande parte a partir da interpretação juris-

§ 40 II, p. 600. Com a recente e muito controvertida reforma do direito das obrigações, não ocorreu modificação da responsabilidade delitual, embora a responsabilidade contratual tenha sofrido profundas alterações conceituais. Cf. Daniel Zimmer, *Das Neue Rechts der Leistungsstörungen*, NJW 2002, 1-88.

4. Lei 10.406, de 10.1.2002, a qual entrará em vigor um ano a contar da publicação, esta ocorrida em 11.1.2002.

5. Alvinio Lima, *Culpa e Risco*, São Paulo, Ed. RT, 1960, o qual constitui-se em excelente fonte de referência para direito comparado. O parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil prescreve: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (grifamos).

6. Sívio Rodrigues, *Responsabilidade Civil*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 78, o qual critica a Súmula 492, do Supremo Tribunal Federal.

prudencial do artigo 1.384 do *Code civil*,⁷ sendo que a necessidade de leis especiais se dá em muito menor extensão.⁸ Também, de acordo com a doutrina e lei brasileiras, a responsabilidade não inclui somente os danos diretos ou, melhor expresso, emergentes, mas também lucros cessantes e os danos morais.⁹ De acordo com o artigo

7. Dispõe o Code Civil, Article 1.384 (Loi du 7 novembre 1922, Journal Officiel du 9 novembre 1922) (Loi du 5 avril 1937, Journal Officiel du 6 avril 1937 rectificatif JORF 12 mai 1937) (Loi n. 70-459 du 4 juin 1970, Journal Officiel du 5 juin 1970 en vigueur le 1^{er} janvier 1971) (Loi n. 2002-305 du 4 mars 2002 art. 8 V, Journal Officiel du 5 mars 2002): "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, *ou des choses que l'on a sous sa garde.*

"Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

"Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1.733 et 1.734 du Code Civil. Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés; Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance."

8. Zweigert/Kötz, *Einführung*, § 42, III, p. 665 ss., o qual contém uma análise percuciente de direito comparado da responsabilidade objetiva no mundo; Rodrigues, *Responsabilidade Civil*, pp. 92 ss. e 111 ss., o qual descreve com minúcias a controvérsia sobre a interpretação de tal dispositivo na jurisprudência e sua aplicação no Brasil.

9. Cf. artigo 186 do novo Código Civil, o qual sedimenta entendimento já há muito dominante na doutrina. Também Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por Danos Morais*, São Paulo, Ed. RT, 1993;

1.056 e seguintes do Código Civil as perdas e danos, portanto, podem sempre ser requeridas pelo credor, caso o devedor falhe ou deixe de cumprir suas obrigações, assim chamada inexecução total do contrato, ou o faça não como acordado, assim chamada inexecução parcial do contrato.

Requer também a responsabilidade contratual a violação do acordo e a culpa consistente na simples "inexecução possível e evitável" e não em abstrato.¹⁰ Claro está que tal requisito da culpa é amplo suficiente para permitir ao juiz analisar, segundo critérios de equidade, a extensão do dano ressarcível, de forma que tal responsabilidade não transforme a condenação indenizatória em condenação letal para o autor do dano, como, por exemplo, a inviabilidade total da sua atividade empresarial. Tal juízo de equidade, aliás, encontra-se de forma expressa no novo Código Civil (artigo 944 do novo Código Civil¹¹).

3. Extensão da responsabilidade: a indenização

Não há a fixação de um limite pecuniário pela lei ou jurisprudência para a determinação dos danos. O montante dos danos diretos devidos – pode-se dizer – será equivalente ao prejuízo total e/ou ao que deixou de ser ganho (lucros cessantes). Para tal fim, a parte que alega tem de provar a

José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1994; Ana Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Coimbra, Almedina, 1985. Cf., ainda, com farta referência bibliográfica, Darcy Bessone, *Do Contrato – Teoria Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 261 ss.

10. José Reinaldo de Lima Lopes, *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, São Paulo, Ed. RT, 1992, p. 14. Contra, José de Aguiar Dias, *Cláusula de Não-Indenizar*, Rio de Janeiro, Forense, p. 168.

11. Dispõe o artigo 944: "A indenização mede-se pela extensão do dano.

"Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, *equitativamente*, a indenização" (grifamos).

ocorrência de tais danos. A determinação do valor da indenização por danos morais, por outro lado, fica ao talante judicial. Tribunais e doutrina¹² têm considerado, assim, os seguintes critérios: (i) a situação financeira do devedor; (ii) o nível de vida médio do credor, evitando-se, assim, o enriquecimento ilícito; e (iii) a gravidade dos danos causados. Também, tal determinação deve ser norteada pelos seguintes fins: (i) a compensação dos danos causados pelo devedor e não a reparação, uma vez que a natureza do dano moral é imensurável; e (ii) a punição do causador do dano.¹³ Parte da doutrina tem, ainda, considerado como referência para outras relações contratuais, através do uso da analogia, o critério estabelecido sob a revogada Lei de Telecomunicações (Lei n. 4.117 de 1962¹⁴), que fixou o montante da indenização em um determinado número de salários mínimos (entre 5 e 100 salários e 200, no caso de violações continuadas).¹⁵ Os tribunais têm considerado, de maneira esparsa, também pelo uso da analogia, os critérios estabelecidos pelos artigos 51 e 52 da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250 de 1967): entre 2 e 20 salários mínimos para pessoas físicas e entre 20 a 200 para a pessoa jurídica.¹⁶ Observe-se, entretanto, que os tribunais brasileiros não têm sido consistentes ou mesmo constantes na aplicação destes critérios,¹⁷ não sendo, assim, incomum encontrar decisões fi-

xando os montantes máximos acima referidos, ainda que timidamente. Cabe, outrossim, noticiar que as decisões ocorridas recentemente no Brasil, especialmente na última década no nordeste e centro-oeste, que receberam destaque na mídia em razão do vultoso valor dos danos morais fixados, não passaram de distorções efêmeras no sistema judicial brasileiro, lastreadas muito mais em casos de corrupção do que fundamentação jurídica e, portanto, não merecem, ao menos no seu atual estágio, atenção como tendência jurisprudencial já que se tratam de decisões isoladas.¹⁸

Faculta-se, ainda, às pessoas jurídicas o pleito por danos morais, pois, evidentemente, podem ter sua credibilidade e reputação comerciais também eventualmente prejudicadas.¹⁹ Tal assertiva deriva da interpretação literal do artigo 5º, V da Constituição Federal de 1988 que não distingue pessoas jurídicas de pessoas físicas. Os tribunais brasileiros têm decidido neste sentido.²⁰

4. Responsabilidade contratual e risco para o negócio empresarial

Toda a sistemática legal da organização empresarial tem por objetivo precípuo a racionalização ou matematização de riscos para obtenção otimizada do ganho ou lucro.²¹ O capital das sociedades anônimas ou das sociedades por quotas de responsabilidade limitada serviu, assim, no curso da história para a consecução de tal objetivo,

12. Bittar, *Reparação Civil*, pp. 209 ss., o qual comenta a legislação portuguesa e italiana, que trazem elementos expressos para a fixação.

13. Neste sentido, STJ, RE 2404441, 173366 e 259816. Bittar, p. 212, nota 371, traz farta jurisprudência.

14. Esta disposição legal (artigo 84 da Lei de Telecomunicações) foi derrogada pelo Decreto-lei 236/67.

15. RT 726/310, Ap 516.041/8 e 43157-0/190. Contra, *JTJ-Lex* 184/61. Cf. também recente decisão do 1º TACivSP, 5ª Cam., Ap 786.128-5-Osasco-SP, cm *Bol. AASP* 2.247/2.002.

16. RT 726, p. 310, Ap 516.041/8 e 43157-0/190. Contra, *JTJ-Lex* 184/61, *JTJ* 162/168 e Ap 43157-0/190.

17. Bittar, *Reparação Civil*, p. 228, sobre os critérios existentes na lei brasileira.

18. Humberto Theodoro Jr., "O Dano Moral e sua Reparação", *RF* 351/83 ss., com excelente panorama da jurisprudência atual.

19. Bittar, *Reparação Civil*, pp. 163 ss.

20. STJ, REsp 60/033-2, 214381 e 195842; RT 766/425, Súmula 227 do STJ.

21. Georges Ripert, *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, reimpressão da 12ª ed. de 1951, pp. 329 ss., o qual cita que o espírito do capitalismo moderno encontra-se essencialmente na busca incessante pelo lucro e declara que a "(...) puissance de l'argent domine la société tout entière. Pecuniae obediunt omnes", p. 340.

na medida em que a responsabilidade do empresário ficou limitada à integralização do capital, salvo o abuso de forma.²² Todavia, tal limitação demonstrou não ser suficiente para a atividade empresarial, pois em suas operações as empresas depararam-se com negócios específicos cujos riscos transcendem, e muito, por vezes, o seu benefício econômico. Como exemplo ilustrativo podemos citar o setor de fornecimento de equipamentos, onde a simples falta na entrega ou a entrega de um equipamento com defeitos pode gerar lucros cessantes ou até mesmo prejuízo para a credibilidade comercial do comprador do equipamento – em razão de atraso de encomendas –, que superam muito o próprio valor de aquisição do bem. Trata-se de um risco que pode colocar em jogo a própria sobrevivência da empresa fornecedora, e que não pode deixar de encontrar refúgio nos cânones jurídicos, pois que a própria proteção securitária deixa de ser suficiente para olvidar-se os riscos de uma bancarrota.

Referido problema encontrou resposta na prática contratual com a inclusão de cláusulas limitadoras de responsabilidade, cuja eficácia e validade, porém, foram sempre colocadas em questão e assombradas pelos cafifes judiciais oriundos do inevitável peguillar do controle de conteúdo dos limites fluidos da responsabilidade civil. Cabe, assim, investigarmos com maior vagar o conteúdo costumeiro de referidas cláusulas na prática contratual brasileira.

5. Cláusulas limitadoras ou excludentes de responsabilidade?

Podem-se encontrar cláusulas que limitam ou excluem a responsabilidade contratual nas suas mais diversas variantes e formas, desde a exclusão de toda e qual-

22. Barbara Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, 3^o ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, pp. 299 ss.; Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 3^o ed., Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 1997, pp. 224 ss.

quer responsabilidade, passando por cláusulas que limitam o valor do montante indenizatório ou excluem determinados tipos de dano passíveis de serem indenizados, tais como lucros cessantes ou danos morais.²³ Comum na prática contratual é, igualmente, a determinação do direito de a parte infratora debelar as incúrias como pressuposto da possibilidade de rescisão da outra parte.

Não mais incomum na prática contratual, como forma de redução do risco contratual, também, a inversão do ônus da prova ou mesmo a redução dos prazos prescricionais – esta questionável na vigência do atual Código Civil – e não admitida no novo Código, conforme artigo 192²⁴ – que, embora limitem a responsabilidade sob uma análise mais ampla, não são consideradas cláusulas de limitação da responsabilidade, pois que interferem de forma somente indireta e não na responsabilidade em si. Não compreendemos adequado, aqui, dar ênfase ao tratamento diferenciado entre cláusulas excludentes ou limitadoras de responsabilidade, já que se encontram na própria doutrina críticas à referida divisão, vez que 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.²⁵ Na doutrina brasileira há a mesma referência à cláusula de irresponsabilidade ou exclusão como “exacerbação da cláusula de limitação”.²⁶ Cabe, porém, referirmos que a limitação não pode ser total, pois se-

23. Cf., para um panorama completo dos tipos de cláusulas, Ana Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Coimbra, Almedina, 1985, pp. 56 ss., 86 ss. e 131 ss., especialmente p. 133.

24. Cf. para posição favorável na doutrina Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 510.

25. Apud Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação*, pp. 197 ss.; cf. para maiores detalhes Aguiar Dias, *Cláusula de Não-Indenizar*.

26. Aguiar Dias, *Cláusula de Não-Indenizar*, p. 24.

ria vil e, como tal, não admitida, já que se equipararia à exclusão.²⁷

Também não há que se confundir a cláusula limitativa de responsabilidade com a cláusula penal,²⁸ a qual, embora possa ter contornos de pré-definição (pergunta-se ainda hoje se o Decreto 22.626/33 derogou ou revogou a sistemática de cláusula penal no Direito brasileiro – cf. mais adiante²⁹) dos danos e eliminação da incerteza sobre o valor de eventual reparação³⁰ – para ser mais preciso, limite mínimo de indenização³¹ –, possui contornos próprios (e.g., independe da prova de prejuízo e é alternativa em favor do credor – *a parte creditoris*), os quais não permitem sua subsunção como cláusula limitativa.³² Fato é que serve de argumento, a contrário senso, de que a limitação há de ser aceita se a estimativa pode substituir, ainda que menor, mas não ínfima, a indenização realmente devida, pois há também, aqui, em efeito, a limitação da responsabilidade. Porém, o efeito pode ser outro e os pressupostos de admissibilidade e eficácia de ambas, especialmente no que se refere à estimativa de danos, são

27. Cf. favorável à admissibilidade da cláusula de exclusão total. Aguiar Dias, *Cláusula de Não-Indenizar*, p. 128, o qual, inclusive, diz que se a cláusula penal “legalmente autoriza e atinge, praticamente, o resultado objetivado por aquela – a cláusula de irresponsabilidade –, se o aspecto irrisório não estabelece a sua nulidade, pois a jurisprudência a tem sempre reconhecido [menciona o autor em nota que se refere à jurisprudência francesa] só por formalismo hipócrita se pode continuar a rejeitar a cláusula de irresponsabilidade pura e simples” (grifamos).

28. Antonio Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indenização*, Coimbra, Almedina, 1999 (reimpresão da publicação de 1990); cf. artigos 408 e ss. do novo Código Civil, especialmente parágrafo único do artigo 416. Aguiar Dias, *Cláusula de Não-Indenizar*, pp. 21 ss., também pp. 127 ss., o qual critica a expressão “pena civil negativa”.

29. Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. IV, Rio de Janeiro, Ed. Rio, Edição Histórica da edição de 1958, artigos 916 e ss., esp. 918.

30. Aguiar Dias, *Cláusula de Não-Indenizar*, p. 128.

31. Ou responsabilidade, como preleciona Pinto Monteiro, *Cláusula Penal*, p. 19.

32. Pinto Monteiro, *Cláusula Penal*, p. 11.

completamente diferentes e não permitem uma equiparação simplista. Tal sinonímia de efeitos entre a cláusula penal compensatória e a limitação de responsabilidade exige uma investigação mais acurada à frente.

Referimos aqui, ainda, o fato de que, mais e mais, verifica-se na prática contratual brasileira a existência de exclusões escritas e elaboradas conforme a prática anglo-saxônica, mais especificamente americana, pela qual há extensa referência a diversos tipos de danos não indenizáveis, tais como *consequential damages* ou *punitive damages*.³³ Tais expressões são traduzidas, muitas vezes, como “danos consequenciais”, “lucros cessantes” ou “indiretos” e “danos morais” ou “punitivos”. Tal problema transcende, todavia, a simples questão da tradução terminológica, pois que diferem não só na sua extensão, mas também no conteúdo. Enquanto os *punitive damages* referem-se ao caráter preventivo geral da condenação indenizatória, muito semelhante ao efeito preventivo geral do direito penal alemão,³⁴ e, por isso, são até conhecidos como *exemplary damages*, o dano moral transcende tal caráter, qual seja, a punição do causador do dano,³⁵ para também reparar a dor moral sofrida em razão do dano. O dano moral relaciona-se muito mais ao conceito de dignidade humana e a sua proteção do que somente ao efeito de intimidação da repetição do dano ou sua função de “pena privada”, havendo na doutrina referência até mesmo a um dano moral coletivo.³⁶ Por fim, salienta-se que no

33. Wulf H Döser, *Anglo-amerikanische Vertragsstrukturen in deutschen Vertriebs-, Lizenz- und sonstigen Vertikalverträgen*, NJW 2000, Caderno 20, pp. 1.451 ss.

34. Claus Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, I, München, CHBeck, 1997, pp. 48 ss.; Lima Lopes, *Responsabilidade Civil do Fabricante*, São Paulo, Ed. RT, 1992, p. 14.

35. Cf. já citados os julgados do STJ, REsp 2404441, 173366 e 259816; Bittar, *Reparação*, pp. 220 ss., com farta referência da jurisprudência.

36. Clayton Reis, “O dano moral”, *Revista de Direito Civil* 28, abril/junho de 1984; Carlos Alberto Bittar Filho, “Do dano moral coletivo no atual con-

direito anglo-saxônico os *punitive damages* não são admitidos na responsabilidade contratual ou, quando o são, somente em situações de quebra dolosa de contrato.³⁷

Por outro lado, ainda, os *consequential damages* incluem os lucros cessantes, mas não necessariamente os danos indiretos. O direito brasileiro afilia-se à delimitação das perdas e danos aos danos diretos e imediatos, para os quais a determinação do nexa causal é fundamental. Não obstante as diversas teorias explicativas do nexa causal (como a do fato necessário) parece ser unânime que a questão nunca poderá ser resolvida sob a batuta de uma teoria geral, ficando, muito mais, aberta à avaliação do juiz no caso concreto.³⁸ Tal discricionariedade do juiz acaba por ter como parâmetro somente o fato de que, em princípio, o dano mediato pode vir a ser indeterminado, mas não pode “exceder os justos limites”.³⁹

Para delimitarmos a presente análise, iremos tratar da eficácia e validade das cláusulas tradicionais de limitação (ou seja, aquelas que interferem diretamente na responsabilidade, quer pelo valor do montante indenizatório, quer pelos tipos de danos passíveis de serem indenizáveis) e, em razão de sua importância prática, da equiparação da cláusula penal. Outras formas de limitação indireta, como inversão do ônus

texto jurídico brasileiro”, *Revista de Direito do Consumidor* 12, outubro/dezembro de 1994.

37. Mathias Reimann, *Einführung in das US-amerikanische Privatrecht*, München, CHBeck, 1997, p. 53; Restatement 2d § 355; Kessler/ Gilmore/ Knorr, *Contracts*, Boston, Little, Brown and Company, 1986, pp. 1.112 ss.

38. Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955, p. 397, o qual cita Enneccerus: “A difícil questão de saber até onde vai o nexa causal não pode nunca ser resolvida de uma maneira plenamente satisfatória, mediante regras abstratas, ...”.

39. Alvim, *Da Inexecução*, p. 399; cf. também interessantíssimos exemplos por J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado – Principalmente do Ponto de Vista Prático*, v. XIV, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, pp. 256 ss., nos quais fica evidenciada de forma ilustrativa a problemática.

da prova, não serão analisadas com maior cura aqui.

6. Eficácia e validade das cláusulas limitadoras no Brasil

Referidas cláusulas limitadoras de responsabilidade não são *a priori* livremente admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Permitem expressamente algumas leis esparsas, aplicáveis a setores específicos, como transporte marítimo e aéreo, o uso de tais cláusulas. Todavia, não é permitida sua utilização de modo a eximir ou limitar a responsabilidade nos casos de dolo ou culpa grave. Pontes de Miranda, ao comentar a Lei n. 2.681, de 1912, que regula a responsabilidade das ferrovias no Brasil, admite a validade das cláusulas limitadoras não só para companhias ferroviárias. Em outras palavras, ao passageiro-consumidor deve ser facultado o ônus da limitação através da escolha de sua passagem.⁴⁰ Os tribunais brasileiros têm ratificado gradativamente a validade das cláusulas de limitação de responsabilidade, desde que algumas condições sejam observadas,⁴¹ mas têm repetidamente negado a validade e eficácia da estipulação contratual de exclusão. O Supremo Tribunal Federal decidiu, neste sentido, que “as cláusulas de exclusão de responsabilidade sobre acordos de transporte são inválidas”.⁴² Este entendimento tem sido acolhido pelas instâncias inferiores.⁴³

As limitações devem ser razoáveis. De outra forma, as disposições limitadoras serão consideradas pelos tribunais como excludentes e, portanto, inválidas, já que se entende como norma de ordem pública a obrigação de indenizar (artigos 159 e 1.056 do Código Civil brasileiro). Diferentemente

40. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XLV, São Paulo, Ed. RT, 1984, pp. 103 e ss.

41. RT 543/89, 546/146, 555/141. STJ, REsp 39.082-6 e 13.656.

42. Súmula 161 do STF.

43. RT 410/378, 527/177, 670/73, Súmula 130 do STJ.

das cláusulas de exclusão, as limitadoras, nos acordos firmados entre duas partes em equilíbrio, entre profissionais, que têm a oportunidade de discuti-las, de modo a expressar sua liberdade contratual, são efetivas.⁴⁴ Indenizações pessoais são, além disso, obrigatórias, como consequência dos direitos humanos reconhecidos de forma plena pela ordem constitucional brasileira.⁴⁵ De fato, as cláusulas limitadoras de responsabilidade se justificam no momento em que refletem o interesse econômico de ambas as partes no negócio jurídico.⁴⁶

De acordo com os tribunais e a doutrina brasileira, cláusulas válidas de limitação de responsabilidade devem (i) ser mutuamente aceitas pelas partes; (ii) não representar violação a normas da ordem pública brasileira (*e.g.*, contratos de adesão com consumidores); (iii) levar em consideração o interesse econômico do credor (*e.g.*, redução de preços); (iv) não excluir os danos pessoais (inclusive danos morais); (v) não incluir danos causados por condutas dolosas; e (vi) não estabelecer um valor irrisório em face do valor real do dano.⁴⁷ Evidente fica, aqui, o grau e a intensidade do controle de conteúdo que o juiz pode exercer sobre referidas cláusulas, o que, por si, já justificaria a intervenção do legislador, como no caso da Itália, na determinação, ao menos apriorística, de tais cláusulas no Brasil.

44. Ver RE 39.082-6.

45. Antônio Junqueira de Azevedo, *ob. cit.*, p. 107.

46. José Aguiar Dias, *Cláusulas de Não-Indenizar*, Forense, 1976, p. 128.

47. Cf. Aguiar Dias, *ob. cit.*, pp. 115, 116, 129, 132. Antônio Lindbergh C. Montenegro, *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1996, p. 294. Antônio Junqueira de Azevedo, "Cláusula cruzada de não indenizar, ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos contratantes – Renúncia ao direito de indenização – Promessa de fato de terceiro", in *RT* 769/103-109; Alberto do Amaral Jr., "O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas de limitação da responsabilidade nos contratos de transporte aéreo nacional e internacional", in *RT* 759/67-75. Para limitação nos casos de negligência grave, ver logo adiante no texto.

Por fim, salientamos que a limitação contratual da responsabilidade por culpa grave é contestável. No dolo não há discrepância no direito comparado quanto à inaplicabilidade da cláusula excludente, vez que o *pacto de dolo non prestando* permitiria, já na concepção dos romanos, que a relação permanecesse ao inteiro alvedrio de só uma das partes, desequilibrando totalmente a relação *debitum (Schuld) e obligatio (Haftung)*⁴⁸ e representasse verdadeiro pacto leonino, este vedado pela lei brasileira no artigo 115 do Código Civil vigente e 122 do novo Código Civil.⁴⁹ Exceto para uma minoria expressiva da doutrina,⁵⁰ a validade das cláusulas limitadoras de danos causados por culpa grave é inaceitável. Quanto mais censurável a conduta, maior a intensidade da responsabilidade.⁵¹ Contudo, a limitação contratual da responsabilidade por culpa grave não é expressamente proibida pela lei brasileira.

Encontra-se no direito comparado tendência que reconhece, a priori, a proibição da limitação em casos de culpa grave, como na Espanha, França, Itália,⁵² Alemanha e Suíça.⁵³ Com base no direito comparado, pode-se, ainda que de forma limitada, concluir que a limitação de responsabilidade é mais aceita do que a exclusão, ainda que parcial, como na França.⁵⁴ Por outro lado, embora a tendência seja a de negar validade à cláusula limitativa em casos de culpa grave, se houver motivação econômica que justifique a limitação, como no caso da res-

48. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1986, pp. 3 ss.

49. Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 188.

50. Aguiar Dias, *Cláusula de Não-Indenizar*, p. 132. Contra, ver nota acima.

51. Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação*, p. 288.

52. Cf. para doutrina favorável na Itália quanto à possibilidade de limitação, inclusive em caso de culpa grave, Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação*, p. 198, nota 386.

53. Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação*, p. 173 ss.

54. *Apud* Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação*, p. 187.

ponsabilidade das empresas ferroviárias na França, em razão do valor ínfimo das passagens, a mesma tende a ser aceita.

Tal situação de quase completa insegurança não encontrou, infelizmente, solução expressa no novo Código Civil, o qual poderia ter extirpado mais este empecilho da segurança jurídica para os empresários na sua atividade. Não caberiam, evidentemente, ao novo Código Civil brasileiro críticas pela inexistência de cláusulas gerais de equidade que tornariam as necessárias adaptações ao tempo mais simples e menos traumáticas,⁵⁵ porém a falta de objetividade na busca de soluções claras para questões tão prementes do comércio jurídico, como a limitação contratual de responsabilidade, não poderia passar à revelia de críticas, especialmente pelo fato de que a questão não é inóspita na legislação brasileira como podemos conferir adiante no Direito Internacional e nas relações de consumo.

7. Disposições de Direito Internacional aplicáveis à limitação contratual de responsabilidade no Brasil

É possível encontrar no Direito Internacional brasileiro exemplos de como a limitação de responsabilidade é um problema de ordem econômica fundamental, pois que é prevista em diversos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, em setores normalmente muito mais sensíveis ao risco ilimitado das operações, tornando a tese de sua admissibilidade ainda mais plausível e de sua regulamentação legislativa mais premente. Sob a insígnia de proteção de referidos mercados e como ferramenta para, até mesmo, evitar-se a quebra de empresas diante da complexa e imprevisível alocação de riscos no comér-

cio internacional, o Brasil tem ratificado, seguindo a tendência internacional e de outros países na América Latina, muitos tratados que envolvam limitação de responsabilidade, nomeadamente com relação a danos ambientais, no transporte marítimo e aéreo. Somente a título exemplificativo citamos os seguintes tratados com limitação de responsabilidade dos quais o Brasil⁵⁶ é parte:

a) Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo – Decreto Legislativo 74/76 e Decreto 79.437/77;

b) Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares – Decreto Legislativo 93/92 e Decreto 911/93;

c) 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 da Aeronáutica;

d) Acordo de Alcance Parcial para facilitação do Transporte Multimodal de Mercadorias de 1994 (Mercosul) – Decreto 1.563/95;

e) Convenção de Roma sobre os Danos Causados a Terceiros, na Superfície, por Aeronaves Estrangeiras, de 1952 – Decreto Legislativo 15/61 e Decreto 52.019/63;

f) Acordo sobre Contrato de Transporte e a Responsabilidade Civil do Transportador no Transporte Rodoviário Internacional de Mercadorias – Decreto 1.866/96;

Referidos tratados, embora em âmbito específico, demonstram que as referidas cláusulas de limitação podem e devem ser reconhecidas no Brasil, já que nos seus setores de aplicação a limitação é imposta de forma muito mais abrupta e, em muitos casos, até mesmo à revelia da autonomia voli-

55. Lacerda de Almeida, "Dos efeitos das obrigações – Arts. 928 a 1.078", in *Manual do Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1934, pp. 5 ss., especialmente p. 14, onde o autor menciona os conhecidos artigos 138, 226 e 242 do Código Civil alemão.

56. Cf. adendo com quadro demonstrativo dos países signatários dos referidos tratados e respectivas limitações.

tiva contratual. Curioso ressaltar que alguns tratados também prescreviam a nulidade de cláusulas excludentes de responsabilidade e a perda da limitação em casos de dolo ou culpa equiparada, conceito este, aliás, capaz de trazer mais problemas à interpretação local do conceito de culpa grave, pois que não resta claro se estaríamos falando de culpa grave ou dolo eventual.⁵⁷

Encontra a limitação de responsabilidade, ademais, disciplina legislativa não só no campo do Direito Internacional, como também, mais recentemente, no campo das relações de consumo, o que passaremos a analisar sob a perspectiva geral das normas de ordem pública.

8. Cláusulas limitadoras, relações de consumo e normas de ordem pública

Com a crise paradigmática do Direito, já no início do século XX, a prática contratual passou a experimentar novos tipos de problemas, para os quais os elementos da tradicional teoria jurídica, baseada no individualismo econômico, não encontravam respostas adequadas. Referida crise e, portanto, a necessidade de mudança expressou-se, já no início do século XX, pelo crescimento da responsabilidade objetiva e, portanto, da indústria de seguro,⁵⁸ pela socialização dos riscos laborativos nas atividades industriais e proteção dos cidadãos como consumidores e não como simples

indivíduos.⁵⁹ Surgem não só direitos de caráter coletivo, com legítima proteção estatal, como os direitos dos consumidores e a proteção ambiental, como instrumentos processuais de proteção destes direitos, como a ação civil pública, a extensão da legitimidade de agir e dos efeitos e eficácia das decisões para pessoas que não são partes do processo. Com o conceito de função social do contrato a esfera de responsabilidade civil é ampliada sem que fosse necessária mudança do quadro normativo.⁶⁰ Como resposta, no campo contratual, a limitação da responsabilidade quando afeta direitos de ordem pública, passou a ser questionada também. Tal vedação é, inclusive, norma expressa no Direito italiano.⁶¹

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, considerou-se inválida (art. 51, I, da Lei 8.078/1990) a limitação da responsabilidade nos contratos de adesão. Entretanto, os tribunais e a doutrina brasileiros têm ido mais além e reiterado a posição de não aceitar as cláusulas de limitação da responsabilidade civil nas relações de consumo, mesmo quando há permissivo de limitação já prevista em lei. O Tratado de Varsóvia, por exemplo, celebrado em 12 de outubro de 1929, incorporado em parte pelo Direito brasileiro em 1986, através da Lei n. 7.565 (Código Brasileiro de Aeronáutica), estabeleceu um limite de indenização nos caso de danos causados aos pas-

57. Cf. arts. 23 e 25 da Convenção de Varsóvia, de 1929, os quais dispunham: "Será nula, e de nenhum efeito, toda e qualquer cláusula tendente a exonerar o transportador de sua responsabilidade, ou estabelecer limite inferior ao que lhe fixa a presente Convenção, mas a nulidade desta cláusula não acarreta a do contrato, que continuará regido pelas disposições da presente Convenção" (art. 23); "Não assiste ao transportador o direito de prevalecer-se das disposições da presente Convenção, que lhe excluem ou limitam a responsabilidade, se o dano provém de seu dolo, ou de culpa sua, quando, segundo a lei do tribunal que conhecer da questão, for esta considerada equivalente ao dolo" (art. 25, grifamos).

58. João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, v. I, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 625 ss.

59. Alberto do Amaral Jr., *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, São Paulo, Ed. RT, 1993, pp. 70 ss.

60. Orlando Gomes, *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo, Ed. RT, 1980, pp. 7 ss.; Lima Lopes, *Responsabilidade Civil do Fabricante*, p. 36.

61. Cf. art. 1.229: "Cláusole di esonero da responsabilità. È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave (1490, 1579, 1681, 1694, 1713, 1784, 1838, 1900). È nullo (1421 e seguenti) altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari (1580) costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico (prel. 31)" (grifamos).

sageiros e seus pertences, em seus artigos 257, 260, 262, 269 e 277, sendo nula, no entanto, qualquer cláusula tendente a exonerar de responsabilidade o transportador (art. 247). Tal limitação engloba não apenas a destruição, perda ou avaria de bagagens e cargas, como também a morte ou lesão que o passageiro venha a sofrer durante o voo. Sucessivas decisões do STJ tem desconsiderado, porém, sua aplicação em casos que envolvam relações de consumo,⁶² sob o argumento de que o Código de Defesa do Consumidor teria derogado a limitação de responsabilidade prevista pelo Código Brasileiro de Aeronáutica. Sustentando que o Código do Consumidor tem fundamento constitucional (art. 5º, XXXII, CF), os ministros do STJ argumentam que a “antiga” lei sobre transporte aéreo, não deve limitar um direito inalienável segundo a ordem constitucional brasileira pós-1988. Não é este o lugar adequado para discutirmos tal dissidência interpretativa. Contudo, e a despeito dos argumentos a favor, tal posição do Egrégio Superior Tribunal de Justiça serve somente para gerar mais insegurança, não só nas relações jurídicas internas, mas, principalmente, desacreditar o país como membro da comunidade internacional, já que a referida convenção nunca foi denunciada.

Cabe, ainda, reiterar que, mesmo nas relações internas, conforme artigo 51, I, segunda parte do Código,⁶³ *é facultada a*

62. Reiterado decisório das turmas julgadoras do STJ, veja, por exemplo, REsp 169000-RJ, 257833-SP, 258132-SP, 257699-SP, 218288-SP; interessante é o arresto que aponta votos divergente REsp 65837-SP, não obstante a orientação majoritária da Segunda Seção no sentido da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

63. Dispõe referido artigo: “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; (...)*” (grifamos).

limitação, quando a relação jurídica se dá entre um fornecedor e uma pessoa jurídica consumidora e for justificável. Note-se que tal entendimento é relativo: a cláusula de limitação de responsabilidade deve ser clara, de modo a evidenciar as razões da limitação, *i.e.*, ser justificada. Insinua-se precipuamente com a expressão em “situações justificáveis” a necessidade de limitação nos setores de risco, onde a potencialidade de danos é alta e os custos envolvidos para saná-los poderia eventualmente “liquidar” a função social da empresa. Torna-se, outrossim, evidente, que na ocorrência de benefício econômico direto para a parte atingida pela limitação da responsabilidade – como, por exemplo, a contratação de seguro que não possui cobertura especial de lucros cessantes, cujo custo, como é de conhecimento público, é muito inferior – a limitação se daria em situação justificável. Não cabe, aqui, análise mais acurada do que pode ser justificável ou dos problemas específicos da aplicação desse código,⁶⁴ pois, de qualquer forma, tal inovação da lei consumerista não exclui o controle de conteúdo judicial ao qual repetidamente aludimos. Fato é, entretanto, que tais disposições do Código de Defesa do Consumidor reforçam a possibilidade de as cláusulas de limitação de responsabilidade serem válidas e poderem ser utilizadas como elemento de reforço de tal construção da sua validade em geral,⁶⁵ como princípios orientadores, para casos que não estão sob seu âmbito de aplicação.⁶⁶

Sob uma óptica conservadora, portanto, em benefício da segurança jurídica e da

64. Como o conceito de empresa consumidora; *JTJ* 176/49, *JTJ* 173/96; TJRS, AI 70000054783; TRF 1ª Reg., AG 01000559137; TRF 4ª Reg., EI AC 95.04.63237-8, TAMG, Ap. 217488-9.

65. Tal como a doutrina alemã lança mão dos dispositivos da legislação relativa às condições gerais de negócio. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, C. H. Beck Verlag, 1999, *infra* Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), vom 9. Dezember 1976.

66. Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação*, pp. 213 ss.

equidade nas relações jurídicas, o jurista é, ou deve ser, induzido à consideração do Código de Defesa do Consumidor na elaboração consciente de cláusulas que limitam a responsabilidade contratual.

Não de menor relevância prática, ainda, é a questão da validade do pacto de limitação relativo a danos ambientais. O entendimento, todavia, não há de ser – ao menos ao que tudo indica – por sua aceitação, pois que o direito ambiental assumiu, há muito, no Direito brasileiro posição de norma de ordem pública, e a redução da sua aplicação, ainda que limitada ao relacionamento contratual, não se coadunaria com o respeito a tal ordem pública. Referido caráter de ordem pública reflete-se especialmente na (i) forma de indenização para o dano ambiental, que se dá precipuamente com a recomposição da situação degradada; (ii) na política pública preventiva, eis que tal reparação, quando possível,⁶⁷ está associada a altíssimos custos; e (iii) no fato de haver pulverização de vítimas.⁶⁸ Não há menção específica na doutrina às cláusulas de limitação de responsabilidade. Limitam-se os doutrinadores a dizer que a responsabilidade é ilimitada e alguns defendem, até mesmo, a chamada responsabilidade total ou do risco integral, a qual englobaria danos decorrentes de força maior ou caso fortuito, não permitindo, assim, qualquer fator excludente de responsabilidade.⁶⁹

67. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 155.

68. Édis Milaré, *Direito do Ambiente*, São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 335.

69. Paulo Afonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1992, p. 475. Édis Milaré, em palestra sobre gerenciamento de riscos e seguros, também opinou neste sentido dizendo que as cláusulas de limitação de responsabilidade não devem mais ser consideradas pelo direito moderno. Cf. excelente e contundente crítica a tal conceito de responsabilidade baseado no risco integral no *Direito Ambiental brasileiro*, inclusive com elementos de direito com-

Tal problemática reflete-se, também, e especialmente, na admissão das limitações disciplinadas em tratados ratificados pelo Brasil, a semelhança do que ocorre com o Código de Defesa do Consumidor. Saliênta-se na doutrina que a Lei 6.938, de 1981, prescreve em seu art. 14 que o poluidor será obrigado, “independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”. Ou seja, o poluidor fica responsável por indenizar o meio ambiente de maneira total, não cabendo qualquer tipo de limitação. Resta, portanto, um conflito de normas, permanecendo a indagação se as cláusulas limitadoras de responsabilidade dispostas nos tratados foram revogadas ou não pela lei interna – por outras palavras, se uma lei ordinária pode, efetivamente, revogar um tratado internacional introduzido no país.

Os dissabores da responsabilidade ambiental poderão ser solucionados pelo seguro obrigatório e pela atividade preventiva e fiscalizatória do Estado, pois que do princípio da responsabilização do causador do dano passamos para o princípio da reparação do dano, o chamado poluidor-pagador (*polluter pays principle*). Todavia, tal responsabilidade ilimitada nada parece afetar a limitação de responsabilidade contratual, a qual, aliás, se sustentada por documentos próprios, elaborados segundo parâmetros internacionais de auditoria ambiental e que identifiquem com precisão o dano e seu causador, haverá de ser respeitada entre as partes.⁷⁰ Não parecem, portanto, ser as regras do Direito ambiental incompatíveis com a permissão da limitação da responsabilidade no âmbito contratual.

parado, em Andreas Joachim Krell, “Concretização do dano ambiental. Objeções à teoria do ‘risco integral’”, in *Jus Navigandi* 25 [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1720> [capturado 8.4.2002].

70. Cf. sobre auditoria ambiental proficiente trabalho de Rodrigo Sales, *Auditoria Ambiental*, São Paulo, LTr, 2001.

9. *Cláusula penal como limitação de responsabilidade*

Retomamos, agora, ponto muito interessante das formas de limitação de responsabilidade. Com a intensificação das relações comerciais com países anglo-saxônicos e das negociações contratuais envolvendo mais de uma única jurisdição, especialmente com o processo de privatização no Brasil, nos anos 90 do século XX, e de investimentos nas áreas de infra-estrutura, tornou-se comum a eleição de legislações consideradas “imparciais” ou, mesmo, de conhecimento difundido, como as leis do Estado americano de New York (muito semelhante ao histórico do Direito romano, resguardada as diferenças ontológicas), e ampliou-se, por conseqüência, mesmo nas negociações internas de contratos, a dúvida a respeito da possibilidade de se aplicar a pena contratual compensatória como instrumento de delimitação dos danos, à semelhança do conceito dos danos liquidados (*liquidated damages*) do direito anglo-saxônico, cuja conformação, embora não seja de pena contratual, pena esta proibida nos sistemas anglo-saxônicos, também se dá como estimativa prévia de danos, tal como dispõe o artigo 918 do Código Civil vigente (artigo 410 do novo Código Civil). Tais dúvidas ou, mesmo, ansios foram, ademais, corroboradas diretamente pelas incertezas que circundam a cláusula limitativa de responsabilidade e dos seus pressupostos jurídicos de tibia concreitude.

Considerando, assim, a função de estimar de forma antecipada o montante da indenização, impõe-se, obviamente, à prática, a indagação sobre a possibilidade de as partes contratadas introduzirem a limitação com o auxílio de cláusula penal, indagação esta tratada de modo muito contundente na doutrina alemã.⁷¹ Tal proximidade da cláusula penal indenizatória com

os danos pré-estabelecidos do sistema anglo-saxônico (*liquidated damages*) não deve obscurecer, todavia, os pressupostos de validade e problemas que circundam a cláusula penal compensatória, para o que tornam-se necessárias algumas considerações propedêuticas.

No Direito brasileiro estrutura-se a cláusula penal em dois tipos: a penitencial (art. 917 do Código Civil; art. 411 do novo Código Civil) e a compensatória (ou substitutiva, ou indenizatória; art. 918 do Código Civil; art. 410 do novo Código Civil). De interesse aqui a compensatória, a qual revela como principais características dispostas em lei, (i) ser substituta das perdas e danos (“converter-se-á em alternativa a benefício do credor”);⁷² (ii) poder ser estipulada até o valor total da obrigação principal (art. 920 do Código Civil; art. 412 do novo Código Civil); (iii) independe da alegação de prejuízo (art. 927 do Código Civil; art. 416 do novo Código Civil); e (iv) poder o credor somente exigir o prejuízo excedente à pena se provado e assim convencionalado.

O caráter substitutivo da cláusula penal subtrai ao juiz o poder de decidir sobre o valor da indenização e dá ao credor o direito de escolher o cumprimento da pena ou exigir perdas e danos.⁷³ Tal natureza substitutiva da cláusula penal compensatória reflete exatamente o seu caráter coercitivo, dado que, se os danos efetivos forem de difícil prova, independentemente da sua extensão, o credor poderá optar pela indenização.⁷⁴ Ora, tais características da pena contratual compensatória declara de forma clara sua autonomia em relação à cláusula limitativa: para a cláusula limitativa a prova dos danos é inafastável e seu limite pode ser superior ao valor da obrigação principal. Pode-se inferir, portanto, que tais cláu-

72. Os artigos 918 do Código Civil e 410 do novo Código Civil não diferem quanto a esta questão.

73. Mucio Continentino, *Da Cláusula Penal no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva & Co. Editores, 1926, p. 35.

74. Continentino, *Da Cláusula Penal*, p. 240.

71. Pinto Monteiro, *Cláusula Penal*, pp. 509 ss., o qual faz interessante análise da distinção entre multa contratual (*Vertragsstrafe*) e limitação de indenização (*SchadensersatzpauSchale*).

sulas podem ter, em grande número de casos, efeitos semelhantes (limitação da indenização e/ou responsabilidade), mas dependendo da extensão dos danos efetivos (se os danos efetivos forem menores que o valor estimado em cláusula penal), a função coercitiva da cláusula penal será evidenciada. Ora, evidentemente não se pode, porém, negar que a cláusula penal pode servir de interessante instrumento de limitação dos riscos, se supusermos que seus pressupostos não estão sujeitos a indagações judiciais como os da cláusula limitativa de responsabilidade. É o que veremos.

Para ser efetiva a limitação, a cláusula penal não poderá ser uma alternativa a benefício do credor, pois que, somente assim, o risco estará em qualquer situação delimitado. Surge, aqui, a primeira indagação. Trata o dispositivo legal do Código Civil de norma de ordem pública (*ius cogens*) ou simples norma dispositiva, passível de regulação diversa pelas partes?⁷⁵ Com efeito, a dificuldade em aceitar tal regra como direito dispositivo está na própria natureza da pena convencional, a qual, sem a alternatividade, pode perder sua potencialidade de instrumento de coerção, já que o devedor estará ciente que não resta a alternativa ao credor de exigir integralmente as perdas e danos.

Resta ainda avaliar se os dispositivos do Código Civil foram revogados pelo Decreto 22.626 de 1933, como prelecionava Clóvis Bevilacqua.⁷⁶ Dividiram-se, doutri-

na e jurisprudência, com relação a esta questão. Enquanto para Clóvis Bevilacqua os artigos 8º e 9º⁷⁷ do Decreto 22.626 de 1933 haviam levado a cláusula penal do Código Civil à morte, parte da doutrina e jurisprudência entendia ser aplicável referido Decreto somente aos contratos de mútuo.⁷⁸ Esta última orientação ganhou espaço e firmou-se no Brasil, inclusive no Supremo Tribunal Federal.⁷⁹ Não obstante ser esta orientação relativamente assente, não há como concordar com a aplicação do Decreto 22.626 de 1933 somente a contratos de mútuo. Com muito mais razão, propriedade e soberania interpreta Pontes de Miranda que a limitação imposta pelos artigos 8º e 9º do Decreto 22.626 de 1933 não revogaram os dispositivos da cláusula penal compensatória do Código Civil e apli-

São Paulo, Ed. RT, 1984, p. 65, o qual diz ser dispositivo o princípio do artigo 918 com relação ao caráter alternativo da pena convencional, dizendo, por consequência, que também pode haver multa penitencial para o total inadimplemento, o que não muda em nada a problemática aqui apontada.

77. Dispõem referidos artigos: "Art. 8º. As multas ou cláusulas penais, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogados, e não for intentada ação judicial para cobrança da respectiva obrigação. Parágrafo único. Quando se tratar de empréstimo até Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) e com garantia hipotecária, as multas ou cláusulas penais convencionadas reputam-se estabelecidas para atender, apenas, a honorários de advogados, sendo as despesas judiciais pagas de acordo com a conta feita nos autos da ação judicial para cobrança da respectiva obrigação (acrescido pela Lei 3.942, de 21.8.1961). Art. 9º. Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida".

78. Carvalho Santos, *Código Civil*, p. 301, o qual entende que o "decr. n. 22.626, de 1933, alterou o Código Civil no tocante às cláusulas penais estatuídas em contratos referentes a empréstimos de dinheiro, pois determina que as cláusulas penais, em tais casos, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogados (art. 8º)", cf. Rodrigues, *Código Civil*, p. 278, especialmente notas 355 a 357, o qual aplaude tal orientação; cf. claramente contra Pontes de Miranda, *Tratado*, p. 68.

79. Rodrigues, *Código Civil*, p. 278, porém mostra-se inseguro com relação ao caráter majoritário de tal orientação jurisprudencial.

75. Carvalho Santos, *Código Civil*, p. 343, diz sobre a disponibilidade de uma das regras da cláusula penal, porém não há referência específica ao caráter substitutivo, apud Silvio Rodrigues, *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 275, especialmente nota 353; cf. também p. 276, onde o autor declara sua tendência em aceitar o caráter cogente do artigo 413 do novo Código Civil.

76. Cf. Bevilacqua, *Código Civil*, observações aos artigos 920 e 927, onde o autor deixa claro seu entendimento no sentido de estarem os dispositivos do Código Civil relativos à pena convencional revogados pelo Decreto 22.626 de 1933, apud Rodrigues, *Direito Civil*, pp. 276 ss.; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, t. XXVI,

cam-se, de forma diferenciada e parcial, às diferentes penas convencionais lá disciplinadas. Portanto, enquanto o artigo 8º somente se aplicaria às multas substitutivas (compensatórias), o artigo 9º se aplica somente às penas cumulativas (multas penitenciais).⁸⁰ Poderiam, assim, ser resumidas as colocações de Pontes de Miranda: penas cumulativas podem ser estipuladas até o valor de 10%, e nas penas compensatórias, estariam já incluídos os valores das despesas judiciais e honorários advocatícios.

Com o novo Código Civil, porém, impõe-se ademais a indagação da revogação dos artigos 8º e 9º do Decreto 22.626 de 1933. Se prevalecer o vetusto entendimento de que tal decreto se aplica somente aos contratos de mútuo (e ressalte-se que, mesmo aqui, a interpretação de Pontes de Miranda não deixa de ser necessária para aplicação lógica do diploma), não estarão revogados, como lei especial que são. Contrariamente, entretanto, há de haver entendimento da sua revogação.

Podemos inferir do exposto acima que não somente os pressupostos da pena convencional não estão completamente livres de questões interpretativas, que irão ocupar os juízes, o que, de resto, não representaria, portanto, vantagem de sua utilização em contratos, como meio alternativo de limitação, mas em sua função precípua de

pena convencional residem elementos, como a desnecessidade de provar o prejuízo e a limitação ao valor da obrigação principal, que a tornam efetivamente distinta de uma simples limitação.

10. Considerações finais

Podemos concluir que as cláusulas limitativas de responsabilidade, não obstante serem, em princípio, válidas, estarão sempre sujeitas à avaliação do Judiciário, cujo processo de convencimento⁸¹ traz, obviamente, incertezas para o empresário que confia na limitação de seus riscos, vez que tais cláusulas estarão sujeitas ao controle de conteúdo mencionado na doutrina alemã (*Inhaltskontrolle*) e, portanto, ao crivo de conceitos subjetivos como razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé. Não tem a cláusula penal o condão de ser instrumento que possa substituir com eficácia plena a cláusula de limitação da responsabilidade. Tal situação indica, portanto, que o novo Código Civil deveria, ao menos, dispor de forma expressa sobre tal possibilidade.⁸²

Todas estas variáveis tornam o trabalho de análise e confecção das cláusulas de limitação muito mais acurado, mas revelam fato primordial para o empresário: o de que a limitação contratual não tem sua eficácia garantida *a priori*.

81. Kazuo Watanabe, *Da Cognição no Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, 1987, p. 43, o qual sentencia de forma magistral que, na "verdade, o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procurar os expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele é capaz, para justificar a conclusão".

82. Cf. em anexo proposta de reforma legislativa.

80. Pontes de Miranda, *Tratado*, pp. 68 ss.

Tratado	Eficácia e vigência no Brasil	Limitações principais
Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo	Decreto Legislativo 74/76 e Decreto 79.437/77	Prevê (art. 5º, § 1º) a limitação da responsabilidade do proprietário da embarcação a um montante total de 2.000 francos franceses por tonelagem do navio. Todavia, tal valor não poderá exceder 210 milhões de francos franceses, desde que o incidente não tenha sido provocado por falta pessoal do proprietário e que o mesmo constitua um fundo, cuja soma total represente o limite de sua responsabilidade, junto ao tribunal ou qualquer outra autoridade competente de qualquer um dos Estados contratantes. Não ocorreu adesão aos protocolos de 1976 e 1992, os quais, basicamente, modificaram a referência dos valores para DES e aumentaram os mesmos. Os valores dos limites foram ainda consideravelmente elevados pelo protocolo de 2000: (i) para um navio até 5.000 toneladas, a responsabilidade está limitada a 4,51 milhões de SDR (apr. US\$ 5,78 milhões) (sob o protocolo de 1992 o limite era 3 milhões de SDR (apr. US\$ 3,8 milhões); (ii) para um navio entre 5.000 e 140.000 toneladas, a responsabilidade está limitada a 4,51 milhões de SDR (apr. US\$ 5,78 milhões) mais 631 SDR (US\$ 807) por tonelada adicional acima de 5.000 (sob o protocolo de 1992, o limite era de 3 milhões de SDR (apr. US\$ 3,8 milhões) mais 420 SDR (US\$ 537,6) por tonelada adicional); (iii) para um navio acima de 140.000 toneladas, a responsabilidade está limitada a 89,77 milhões de SDR (apr. US\$ 115 milhões) (sob o protocolo de 1992, o limite era 59,7 milhões de SDR (apr. US\$ 76,5 milhões)
Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares	Decreto Legislativo 93/92 e Decreto 911/93	Permite a cláusula de limitação de responsabilidade (art. 5º), desde que a limitação não seja inferior a 5 milhões de dólares americanos por acidente nuclear. O Decreto Legislativo n. 93, de 1992, que aprovou o texto da Convenção de Viena de 21.5.1963 (que dispõe sobre a Responsabilidade Civil por Danos Nucleares) além de fixar um limite temporal para a exigibilidade prática (direito da vítima de requerer indenização prescreve em 10 anos) e definir cláusulas exonerativas (como no caso de acidentes ocorridos em razão de uma guerra) limita a responsabilidade a um valor máximo de indenização suportável, que no caso da Convenção é de valor "não inferior a 5 milhões de dólares por acidente nuclear". Fica o explorador da matéria radioativa obrigado a contratar um seguro de modo a garantir o pagamento de uma eventual indenização. O Brasil não é signatário do protocolo de 1997.
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 da Aeronáutica, Decreto 2.860 de 1998 (Protocolos de 1975 em Montreal)	Estabeleceu diretrizes básicas para o transporte aéreo internacional, permitindo a limitação de responsabilidade com base no <i>risco aéreo</i> . Foi ratificado pelo Brasil e incorporado através da Lei n. 7.565, de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), e é válido em quase todos os sistemas jurídicos do mundo. Os limites originais eram de 125.000 francos por passageiro, 250 francos por kg de mercadoria e 5.000 francos pela bagagem de passageiro. Referidos valores foram alterados pelo protocolo de Haia (250.000 francos por passageiro, 250 francos por kg de mercadoria e 5.000 fran-

		cos pela bagagem de passageiro) e pelos protocolos assinados em Montreal em 1975 (Protocolos I e II), os quais foram ratificados pelo Brasil com o Decreto 2.860, de 1998 (8.300 ou 16.600 DES – Protocolo II – por passageiro, 17 DES por kg de mercadoria e 332 DES pela bagagem de passageiro). É controversa a aplicação de referidos protocolos no Brasil.
Acordo de Alcance Parcial para Facilitação do Transporte Multimodal de Mercadorias de 1994 (Mercosul)	Decreto 1.563/95	Fixa a responsabilidade do operador de transporte multimodal a 666,27 DES.
Convenção de Roma sobre os Danos Causados a Terceiros, na Superfície, por Aeronaves Estrangeiras, de 1952	Decreto 52.019/63 e Decreto Legislativo 15/61; Decreto 3.256/99 (Protocolo de 1978 em Montreal)	Limita o valor a ser pago a título de indenização pelo explorador da aeronave por danos causados pela aeronave estrangeira em vôo ou por pessoa ou coisa dela caída, com base no peso da aeronave. O protocolo de Montreal limita a responsabilidade do explorador da aeronave estrangeira com base no peso da aeronave, bem como a responsabilidade do explorador da aeronave em caso de pessoa falecida ou acidentada. Os valores passaram a ser entre 300.000 DES e 2.500.000 DES (mais 65 DES por kg que passe de 30.000 kg) para os danos, 125.000 DES para morte ou lesão.
Acordo sobre Contrato de Transporte e a Responsabilidade Civil do Transportador no Transporte Rodoviário Internacional de Mercadorias	Decreto 1.866/96	Estabelece o procedimento de execução de acordos de transporte rodoviário internacional e define e delimita a responsabilidade do transportador em caso de perdas ou avarias na mercadoria, assim como atraso na sua entrega. A indenização pela perda total ou parcial das mercadorias será determinada segundo o valor de tais mercadorias, não podendo o montante exceder o limite máximo de US\$ 3 por quilograma de peso bruto transportado, salvo se previamente acordado valor maior entre as partes.

Proposta de Reforma Legislativa

Projeto de Lei n. (...)

Lei n. (...), de (...) de (...) de 200(...)

Reformula e acrescenta parágrafos aos artigos 389, 402, 410 e 475 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o novo Código Civil brasileiro.

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Os artigos 389, 402, 410 e 475 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

“TÍTULO IV

– DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES

Capítulo I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 389. Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo ou no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

§ 1º. Poderão as partes pactuar de boa-fé a limitação da sua responsabilidade, sendo, entretanto, nulas de pleno direito quaisquer cláusulas que excluam integralmente a responsabilidade de qualquer das partes, ou limitem a responsabilidade em caso de dolo ou culpa grave.

§ 2º. Referida limitação de responsabilidade será considerada nula e não terá qualquer eficácia nos contratos de adesão ou nas relações de consumo, salvo se forem pessoas jurídicas e a limitação for justificável.”

“Capítulo III – DAS PERDAS E DANOS

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei ou a limitação de responsabilidade pactuada pelas partes de forma válida, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

(...).”

“Da Cláusula Penal

(...)

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimple-

mento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor. Não poderão as partes pactuar a obrigação do credor em exigir somente a pena contratual.

(...).”

“Seção II – Da Cláusula Resolutiva

(...)

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos, respeitada eventual limitação contratual de responsabilidade.

(...).”

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, (...) de (...) de 200(...); 18(...)^º da Independência e 11(...)^º da República.”