Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Ciro Rangel Azevedo

Cláusula de não indenizar: proposta de revisão dos requisitos de validade a partir da noção de risco em contratos empresariais

Doutorado em Direito

São Paulo
2024

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Secretaria Acadêmica de Pós-Graduação

Ciro Rangel Azevedo

Cláusula de não indenizar: proposta de revisão dos requisitos de validade a partir da noção de risco em contratos empresariais

Doutorado em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito (Núcleo de Pesquisa em Direito Civil), sob a orientação do Professor Doutor Giovanni Ettore Nanni.

São Paulo
2024

CIRO RANGEL AZEVEDO

CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR: PROPOSTA DE REVISÃO DOS REQUISITOS DE VALIDADE A PARTIR DA NOÇÃO DE RISCO EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Banca Examinadora: _____

Professor Doutor Orientador Giovanni Ettore Nanni – PUC/SP

_____

_____

_____

_____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa, Myrian, ao meu filho, Gabriel, e ao meu enteado, Guilherme.

Dedico também aos meus pais, Heitor e Ana Beatriz, e à minha madrasta Mariane, com quem aprendi a importância do caráter, comprometimento e humildade.

Aos meus irmãos e irmã, Cássio, Éric e Lara, que acompanharam esta difícil etapa acadêmica, sempre com muito incentivo e amor.

Por fim, dedico este trabalho também ao meu orientador, Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni, pela influência na minha formação acadêmica e pela contribuição inestimável ao Direito Civil brasileiro.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao Professor Doutor Giovanni Ettore Nanni, pela valiosa e paciente orientação ao longo desses quatro anos de trajetória no doutorado, sempre com espírito contributivo e incentivador.

Agradeço a todos professores do curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sempre muito solícitos para contribuições e sugestões, os quais me proporcionaram uma experiência acadêmica engrandecedora e inesquecível.

Agradeço, ainda, às Diretoras Jurídicas da Braskem S.A., Cristiana Lapa e Cristiane Silvestre, e, ainda, à Alessandra Araripe, João Milton, Ricardo Weyll e Rogério Bautista, líderes que sempre incentivaram a minha vocação acadêmica no ambiente corporativo.

ABREVIATURAS E SIGLAS

AgIns	-	Agravo de Instrumento
ApCiv	-	Apelação Cível
CC/02	-	Código Civil de 2002
CC/16	-	Código Civil de 1916
CDC	-	Código de Defesa do Consumidor
CF/1988	-	Constituição Federal de 1988
CJF	-	Conselho de Justiça Federal
CNSP	-	Conselho Nacional de Seguros Privados
COSO	-	*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*
CPC/15	-	Código de Processo Civil de 2015
DJe	-	Diário de Justiça Eletrônico
EPC	-	*Engineering, Procurement and Construction*
Rel.	-	Relator
REsp	-	Recurso Especial
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
STF	-	Supremo Tribunal Federal
SUSEP	-	Superintendência de Seguros Privados
TJSP	-	Tribunal de Justiça de São Paulo

RESUMO

O trabalho sugere uma proposta de revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar nos contratos empresariais a partir da noção fenomenológica do risco, compreendido como o produto resultante da análise de probabilidade e impacto de eventos adversos que podem ocorrer ao longo do programa contratual. A cláusula de não indenizar já foi explorada por obras literárias no Brasil e no exterior, que fazem referência a determinados requisitos de validade. Este trabalho se propõe sugerir a revisão desses requisitos introjetando-lhes a noção essencial do risco e de sua alocação entre as partes por meio da cláusula de não indenizar, como expressamente permitido pela lei de liberdade econômica, de forma a compreender a real utilidade e função desta cláusula no universo dos contratos empresariais complexos. Neste contexto, o trabalho fará uma abordagem acerca (i) do risco enquanto fenômeno econômico e social, (ii) da autonomia privada, como princípio basilar que fundamenta a livre alocação de riscos contratuais por meio das mais variadas estipulações contratuais, e (iii) dos contratos empresariais, que são negócios que possuem uma lógica própria baseada no mercado e na alocação de riscos. Risco é depreendido da análise do binômio probabilidade-impacto sobre os mais variados eventos que podem recair sobre o programa contratual, incluindo o inadimplemento e seus efeitos, os quais compreendem as perdas e danos. Neste sentido, este trabalho busca explicar em que medida a cláusula de não indenizar pactuada nos denominados contratos empresariais no pleno exercício da autonomia privada tem por base a lógica da gestão de risco, depreendido da análise de probabilidade e impacto, notadamente àquele pertinente à indenização emergente do inadimplemento contratual, passando a representar um interesse jurídico merecedor de tutela. Por fim, esta obra propõe a revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar, como usualmente tratado pela doutrina tradicional, tendo por pano de fundo essa compreensão do risco, enquanto produto da análise de probabilidade e impacto, presente nas relações jurídicas, notadamente em operações econômicas complexas reguladas por contratos empresariais. Esta abordagem permitirá depreender a possibilidade de estipulação da cláusula de não indenizar em contratos empresariais, mesmo em hipóteses tradicionalmente reputadas como inválidas segundo a doutrina tradicional, desde que presentes interesses jurídicos merecedores de tutela, incluindo a legítima atividade de gestão de riscos emergentes do contrato.

Palavras-Chave: Cláusula de Não Indenizar; Requisitos de Validade; Alocação de Risco; Probabilidade; Impacto; Contratos Empresariais. Interesse Jurídico.

ABSTRACT

This thesis suggests a proposal for the revision of the validity requirements of the exclusion and limitation of indemnification clause in business contracts from the phenomenology notion of risk, deemed as a product resulting from the analysis of probability and impact arising from adverse events which may occur throughout the contractual program. The exclusion and limitation of indemnification clause has already been explored by academic works in Brazil and abroad, which refer to determined legal requirements to ascertain its validity. This work suggests to review these legal requirements, introjecting the essential notion of risk and its allocation between the parties through the exclusion and limitation of indemnification clause, as expressly permitted by the economic freedom law, in order to comprehend the real utility and function of this clause in the universe of the complex business contracts. In this context, this work will carry out an investigation with regards to (i) the risk as economic and social phenomenon, (ii) the private autonomy of the parties, as a core principle that supports the free allocation of contractual risks through the most diverse provisions, and (iii) the business contracts, which are agreements that have a singular logic based on the market and risk allocation. Risk is extracted from the analysis of the binomial probability-impact over the most varied events that may happen throughout the contractual program, including the breach and its effects, which encompass the damages. In this sense, this work seeks to explain in what manner the exclusion and limitation of indemnification clause agreed on business contracts in the full exercise of private autonomy has its basis in the logic of risk management, notably the effects of indemnification arising from a potential contractual breach, converting it into a protected legal interest. Finally, this work addresses the review of the legal requirements of the exclusion and limitation of indemnification clause, as commonly treated by the traditional doctrine, with the background of the comprehension of risk as a product of the analysis of probability and impact in the legal relations, notably in complex economic transactions governed by business contracts. This approach shall permit to comprehend the possibility of establishing the exclusion and limitation of indemnification clause in business contracts, even in hypothesis traditionally deemed as invalid by the traditional doctrine, provided that legitimate legal interest is present, including the activity related to risk management arising from the contract.

Keywords: Exclusion Clause; Validity Requirements; Risk Allocation; Probability; Impact; Business Contracts; Legal Interest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....11
1 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR.....16
1.1 Conceito e Modalidades.....16
1.2 Tipos de Cláusulas de Não Indenizar.....19
1.2.1 Limitação do Montante da Indenização.....20
1.2.2 Exclusão de determinados tipos de danos.....23
1.2.3 Equiparação a Hipóteses de Caso Fortuito e Força Maior.....24
1.2.4 Cláusulas sobre os Fundamentos da Responsabilidade.....26
1.2.5 Inversão do Ônus da Prova.....31
1.2.6 Limitação Temporal.....33
1.2.7 Cláusula sobre Garantias Patrimoniais.....36
1.3 Cláusula de Não Indenizar e Institutos Afins.....39
1.3.1 Cláusula de Não Indenizar e Cláusula Penal Compensatória.....39
1.3.2 Cláusula de Não Indenizar e Delimitação do Objeto do Contrato.....43
1.3.3 Cláusula de Não Indenizar e Transação.....47
1.3.4 Cláusula de Não Indenizar e Seguro de Responsabilidade Civil.....50
1.4 Cláusula de Não Indenizar e Responsabilidade Extracontratual.....55
1.5 Natureza Jurídica: Negócio Jurídico de Alocação de Riscos.....61
1.6 Regime Jurídico da Cláusula de Não Indenizar no Código Civil de 2002.....65
1.6.1 Introdução aos Requisitos da Cláusula de Não Indenizar na Doutrina Tradicional.....78
1.7 Interpretação da Cláusula de Não Indenizar no Ambiente dos Contratos Empresariais.....84
2 O FENÔMENO DO RISCO.....92
2.1 Considerações Gerais sobre o Risco.....93
2.2 Do Determinismo à Probabilidade: o reconhecimento da incerteza e a semente do risco.98
2.3 Incerteza no Direito.....101
2.3.1 Causalidade da Ciência Natural *versus* Imputação Jurídica.....101
2.3.2 Incerteza nos Contratos e sua conversão em Risco.....108
2.4 Distinção entre Incerteza e Risco.....111
2.5 Dimensões do Risco.....118
2.6 Gestão e Tratamento do Risco.....125
2.6.1 Alocação, Segregação e Distribuição de Riscos.....129
2.6.2 Gestão de Riscos Empresariais.....133

2.7 Uma proposta metodológica de conceituação do risco: o binômio probabilidade-impacto 138
3 AUTONOMIA PRIVADA, CONTRATOS EMPRESARIAIS E NEGOCIAÇÃO DE RISCOS 141
3.1 Autonomia Privada 142
3.2 Os Contratos Empresariais 158
3.3 Liberdade Contratual para Alocação Convencional de Riscos segundo a Lei de Liberdade Econômica 165
3.4 Risco e Interesse Jurídico nos Negócios Jurídicos 176
3.5 Risco e Causa nos Negócios Jurídicos 183
3.5.1 Seguro 187
3.5.2 Evicção 193
3.5.3 Caso Fortuito e Força Maior 196
3.5.4 Revisão Contratual e Resolução por Onerosidade Excessiva 200
3.5.5 Cláusula Resolutiva Expressa 208
3.5.6 Transação 215
3.5.7 Garantias 217
4 GESTÃO DO RISCO DO INADIMPLEMENTO 221
4.1 Uma breve digressão sobre Responsabilidade e sua Regulação Privada 221
4.2 Gestão Contratual do Risco do Inadimplemento 225
4.2.1 Inadimplemento Contratual como um Risco da Convenção 225
4.2.2 Os Efeitos do Inadimplemento como Riscos 230
4.2.2.1 Risco de sujeição ao pagamento de Perdas e Danos e Demais Consectários Legais 231
4.2.2.2 Risco de Resolução Contratual 249
4.2.2.3 Risco de Exigência de Cumprimento do Contrato: Execução Específica (Mora) ou Satisfação pelo Equivalente (Inadimplemento Absoluto) 255
4.2.2.4 Risco de Oposição de Exceção de Contrato Não Cumprido 258
4.2.2.5 Risco de Oposição de Direito de Retenção 264
4.2.3 Outros Riscos Emergentes do Inadimplemento 268
5 REVISÃO DOS REQUISITOS DE VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR EM CONTRATOS EMPRESARIAIS A PARTIR DA NOÇÃO DE RISCO 270
5.1 Revisão do Requisito do Dolo e Culpa Grave 273
5.2 Revisão do Requisito da Ordem Pública 303

5.3 Revisão do Requisito referente às Obrigações Essenciais do Contrato.....309
5.4 Revisão do Requisito de Danos Pessoais.....319
5.5 O exame concreto da validade da cláusula de não indenizar: a percepção de risco em contratos empresariais 325
CONCLUSÕES.....328
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....331

INTRODUÇÃO

A relação entre o contrato e o fenômeno do risco é ambivalente, isto é, ao mesmo tempo em que o contrato serve de instrumento de gestão de riscos negociais, também é produtor de novos riscos.

Em cenários de grande incerteza, notadamente os relacionados à estruturação de complexos empreendimentos e sofisticadas operações econômicas, os agentes empresariais buscam antever os possíveis eventos adversos que podem acometer o negócio e regulam, *ex ante*, como as consequências serão alocadas entre as partes, mitigando, assim, a incerteza relacionada aos impactos dos riscos mapeados. O inadimplemento está incluído neste exercício de previsão de eventos futuros e incertos que podem acometer o programa contratual.

Os agentes econômicos se valem dos mais variados negócios jurídicos para regular esses riscos predeterminados, abrangidos os contratos típicos, ou seja, aqueles em que o plano de distribuição de riscos já está predeterminado como resultado do regime legal previsto na lei, e os contratos atípicos, fruto do mais genuíno exercício da autonomia privada, mais especificamente por meio do desenvolvimento de novos contratos e estipulações.

É dentro deste contexto que emerge a cláusula de não indenizar, isto é, como uma estipulação que tem por finalidade distribuir entre as partes contratantes um risco emergente da relação jurídica contratual, mais especificamente o risco da indenização por perdas e danos resultante do inadimplemento.

Com efeito, a cláusula de não indenizar consiste em negócio jurídico atípico por meio do qual as partes contratantes estipulam que, no caso de inadimplemento contratual, o devedor estará isento total ou parcialmente da obrigação de indenizar o credor. A referida cláusula abrange as modalidades de exclusão da indenização, em que o devedor estará exonerado integralmente do dever de indenizar, e de limitação do dever de indenizar, quando a cláusula visa limitar o alcance da indenização resultante do inadimplemento.

No Direito brasileiro, é assente que a referida estipulação não recebe um tratamento ordenado e sistematizado pelo Código Civil brasileiro, de forma que a legitimidade da avença se escora preponderantemente na autonomia privada das partes. Há, contudo, disposições esparsas que permitem depreender hipóteses de admissibilidade e de vedação expressa para tais estipulações.

Neste sentido, prevalece na doutrina especializada e jurisprudência nacionais o entendimento segundo o qual as partes podem, no exercício de sua autonomia privada, estipular

a cláusula de não indenizar, desde que observados os requisitos legais exigíveis para os negócios jurídicos em geral e determinados pressupostos sobre os quais discorreremos ao longo do presente trabalho.

Com efeito, a doutrina tradicional indica como requisitos de validade da cláusula de não indenizar no Direito brasileiro determinados pressupostos específicos, sendo eles: (1) seu pacto não deve prevalecer nos casos de dolo ou culpa grave; (2) a estipulação não pode violar ordem pública e/ou normas cogentes; (3) sua celebração não pode prevalecer em face de obrigações essenciais do contrato; e (4) a cláusula não pode ter como objeto a indenização decorrente de danos pessoais. Para os propósitos dessa pesquisa, os itens acima serão considerados como os requisitos de validade da cláusula de não indenizar atribuídos pela doutrina clássica, cuja revisão com base na noção fenomenológica de risco em contratos empresariais é a tese central proposta neste trabalho.

É bem verdade, vale destacar, que a doutrina contemporânea já tem refletido sobre alguns desses requisitos de validade com base em abordagem preponderantemente jurídico-dogmática. Nesta tese, contudo, se busca trazer a abordagem sobre a aplicação e compatibilidade de tais requisitos da cláusula de não indenizar a partir da noção fenomenológica do risco e suas dimensões (probabilidade e impacto), bem como sobre as particularidades de sua efetiva aplicação no contexto dos contratos empresariais, ambiente em que a alocação de riscos é de sua essência. O resultado é que a atual hermenêutica sobre a cláusula de não indenizar e seu regime jurídico, desprovida da perspectiva baseada preponderantemente na noção fenomenológica do risco e sem a sua necessária ambientação nos contratos empresariais, pode reduzir o espaço de manejo desse importante instrumento contratual no tráfego jurídico empresarial.

Pensemos, por exemplo, em contratos de empreitada de complexos empreendimentos. Nesses casos, inexistindo disposição limitando o dever de indenizar em benefício do empreiteiro, a sua responsabilização integral, dadas as cifras vultosas envolvidas, pode simplesmente inviabilizar suas atividades. Os efeitos deletérios associados às proibições da cláusula de não indenizar, em razão da exigência de verificação de tais requisitos, não se restringem ao contrato em si, mas podem afetar a sociedade como um todo, com perdas de emprego, redução da arrecadação tributária e encarecimento do preço dos serviços.

Desta forma, a justificativa do presente trabalho se situa na necessária demonstração sobre a possibilidade de estipulação da cláusula de não indenizar em contratos empresariais, mesmo em hipóteses tradicionalmente reputadas como inválidas segundo a doutrina tradicional,

desde que presentes interesses jurídicos merecedores de tutela, incluindo a legítima atividade de gestão de riscos emergentes do contrato.

Com efeito, faz-se importante destacar uma relevante delimitação de contexto desta pesquisa, que se insere no âmbito dos denominados contratos empresariais paritários celebrados por sociedades empresárias no pleno exercício da autonomia privada, com exclusão de outros regimes especiais e/ou caracterizados por algum grau de vulnerabilidade negocial e/ou que se possa questionar a liberdade contratual dos convenentes, como os contratos de consumo, contratos de adesão, contratos celebrados por um agente sob dependência econômica de sua contraparte, dentre outros casos. Isto porque, nos contratos empresariais, a autonomia privada adquire maior densidade e relevo, na medida em que são estabelecidos por agentes econômicos empresariais que buscam maximizar racionalmente seus interesses, sempre com o intuito de lucro.

Logo, o problema dessa pesquisa é anunciado pela seguinte questão: os requisitos de validade da cláusula de não indenizar devem ser revistos a partir da noção fenomenológica de risco e de sua aplicação no ambiente dos contratos empresariais?

Assim, o objetivo geral da tese consistirá em demonstrar que, a partir da noção fenomenológica do risco, e, ainda, da compreensão de sua inserção em contratos empresariais complexos, os requisitos de validade da cláusula de não indenizar merecem a revisão proposta neste trabalho, de forma a compreender o seu real conteúdo e alcance enquanto requisitos legais deste relevante negócio jurídico no universo empresarial.

Para alcançar este objetivo geral, o presente trabalho deverá endereçar determinados objetivos específicos, cujas conclusões servirão de substratos teóricos à formulação pretendida, no sentido de constatar a necessidade de revisão dos requisitos da cláusula de não indenizar pactuada em contratos empresariais.

O primeiro objetivo específico, desenvolvido ao longo do Capítulo 1, se concentrará na descrição da cláusula de não indenizar, suas modalidades, tipos, distinções em relação a institutos afins, alcance em relação aos danos decorrentes de responsabilidade extracontratual, natureza jurídica, regime jurídico geral e interpretação. Também será feita uma breve introdução aos requisitos de validade da cláusula de não indenizar, como atribuídos pela doutrina clássica, os quais essa tese pretende, ao final, propor a revisão a partir da noção fenomenológica do risco em contratos empresariais.

Na sequência, no Capítulo 2, este trabalho explorará o fenômeno fático-social do risco. Neste sentido, abordaremos ao longo do presente estudo o risco como um fenômeno fático inerente às relações humanas e que pode ser definido, a partir da literatura especializada, como

o produto tangível e quantificável obtido pela análise científica de probabilidade e impacto de ocorrência de um ou mais eventos adversos futuros que podem ocorrer, a respeito dos quais o analista do risco toma decisões racionais baseadas na utilidade esperada. Esta abordagem permitirá compreender como o inadimplemento pode ser analisado e convertido em risco objetivamente aferível, a partir das análises de probabilidade e impacto, de modo que passe a ser alocado entre as partes por meio da estipulação de uma cláusula de não indenizar, cujos requisitos devem ser definidos com base nesta constatação hermenêutica.

A temática do risco já foi objeto de várias obras literárias nos mais diversos campos científicos. No campo jurídico, todavia, há reduzida produção acadêmica que tenha explorado o risco nos contratos empresariais, embora não se ignore que o tema é, em certa medida, abordado quando da análise de diversos institutos que têm o risco como pressuposto, como uma referência genérica à sua distribuição por meio de contratos ou a possibilidade de consumação de uma perda e/ou de efeito jurídico desvantajoso.

Não é pretensão e objetivo desta tese exaurir todos os aspectos relacionados ao complexo fenômeno do risco, que é um tema essencialmente multidisciplinar. Contudo, as suas dimensões essenciais - a probabilidade e impacto -, bem como a análise racional a partir da utilidade esperada pelo analista do risco, segundo a literatura de referência sobre o tema, em sua grande maioria não relacionada à ciência do Direito, serão abordadas de forma a viabilizar a análise da sua natureza, enquanto interesse jurídico e econômico merecedor de tutela, passível de regulação por negócios jurídicos, abrangida a cláusula de não indenizar. Tratar do risco é estruturante, à medida em que a Lei de Liberdade Econômica alçou o expediente de sua alocação ao posto de princípio orientador na teoria geral dos contratos, nos termos de seu Art. 421-A, inciso II, como veremos ao longo deste trabalho.

Vale ressaltar que todas as cláusulas que compõem um contrato têm alguma percepção de risco. Até mesmo seu preâmbulo, local em que as partes são definidas, gera alguma percepção de risco associada ao perfil das partes, sua reputação, capacidade de pagamento etc. Este trabalho tem por enfoque, contudo, os riscos associados ao inadimplemento e um de seus efeitos mais proeminentes, que é a indenização por perdas e danos. É sobre tais riscos que a cláusula de não indenizar atua para racionalmente regulá-los.

Nesta perspectiva, a conceituação do risco é determinante para entender como a cláusula de não indenizar serve de instrumento para a regulação de um risco específico emergente da convenção, que é a indenização por perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual, um evento futuro e incerto que pode acometer o programa contratual, e que está sujeito ao exame de probabilidade e impacto, cujas análises integrarão o

processo de tomada de decisão sobre o risco a partir da utilidade esperada. Entendida esta premissa, por decorrência lógica, se constatará que os requisitos de validade da cláusula de não indenizar, como consagradamente atribuídos pela doutrina tradicional, admitem a revisão na extensão proposta neste trabalho.

No Capítulo 3, tratar-se-á de outro objetivo específico dessa pesquisa, que consiste em abordar o conteúdo e alcance da autonomia privada das partes nos denominados contratos empresariais, especialmente no que tange à regulação de riscos contratuais. Essa abordagem será importante para compreender as características de tais contratos, notadamente o perfil de seus contraentes e a finalidade perseguida, de forma a justificar a necessária confrontação deste ambiente com os requisitos da cláusula de não indenizar estipuladas em tal ecossistema contratual. A partir deste embate, demonstrar-se-á o mérito desta tese quanto à proposta de revisão do referidos requisitos.

No Capítulo 4, por sua vez, a tese se dedicará à digressão sobre a possibilidade de regulação contratual do inadimplemento e dos seus diversos efeitos, os quais devem ser compreendidos como riscos emergentes do contrato, conduzindo ao convencimento de que a cláusula de não indenizar é mais uma das diversas modalidades contratuais de regulação convencional da responsabilidade civil contratual, mais especificamente de um dos seus efeitos jurídicos, que é a indenização por perdas e danos. Os seus requisitos de validade, nesta medida, devem ser aderentes à esta compreensão, e não servirem de ilegítimo óbice à sua livre adoção no ambiente dos negócios jurídicos empresariais.

Por fim, no Capítulo 5, chega-se ao momento de tratar especificamente da proposta de revisão dos requisitos legais da cláusula de não indenizar a partir da noção fenomenológica do risco em contratos empresariais.

1 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

1.1 Conceito e Modalidades

A cláusula de não indenizar consiste em estipulação contratual por meio da qual as partes, no exercício da autonomia privada, afastam ou limitam a indenização resultante do inadimplemento contratual. A referida disposição também é conhecida por cláusula de irresponsabilidade[1], cláusula de exoneração e limitação de responsabilidade ou, ainda, cláusula de exoneração e limitação da indenização.

A despeito das divergências doutrinárias sobre a nomenclatura mais apropriada[2], optamos pela denominação de cláusula de não indenizar por entender que a expressão traduz o real objetivo da estipulação, que é regular apenas e tão somente um dos efeitos do inadimplemento e, por conseguinte, da responsabilidade contratual, qual seja, a indenização por perdas e danos.

São duas as modalidades da cláusula de não indenizar: uma tem como propósito exonerar por completo o dever de indenizar decorrente do inadimplemento contratual, denominada de cláusula de exoneração da indenização, ao passo que a outra visa apenas limitar o seu alcance, quando assume a feição de cláusula de limitação da indenização. Nas palavras

---

[1] Apesar da obra de sua autoria ser "Cláusula de Não Indenizar", José de Aguiar Dias explora o instituto sob a denominação de cláusulas de irresponsabilidade. Neste sentido, assim se posiciona o autor: "a cláusula de irresponsabilidade é, por definição, uma convenção e, também por definição, pressupõe uma obrigação eventual e futura de indenizar, que ela antecipadamente afasta. Sendo assim, a sua construção jurídica usual é a de estipulação integrante de uma convenção, isto é, de cláusula acessória de um contrato. Pode, entretanto, aparecer como ato isolado ou declaração unilateral do devedor eventual da obrigação de indenizar, de origem não contratual." (DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 33).

[2] Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira aborda as controvérsias existentes: "Porém, conforme já mencionado anteriormente, não devemos deixar de observar que a cláusula que agora estudamos é muito comumente denominada pela doutrina como 'cláusula de limitação de responsabilidade', ou 'cláusula de irresponsabilidade', entre outras inúmeras denominações que têm como núcleo dizer, de alguma forma, que ela teria como efeito jurídico evitar o surgimento da responsabilidade. Em uma primeira constatação, é importante dizer que os autores que se referem a tais termos não estão, em princípio, totalmente equivocados, porquanto a grande maioria realmente está atenta à diferença existente entre dever de indenizar e responsabilidade contratual – diferença da parte em relação ao todo -, embora ainda optem por fazer referência à 'responsabilidade' à designação que dão à figura. Ademais, de um ponto de vista geral, nos parece muito preciosismo apontar o total equívoco da denominação, ainda que, do ponto de vista do rigor metodológico, seja possível dar razão por seus fundamentos àqueles que preferem exclusivamente a denominação de 'cláusula de limitação do dever de indenizar' ou 'cláusula de não indenizar'. Por outro lado, se é verdade que a cláusula retira um dos efeitos jurídicos da responsabilidade, por que não seria possível dizer que, de um modo geral, tal avença não seria um verdadeiro limite à responsabilidade? Ora, a responsabilidade sem uma das suas consequências pode muito bem ser identificada como uma responsabilidade 'limitada', uma vez que tolhida de um dos seus principais efeitos. Daí por que, caso se atente para os detalhes de seu funcionamento, não há necessidade em se declarar em princípio a impropriedade do termo 'cláusula de limitação de responsabilidade'." (BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 114).

de José de Aguiar Dias, "enquanto, na cláusula limitativa, o devedor, reconhecendo a falta, oferece ressarcimento, na cláusula meramente exonerativa o que pleiteia é não ressarcir"[3].

A despeito da referida distinção entre modalidades exoneratória e limitativa, a doutrina alerta que a referida distinção pode se mostrar problemática, especialmente em situações em que, pelas suas características, podem fazer surgir várias ou apenas uma espécie de dano. Por exemplo, tendo as partes pactuado a exclusão dos lucros cessantes decorrentes do descumprimento contratual, a cláusula é exoneratória ou limitativa? A resposta dependerá da premissa e do universo de danos oriundos do inadimplemento. Sendo diversas as lesões, em princípio, a cláusula será limitativa (porque retira uma espécie do dano), porém se o único tipo de dano que resultar do inadimplemento for o lucro cessante, a cláusula poderá se revestir de natureza exoneratória. Do mesmo modo, ainda que sob a forma contratual limitativa do dever de indenizar, se o teto máximo fixado for irrisório em comparação ao montante total da indenização, o efeito real da estipulação será de exclusão da indenização. Por isso, em Portugal, a doutrina tem indicado que a diferença entre as modalidades seria quantitativa e não propriamente qualitativa[4], o que não é acompanhado plenamente pela doutrina nacional[5].

De todo modo, a distinção se mostra relevante sob a perspectiva jurídico-dogmática, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro faz a distinção entre as modalidades, influenciando nas hipóteses em que a estipulação é admitida ou proibida, como será abordado.

Em razão de seu propósito e efeitos, a cláusula de não indenizar desafia alguns dogmas preponderantes na teoria geral da responsabilidade civil, especialmente no que tange ao princípio da reparação integral do dano, que orienta a exegese da indenização a ser paga pelo devedor ao credor em razão da inexecução contratual.

---

[3] DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)**. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 19-20.

[4] Azeredo Perdigão afirma "a diferença que se verifica nos dados dos dois problemas é só quantitativa e não qualitativa" (AZEREDO PERDIGÃO, José de. O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 6, n. 3-4, p. 25-63, 1946); António Pinto Monteiro, no mesmo sentido, afirma que "aparentemente, a cláusula limitativa não passa de uma exclusão parcial (e a cláusula exoneratória de uma limitação total da responsabilidade), não sendo mais do que simples variante da cláusula dde exclusão" (MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 175).

[5] "Aliás, a própria distinção entre cláusulas de limitação e exoneração que, do nosso ponto de vista, não é uma mera questão de grau (distinção quantitativa), mas de natureza (distinção qualitativa) não impede que determinados ordenamentos jurídicos deem a elas o mesmo tratamento (como é o caso do Código Civil italiano e do Código de Obrigações suíço)". (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 189. *e-book*).

O referido princípio está previsto no Art. 944[6] do CC/02, de acordo com o qual a indenização se mede pela extensão do dano. Segundo este preceito, o credor tem direito à recomposição integral e plena do patrimônio que fora lesado em decorrência do inadimplemento.

Contudo, o mencionado princípio não é absoluto, e admite relativização quando se está diante de outros princípios, de igual estatura jurídica, dentro da lógica de ponderação de interesses[7]. Vale ressaltar que a própria lei, em determinadas circunstâncias, excepciona a regra, como são os casos da exclusão dos danos indiretos, por ausência de nexo causal, nos termos do Art. 403[8] do CC/02, e da cláusula penal compensatória, que neutraliza o pedido de indenização suplementar, consoante Art. 416, parágrafo único[9]. É neste momento que a autonomia privada assume protagonismo, autorizando as partes a autorregulamentarem reciprocamente seus interesses, desde que preservados os princípios que ordenam a teoria geral dos contratos.

É de se destacar que a autonomia privada somente tem o seu exercício considerado legítimo quando tem por objetivo viabilizar interesses jurídicos merecedores de tutela. Desta forma, a autonomia privada não poderá servir como instrumento de abusos e caprichos contratuais, divorciados da eticidade, socialidade e operabilidade, princípios que ordenaram a elaboração do CC/02[10].

Nesta ordem de ideias, a estipulação da cláusula de não indenizar tem por objetivo regular o risco consubstanciado na indenização pelo inadimplemento, afastando por completo a sua incidência ou apenas limitando o seu alcance. O interesse das partes ao convencionar a cláusula de não indenizar consiste em conter o potencial impacto da indenização resultante de eventual inadimplemento, dadas as características do negócio subjacente[11]. Não se trata, pois,

---

[6] BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção I, Brasília, p. 1, 11 jan. 2002. "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano."

[7] Humberto Ávilla aborda o tema da ponderação de interesses na hipótese de conflito entre princípios e também para conflito entre regras. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 10).

[8] Isso se depreende da locução "direto e imediato", conforme reza o dispositivo: "Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual."

[9] "Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente."

[10] REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, data de 16 de Janeiro de 1975. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, ed. esp., parte 1, p. 9-34, fev./jun. 2002.

[11] "A limitação de responsabilidade propriamente dita está contida nos mecanismos de prevenção de ocorrência do fato temido. A instrução e o aprendizado representam maneiras de se tentar evitar a ocorrência do evento danoso, ao passo que a transferência do risco a outro sujeito e o compartilhamento do risco representam formas de

de expediente reprovável adotado pelo devedor para evadir-se de sua responsabilidade, mas, inversamente, em instrumento de alocação eficiente de riscos emergentes do inadimplemento, como será demonstrado ao longo deste trabalho por meio do estudo do fenômeno do risco e de suas dimensões.

Com efeito, as partes, por meio da estipulação da cláusula de não indenizar, ao perceberem e dimensionarem o risco da indenização por inadimplemento, por meio de percepções de probabilidade e impacto deste potencial evento, tomam decisões racionais com base na utilidade esperada e optam por distribuí-lo em suas esferas contratuais, de modo que o devedor possa ser absolvido ou ter o dever de indenizar a que está exposto por lei delimitado, suportando o credor o risco de não ser integralmente indenizado. E fazem isso por escolhas conscientes que integram o racional econômico da operação[12].

A cláusula de não indenizar, pois, tem o risco como seu objeto, que se desdobra por intermédio da livre alocação das consequências de materialização do inadimplemento e do dever de indenizar resultante segundo a conveniência e racional por elas estabelecidos. O risco, neste caso o risco de sujeição à indenização resultante de eventual inexecução contratual, enquanto objeto da cláusula de não indenizar, passa a ser um interesse merecedor de tutela jurídica, e enquanto tal, deve ser preservado em atenção ao princípio da autonomia privada.

Naturalmente, o princípio da autonomia privada, do qual emana a cláusula de não indenizar, somente é merecedor de tutela jurídica quando exercido em conformidade com o Direito.

1.2 Tipos de Cláusulas de Não Indenizar

No item anterior, foi explicado que a cláusula de não indenizar abrange a disposição para afastar por completo o dever de indenizar, na sua feição exoneratória, bem como o acordo para limitar o montante da indenização, quando assume a dimensão apenas limitativa do dever

---

alocação efetiva dos riscos, seja para exonerar (transferência do risco), seja para limitar (compartilhamento do risco) a responsabilidade do agente causador do dano." (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63-64. *e-book*).

[12] Segundo Fábio Henrique Peres, as estipulações desta natureza "Visam, assim, a garantir uma maior segurança, tanto negocial quanto jurídica, aos sujeitos de determinada relação, distribuindo entre as partes os possíveis encargos decorrentes de eventuais danos. Permitem, inclusive, a realização de cálculos matemáticos e projeções no sentido de quantificar os riscos financeiros envolvidos em determinada situação preestabelecida, cuja previsibilidade anterior muitas vezes pode ser determinante na decisão empresarial. Dessa forma, ao estabelecer regras de redistribuição, na forma pretendida pelas partes, dos eventuais prejuízos materiais decorrentes de determinada relação preestabelecida, as cláusulas de não indenizar podem servir de verdadeiro instrumento de fomento da economia, viabilizando a atividade produtiva." (PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 44).

de indenizar. Sucede que as referidas modalidades podem se manifestar de diversas formas no âmbito do contrato. Passaremos agora a falar sobre os tipos de cláusulas de não indenizar tradicionalmente abordados pela doutrina especializada.

O objetivo deste tópico consiste em apresentar os diferentes tipos de cláusulas de não indenizar, cujos requisitos de validade representam o tema central deste trabalho.

1.2.1 Limitação do Montante da Indenização

Uma das formas mais recorrentes de cláusula de não indenizar consiste nas estipulações contratuais que estabelecem um limite máximo para o montante da indenização. O limite pode ser definido por um valor fixo, por percentual sobre a composição total dos danos a serem apurados ou, ainda, por meio de valor determinável depreendido de uma fórmula matemática, dentre outras manifestações, cada uma com suas respectivas implicações[13].

Uma vez estipulado um valor máximo da indenização, o efeito direto da estipulação é delimitar o montante total da indenização, proporcionando ao devedor a vantagem de conhecer, na partida, o limite indenizatório de sua responsabilidade contratual, aspecto que certamente integrará o processo de decisão acerca do fechamento do negócio e, em muitos casos, o racional econômico da operação. Como consequência, advindo o inadimplemento, a indenização será apurada até o referido limite máximo estipulado, suportando o devedor a perda até o referido montante, e o credor o excedente, numa típica avença de distribuição dos riscos emergentes da indenização por inadimplemento.

Caso o montante indenizatório apurado seja inferior ao estabelecido na cláusula de não indenizar, o devedor será obrigado a indenizar a quantia integral efetivamente aferida, e não a quantia definida na cláusula como limite máximo da indenização. Na verdade, a cláusula de não indenizar, na hipótese, não será aplicável, pois a indenização terá sido apurada em valor inferior ao limite contratualmente estabelecido. Sobre este ponto, trazemos o posicionamento de Carlos Alberto da Mota Pinto, *in verbis*:

> Particularmente generalizada, esta última – cláusula limitativa do montante da indenização – consiste num valor máximo acordado pelos contraentes como

[13] Neste sentido, Fábio Henrique Peres assim esclarece: "No caso específico das cláusulas contratuais restritivas do dever de indenizar, tal limite pode ser estabelecido tanto por meio da indicação de um valor fixo quanto por meio da previsão de um determinado percentual a ser aplicado sobre o valor total dos danos eventualmente aferidos em decorrência de certo inadimplemento contratual, como, ainda, por meio de um valor determinável através da aplicação de uma dada fórmula matemática, dentre outras manifestações, cada qual com suas relevantes implicações práticas" (PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 87).

> limite que a indenização não poderá ultrapassar. As partes convencionam antecipadamente que a indemnização não poderá ir além de certo montante, recebendo o credor uma soma inferior à que lhe seria devida, nos termos gerais, desde que esta, no caso concreto, ultrapasse aquele limite, previamente acordado. Se o prejuízo efectivo, porém, for inferior ao limite máximo fixado, é de acordo com ele que será determinado o montante a pagar ao credor, não tendo este direito a uma soma mais elevada.[14]

Depreende-se dessa característica da cláusula de não indenizar, em sua modalidade limitativa do montante da indenização, que, uma vez apurada a indenização e sendo ela inferior ao estabelecido como teto máximo na convenção, o montante a indenizar é aquele resultante da liquidação, e não àquele descrito na cláusula, o que já sinaliza a distinção deste instituto em relação à cláusula penal compensatória, sobre a qual falaremos em item específico.

Se as partes optarem por uma cláusula restritiva do dever de indenizar por meio da fixação de um percentual sobre o total da indenização devida, o rito para a sua aplicação é alterado. Com efeito, primeiramente, deverá ser apurada a indenização total devida em razão do inadimplemento. Assim, uma vez identificado o valor global da indenização, incidirá o percentual contratualmente definido, o que implicará na obrigação do devedor de indenizar o credor pelo resultado da operação matemática, suportando o credor a diferença entre o resultado apurado e o valor total da indenização a que teria direito.

Apesar de produzir o efeito de limitação do montante da indenização, este tipo de cláusula distingue-se daquela por meio da qual se estipula um valor fixo máximo pelas seguintes razões principais: primeiro, nesta cláusula o devedor não tem a vantagem de conhecer o tamanho do risco associado à indenização, como ocorre na modalidade de definição de valor fixo máximo; segundo, na modalidade de fixação de valor máximo, existe a possibilidade de não incidência da cláusula na hipótese de a indenização apurada se mostrar inferior ao valor definido como limite máximo, ao passo que na modalidade de fixação de percentual sobre o valor global, ao menos que inexista o que indenizar, esta sempre incidirá, com a determinação do que cabe ao devedor indenizar e o que o credor suportará como perda. Ana Prata explica a distinção:

> Em ambos os casos se tendo como objeto o limitar do quantitativo da indemnização, no primeiro [indicação de uma soma a *forfait*], o limite convencional apenas se destina a atuar quando os danos concretamente verificados sejam de montante excedente, enquanto no segundo [estabelecimento de uma percentagem de reparabilidade do valor dos danos verificados] o limite opera sempre, seja qual for a extensão dos danos. Assim,

[14] PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito civil**. 3. ed., 5. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 591-592.

> enquanto no primeiro caso há uma eventual parcial exclusão da responsabilidade, no segundo tal parcial exoneração é necessária.[15]

Por fim, a outra modalidade recorrente de cláusula de limitação do montante da indenização consiste na estipulação contratual por meio da qual as partes concebem fórmula matemática cujo resultado servirá como montante máximo a ser indenizado. Na concepção da fórmula, as partes podem escolher as premissas e variáveis que julgam adequadas para a aferição do montante da indenização a ser paga pelo devedor ao credor diante do cenário de inadimplemento. Esta cláusula também tem a vantagem de proporcionar ao devedor a possibilidade de estimar o risco global das perdas e danos resultantes de eventual imputação de inadimplemento por meio do exercício hipotético de aplicação dos parâmetros da referida fórmula.

Independentemente da modalidade de cláusula limitativa do dever de indenizar, o que se depreende de tais arranjos contratuais é o intuito de regular o risco decorrente do inadimplemento, notadamente a indenização dele resultante, cuja apuração e reconhecimento deverá seguir o rito contratualmente estipulado.

Isso é feito, na origem, a partir de percepções de probabilidade e impacto do evento adverso do inadimplemento, convertendo esta incerteza em risco objetivamente verificável, que passa a ser alocado contratualmente pelas partes, por meio de decisões racionais tomadas com base na utilidade esperada, no pleno exercício da autonomia privada.

Em outras palavras, as partes, quando se lançam a pactuar uma cláusula de limitação da indenização, fazem um exercício de probabilidade acerca de potenciais alegações de inadimplemento de uma parte à outra e do montante indenizatório a que a parte indenizadora estaria exposta. Além da probabilidade, examinam também o impacto de eventual reconhecimento do dever de indenizar em sua integralidade. Com base na matriz de risco resultante desta análise, as partes, dentro de um julgamento sobre a utilidade esperada do negócio, pactuam, assim, uma cláusula de limitação de indenização que delimita a extensão do risco que a parte indenizadora estaria disposta a correr. A parte indenizável, por sua vez, em contrapartida à renúncia parcial de seu potencial crédito indenitário, buscará alguma vantagem tangível ou intangível desta decisão negocial. É a partir da compreensão deste exercício alocacional de riscos pelas partes que pretendemos construir toda a tese acerca da revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar.

---

[15] PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 86-87.

1.2.2 Exclusão de determinados tipos de danos

A cláusula de não indenizar também pode se manifestar por intermédio da convenção em que as partes expurgam determinados tipos de danos que, segundo a lei, devem compor a indenização por perdas e danos e demais consectários legais. Exemplos frequentes na prática contratual abrangem a exclusão dos lucros cessantes, dos mencionados danos indiretos[16] e/ou determinados tipos de danos do montante indenizatório.

Como é cediço, vigora no Direito brasileiro em matéria de responsabilidade civil o princípio da reparação integral do dano, nos termos do Art. 944 do CC/02, de acordo com o qual "a indenização mede-se pela extensão do dano". Nesta linha, o Art. 402 do CC/02 estabelece que "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar". O referido dispositivo determina, portanto, que a indenização abrange os danos emergentes e os lucros cessantes.

A indenização também contempla os consectários legais, são eles os juros, correção monetária e honorários de advogado, como também pode abranger, a depender do caso concreto, outros tipos de danos, como a perda de uma chance e danos extrapatrimoniais decorrentes do inadimplemento contratual.

A modalidade de cláusula de não indenizar em análise neste tópico tem por objetivo excluir uma ou mais dessas rubricas da composição global da indenização, o que, naturalmente, importará na redução e até mesmo na exclusão completa do *quantum* indenizatório, a depender da natureza do dano resultante do inadimplemento. Representa, pois, uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, que encontra guarida na autonomia privada das partes contratantes.

Do mesmo modo, se extrai de convenções desta natureza um lícito exercício de distribuição dos riscos associados à materialização do inadimplemento e indenização dele resultante. As partes regulam, na partida, quais os danos que deverão compor o montante indenizatório, alocando entre si as vantagens e desvantagens do mencionado arranjo contratual. Fazem isso a partir da configuração do inadimplemento como uma incerteza sujeita a

[16] Apesar de ser relativamente frequente encontrar na prática empresarial a exclusão dos danos indiretos, o Art. 403 do CC/02 é claro ao dispor que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, o que significa dizer que os danos indiretos já não são indenizáveis por ausência de nexo causal.

percepções de probabilidade e impacto, convertendo-se em risco objetivamente verificável, que passa a ser alocado contratualmente pelas partes, por meio de decisões racionais tomadas com base na utilidade esperada, no pleno exercício da autonomia privada.

1.2.3 Equiparação a Hipóteses de Caso Fortuito e Força Maior

Segundo o Art. 393[17] do CC/02, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou força maior, salvo se houver se responsabilizado por tais eventos. O parágrafo único do referido dispositivo define o caso fortuito e/ou força maior como o "fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."

Com efeito, o caso fortuito e/ou força maior são fatos excludentes da responsabilidade civil, de modo que ensejam a ruptura do nexo causal, elo necessário entre o dano e a conduta do ofensor. Disso resulta que o devedor não estará obrigado a indenizar se o inadimplemento tiver sido resultado da ocorrência dos referidos eventos.

O reconhecimento do caso fortuito e/ou da força maior depende de uma série de fatores, que escapam o objeto do presente trabalho. Aqui interessa saber como este instituto pode servir como instrumento de neutralização do dever de indenizar, em equivalência à típica cláusula de não indenizar.

Pois bem. Em razão do efeito relacionado à exoneração da responsabilidade civil contratual, notadamente no que tange ao dever de indenizar, é facultado às partes contratantes, no exercício da autonomia privada, equiparar contratualmente eventos como caso fortuito e/ou força maior, visando a não configuração do inadimplemento, resultando, assim, na exoneração ou limitação do dever de indenizar. Assim, nas palavras da doutrina, "tipificam-se, no contrato, dados factos que, do mesmo passo, são convencionalmente qualificados como casos fortuitos ou de força maior: fala-se nessas hipóteses em casos de força maior assimilados ou em presunções de força maior"[18]. Os referidos eventos não seriam, necessariamente, segundo os requisitos da lei, caracterizados como caso fortuito e/ou força maior, mas, por convenção, passam a ser a estes equiparados, de forma a se obter os mesmos efeitos exoneratórios da indenização.

António Pinto Monteiro explica o racional desta estipulação:

---

[17] "Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado."

[18] PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2020, p. 65.

> A exclusão da responsabilidade do devedor poderá conseguir-se através da equiparação, por iniciativa e acordo das partes, de certas situações a casos de força maior.
> Mais concretamente, poderão as partes, ao contratar, estipular que certos acontecimentos, a ocorrerem, exonerarão o devedor. Desta forma, os contraentes equiparam certos acontecimentos, por si próprios enumerados, a casos de força maior, os quais, sem esse acordo prévio, poderiam não exonerar o devedor, por não constituírem sempre, necessariamente, casos de força maior.[19]

Guilherme Valdetaro Mathias, ao comentar sobre os contratos de *Engineering, Procurement and Construction* (EPC), assinala que em tal modalidade contratual é comum a convenção acerca dos eventos classificados antecipadamente como força maior, numa atividade típica de alocação de riscos, *in verbis*:

> Essa modalidade contratual complexa e sofisticada tem ainda como uma de suas características a tentativa das partes de definir, de forma muito precisa, a alocação dos riscos mediante a elaboração de diversas cláusulas contratuais que vão desde a definição do que deve ou não ser considerado como caso fortuito e força maior - além de seus efeitos - até a estipulação de cláusulas limitativas e impeditivas do dever de indenizar, que consistem no objeto desta pequena reflexão.[20]

Trata-se, verdadeiramente, de estipulação contratual que tem por objetivo reduzir a incerteza relacionada à interpretação e reconhecimento judicial dos eventos como caso fortuito ou força maior, ou seja, querem as partes limitar o risco de determinados eventos, pelas características legais, não serem configurados como excludentes de responsabilidade.

Como consequência, caso o evento contratualmente equiparado se materialize, as partes sabem de antemão que nenhuma indenização será devida de uma parte a outra. Trata-se, portanto, de uma forma indireta de excluir a indenização ou, havendo concausas, limitar o seu montante.

A exigência para a validade deste tipo de cláusula é que o evento descrito pelas partes não esteja sujeito ao controle de uma das partes, sob pena de desvirtuar a estipulação, que tem

---

[19] MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 107.

[20] MATHIAS, Guilherme Valdetaro. A cláusula de não indenizar e a obrigação de construir com segurança e solidez. **Migalhas de Peso**, [*s. l.*], 1 jun. 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/387514/clausula-de-nao-indenizar-e-obrigacao-de-construir-com-seguranca. Acesso em: 21 jul. 2023.

por base a impossibilidade de cumprir em razão de um fato cujos efeitos não era possível se impedir, nos exatos termos da regra legal aplicável[21].

Neste contexto, o expediente de equiparação de eventos como caso fortuito e/ou força maior também produz efeitos equivalentes à estipulação de cláusulas de não indenizar, assumindo a feição exoneratória em alguns casos e limitativa em outros, especialmente quando se está diante de concausas.

Tal expediente é realizado porque as partes contratantes, especialmente a potencial parte indenizadora, compreende que (i) há uma alta probabilidade de ocorrência de situações que podem gerar discussões acerca de sua caracterização ou não como força maior; e (ii) que o impacto do eventual não reconhecimento do caso fortuito e da força maior, impondo-lhe o ônus de permanecer obrigado à prestação ou, se não cumprir, estar exposto às consequências do inadimplemento, é relevante. Com base em tais percepções que possui, o devedor faz um julgamento sobre sua utilidade e busca inserir a cláusula de equiparação para mitigar esse risco predeterminado. O credor, por outro lado, também faz análise de risco semelhante, podendo chegar até mesmo a resultados equivalentes àqueles alcançados pelo devedor, especialmente quanto à aferição da probabilidade. No entanto, avalia como razoável a solicitação, que poderia ser exigida por outras contrapartes, e avalia que o risco de ficar desprovido daquela prestação oferecida pelo devedor, que pode se negar a contratar se a cláusula não for acolhida, é mais relevante do que aceitar uma estipulação de equiparação como a proposta, podendo ou não exigir uma contrapartida negocial, tudo dentro da órbita da autonomia privada dos seus estipulantes, especialmente nos contratos empresariais.

1.2.4 Cláusulas sobre os Fundamentos da Responsabilidade

De acordo com o regime de Direito privado brasileiro, a responsabilidade civil contratual pressupõe a verificação da conduta culposa do agente ofensor, que é presumida da simples inexecução do contrato, não havendo necessidade de demonstração de qualquer modalidade específica de culpa para a configuração do inadimplemento.

---

[21] António Pinto Monteiro afirma que tal situação caracterizaria *venire contra factum proprium*, conforme se depreende da seguinte passagem: "Parece-nos sublinhar depender a sua validade, por um lado, do facto de os acontecimentos equiparados pelas partes a casos de força maior serem suficientemente determinados e precisos; por outro lado, será de exigir, para que esses acontecimentos possam exonerar o devedor, que os mesmos não lhe sejam imputáveis – doutra forma cair-se-ia num inadmissível *venire contra factum proprium* – e escapem ao seu poder de controlo" (MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 109).

A despeito da irrelevância da gravidade da culpa para o surgimento da responsabilidade civil[22], as partes podem, no exercício da autonomia privada, qualificá-la no caso concreto, dispondo que o devedor somente indenizará o credor nos casos envolvendo inadimplemento decorrente de dolo ou culpa grave, por exemplo. As partes, portanto, inserem voluntariamente elementos qualificadores do inadimplemento para o surgimento da responsabilidade.

Na prática, esta disposição contratual transfere ao credor o ônus de comprovar que o devedor atuou com dolo ou culpa grave, ao passo que o devedor estará exonerado, de partida, do dever de indenizar em casos de descumprimento contratual decorrente de culpa leve. Ou seja, a estipulação assume a natureza de cláusula de não indenizar se o credor não conseguir demonstrar dolo ou culpa grave e nos casos de inadimplemento por simples culpa leve.

António Pinto Monteiro explica com clareza o objeto da mencionada cláusula:

> Uma outra forma porque tradicionalmente se procura limitar a responsabilidade consiste em restringir os fundamentos ou pressupostos desta (*haftungsvoraussetzunger*), acordando as partes, por exemplo, que o devedor só responderá no caso de ter agido com dolo ou culpa grave.
> Estipulada esta cláusula, o credor não poderá, pois, vir a exigir indemnização no caso de o devedor ter actuado com culpa leve. O que significa, afinal, que esta cláusula limitativa – porque limitativa dos fundamentos da responsabilidade, *rectius* do grau de culpa do devedor – acaba por traduzir-se, na prática, numa cláusula de exclusão por culpa leve, exonerando-se o devedor sempre que o incumprimento não lhe seja imputável por dolo ou culpa grave.[23]

Tal estipulação ilustra uma modalidade de cláusula de não indenizar que atua sobre o fundamento da responsabilidade, sendo este fundamento a culpa, que passa a ter uma qualificação específica para efeitos do surgimento da responsabilidade contratual e do consequente dever de indenizar.

Vale ressaltar que esta modalidade de cláusula sobre os fundamentos da responsabilidade, de modo geral, não isenta o devedor por completo da indenização em toda e qualquer situação. Permanecerá ele responsável integral, sem limitação, nos casos especificados no contrato, que são aqueles praticados com dolo ou culpa grave, no exemplo trazido neste item. Porém, em relação aos atos praticados por culpa leve, o que deverá ser avaliado pelo órgão judicante à luz do caso concreto, restará o devedor plenamente exonerado do dever de indenizar

---

[22] Tais gradações, contudo, ainda gozam de relevância no que pertine à mensuração da indenização, como, por exemplo rezam os Arts. 944, parágrafo único, e 945, do CC/02.

[23] MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 106-107.

por sequer ter se configurado a responsabilidade contratual da qual o efeito reparatório é consequência.

Outras formas de estipulação de cláusula de não indenizar que atua sobre os fundamentos da responsabilidade, conforme elucida Fabio Henrique Peres, são aquelas que exoneram o devedor de responsabilidade no caso de mora ou por atos de terceiros auxiliares ou representantes[24]. Este último caso merece uma maior digressão.

A doutrina aponta como modalidade de cláusula de não indenizar a estipulação que exonera ou limita a indenização resultante de descumprimento contratual praticado por atos de auxiliares ou representantes do devedor. O tema ganha especial relevo no ordenamento jurídico português, que possui dispositivo legal específico regulando a matéria[25].

A este respeito, o CC/02, em seu Art. 932, III, regula a responsabilidade objetiva do "empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele". O referido dispositivo é complementado, ainda, pelo Art. 933, segundo o qual o empregador ou comitente responde pelos atos dos terceiros ali mencionados.

A conjugação dos mencionados artigos permite depreender a regra da responsabilidade por atos dos auxiliares e representantes é a de que o devedor é responsável perante o credor por tais atos, como se tivessem sido praticados pelo próprio devedor. Isto porque, em relação aos seus auxiliares, empregados e demais sujeitos subordinados, os referidos agentes não são propriamente "terceiros" estranhos à relação jurídica, mas sim membros que executam operacionalmente a obrigação pactuada[26]. Especificamente sobre os representantes legais de pessoas jurídicas, tais entidades exteriorizam seus atos por meio de tais representantes e demais órgãos sociais, os quais revelam o fenômeno da presentação, conforme já preconizava Pontes

---

[24] PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 94.

[25] Art. 800 do Código Civil português: "Artigo 800.º (Actos dos representantes legais ou auxiliares). 1. O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor. 2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública."; "

[26] No mesmo sentido, Fábio Henrique Peres assim se posiciona: "Em outras palavras, entendemos que os atos dos representantes legais das pessoas jurídicas – desde que efetivamente realizados na qualidade de representantes – não podem ser qualificados juridicamente como atos de terceiros com relação a tal sujeito de direito, mas sim considerados como atos próprios do devedor, sendo certo que eventuais excessos no exercício de suas atribuições deverão ser tratados de acordo com a legislação pertinente. Assim, por representar, em verdade, limitação ou exoneração do dever de indenizar por atos próprios, torna-se clara a percepção de que os requisitos de admissibilidade das cláusulas relacionadas aos atos dos representantes legais do devedor pessoa jurídica deverão obedecer aos parâmetros gerais de validade expostos no capítulo III a seguir." (PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 115-116.

de Miranda[27]. Eventuais excessos de representantes e administradores da pessoa jurídica estão sujeitos à legislação aplicável.

Por causa deste regime relacionado aos atos de auxiliares e representantes, que são considerados atos do próprio devedor, é que a doutrina indica que a cláusula que exclui ou limita a responsabilidade indenizatória por atos de auxiliares ou representantes, seria uma estipulação que se destina a *modificar os fundamentos da responsabilidade contratual*[28] que, vale uma vez frisar, estabelece como regra que o devedor responde pelos atos de seus auxiliares, prepostos e representantes a ele subordinados.

Logo, os atos de seus auxiliares, empregados, prepostos, órgãos de administração e administradores, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, são tidos como atos do próprio devedor. Disso decorre, numa primeira leitura, que o regime jurídico da cláusula de não indenizar decorrentes de atos praticados por tais auxiliares e representantes seria rigorosamente o mesmo em relação aos atos praticados pelo próprio devedor.

Contudo, o tema adquire reflexão mais aprofundada quando se compreende a distinção feita por António Pinto Monteiro acerca de auxiliares que sejam subordinados ao devedor, ou seja, aqueles, de um lado, que estejam "no âmbito econômico dirigido pelo devedor"[29] e, de outro lado, *os terceiros independentes.*

Como dito, sendo o auxiliar subordinado ao devedor, como, por exemplo, um empregado, o ato por ele praticado deve ser compreendido como ato do devedor, atraindo, portanto, o mesmo regime jurídico da cláusula de não indenizar por atos próprios do devedor.

Por outro lado, sendo o ato praticado por um terceiro independente, ainda que contratualmente vinculada ao devedor, como uma empresa prestadora de serviços logísticos contratada por empresa petroquímica para transportar resinas termoplásticas ao cliente, a cláusula de não indenizar para excluir ou limitar a indenização imposta ao devedor encontraria maior espaço para a sua estipulação, *sendo admissível até mesmo para os casos de dolo praticado por tais agentes*[30]. A situação se torna ainda mais inteligível quando o terceiro

---

[27] "quando o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, que há de entrar no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não há representação, mas presentação. O ato do órgão não entra, no mundo jurídico, como ato da pessoa, que é órgão, ou das pessoas que compõem o órgão. Entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, porque o ato do órgão é ato seu" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Tomo III, p. 233).

[28] PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 108.

[29] MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 276.

[30] "Aceitando como válida esta distinção, mostramos, porém, que haverá de ter em conta se se trata de auxiliares dependentes – relativamente aos quais o devedor poderá excluir ou limitar a sua responsabilidade nos mesmos

independente é indicado pelo próprio credor[31], recebendo, em alguns, casos instruções diretas deste, hipótese em que seria ainda mais compreensível a admissão de cláusula de não indenizar que excluísse ou ao menos limitasse a indenização decorrente de atos praticados por tal auxiliar, já que se trata de um terceiro independente, fora da órbita de gestão do devedor, indicado pelo próprio credor.

Uma vez estipulada a cláusula de não indenizar por atos de auxiliares e representantes, o efeito prático disso é a alteração do regime da responsabilidade convencional que atribui ao devedor a responsabilidade por atos de tais auxiliares e representantes. Disso resulta que, uma vez demonstrando o devedor que o inadimplemento decorreu de atos dos "terceiros" identificados no contrato, estará este exonerado ou ter a sua indenização limitada em face do credor[32].

O credor, por sua vez, ainda terá ação de responsabilidade perante o terceiro lesante, que será processada no regime da responsabilidade extracontratual, com os desafios probatórios associados a este regime. Encerra-se, aqui, este breve excerto sobre a cláusula de não indenizar por atos de auxiliares e representantes enquanto uma espécie do tipo de cláusula que altera o fundamento da responsabilidade contratual.

Diante do exposto, sob a perspectiva do risco, a cláusula que atua sob o fundamento da responsabilidade funciona da seguinte forma: o devedor pode avaliar como alta a probabilidade de ocorrência de descumprimentos contratuais ao longo do programa contratual, tendo em vista a complexidade da operação econômica regulada; e avalia como relevante o potencial impacto do reconhecimento de seu inadimplemento, que poderia impor-lhe severas consequências indenizatórias. Assim, devedor insta o credor na negociação do contrato para limitar a sua responsabilidade aos casos de dolo ou culpa grave efetivamente demonstrada pelo credor, de forma a regular esse risco. O credor, por sua vez, com base na sua própria percepção

---

termos em que se fosse ele próprio a cumprir (art. 809.º) -, ou de auxiliares autónomos, não prejudicando a validade da cláusula exoneratória, neste caso, desde que haja acordo prévio do credor, o próprio dolo ou culpa grave dos auxiliares (art. 800.º, n.º 2)." (MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 1985. p. 300)

[31] Diana Loureiro Paiva de Castro faz alusão à tese como hipótese de flexibilização do requisito de validade da clausula de não indenizar nas hipóteses de dolo, *in verbis*: "Por fim, para um quarto entendimento, que decorre, a bem verdade, de uma especificação da terceira tese, a maior Liberdade na apreciação do requisite do dolos ó se daria no caso em que além de o terceiro ser independente, a escolha deste terceiro é feita pelo próprio credor, sob pena de se permitir ao empresario subtrair-se dos riscos inerentes ao exercício de sua atividade. Em outras palavras, nas hipóteses em que o agente fosse definido pelo credor, seria válida a clausula de não indenizar mesmo por dolo." (CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. **Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade**, 2018. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 182).

[32] Agostinho Alvim admite a cláusula ao afirmar que "é possível, outrossim, excluir a responsabilidade por fato de terceiro, nos casos em que o devedor se faz ajudar por outras pessoas" (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 360)

de probabilidade e impacto, e, ainda, na ponderação dos benefícios que pode extrair da avença, em típica análise de utilidade, concorda com a referida estipulação.

Sob uma outra vertente, o devedor, ciente de que se vale de diversos auxiliares, prepostos e terceirizados sob as suas instruções, avalia como alta a probabilidade de intercorrências no cumprimento de suas obrigações contratuais perante o credor num determinado contrato de fornecimento de longo prazo de resinas termoplásticas; e que os impactos de tais descumprimentos não são desprezíveis. Assim, propõe ao credor a estipulação de uma cláusula de não indenizar, de forma a exonerar-se da responsabilidade indenizatória caso o descumprimento resulte de dolo de seus terceirizados. O credor, em contrapartida, exige que participe da escolha dos terceirizados, mitigando o risco de eventuais escolhas de terceiros inidôneos, e exige também alguma vantagem avaliada como mais benéfica em comparação com o custo de eventualmente não ser indenizado integralmente diretamente pelo devedor, numa típica análise de risco-retorno, o "*trade off*", que governa a moderna técnica de gestão de riscos.

Neste diapasão, resta claro que a cláusula que altera o fundamento da responsabilidade também apresenta um forte componente de análise de risco, que passa a integrar a racionalidade econômica da operação contratual.

1.2.5 Inversão do Ônus da Prova

A despeito das divergências doutrinárias[33], pode-se indicar como modalidade indireta de cláusula de não indenizar a disposição contratual por meio da qual as partes, também no exercício da autonomia privada, invertem o ônus probatório legalmente estabelecido, cujos efeitos práticos poderiam resultar na exclusão ou limitação do dever indenizatório.

De fato, a inversão do ônus da prova consiste em expediente distinto da cláusula de não indenizar, isso não se discute[34]. Sucede que os efeitos de tal estipulação podem resultar em efeitos práticos semelhantes à cláusula de não indenizar.

---

[33] Ana Prata se posiciona no sentido de que a cláusula de inversão do ônus da prova não tem qualquer relação com a cláusula de não indenizar, como se depreende da seguinte passagem: "na realidade, tal assimilação não tem qualquer fundamento: com objetos completamente diferentes, tais cláusulas configuram-se, também na sua eficácia jurídica, como duas realidades absolutamente diversas; [...] Apenas um regime de responsabilidade contratual que comporte uma margem de responsabilidade objectiva – e em que a extensão dos danos reparáveis seja diversa, dependentemente da existência ou inexistência de culpa – poderia justificar a aproximação da cláusula inversora do ônus probatório da cláusula de limitação de responsabilidade" (PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2020, p. 96-97).

[34] Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira explica a diferença: "Deve-se ter em mente, de início, que o objeto da cláusula que versa sobre o ônus da prova é distinto da cláusula de não indenizar propriamente dita. Esta se refere propriamente à estrutura das consequências da responsabilidade civil, impedindo o surgimento do dever de

Isto porque, segundo o ordenamento legal brasileiro, o devedor contratual inadimplente é presumido como culpado, cabendo a este o ônus de provar eventuais excludentes de responsabilidade, a exemplo do caso fortuito ou força maior sendo este o posicionamento da doutrina predominante[35]. Por meio de uma cláusula de inversão do ônus da prova, as partes poderiam modificar este regime, estabelecendo que caberá ao credor provar a culpa do devedor para a caracterização do inadimplemento, num novo arranjo do ônus probatório.

António Pinto Monteiro explica o racional desta modalidade, cujos efeitos mediatos podem conduzir à limitação, *in verbis*:

> Assim acontece, nomeadamente, nos casos em que as partes afastam a presunção de culpa que a lei, na responsabilidade contratual, faz recair sobre o devedor (art. 799.º).
> Esta inversão do *onus probandi* pode acarretar dificuldades, porventura insuperáveis, ao credor, dado que normalmente é o devedor quem está em melhores condições de provar que não teve culpa, do que o credor para provar o contrário[36].

No mesmo sentido, Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira assinala que a referida cláusula de distribuição do ônus da prova "é apresentada como uma avença que, indiretamente, teria o efeito de limitar ou excluir a indenização."[37]

Neste contexto, caso o credor não se desincumba total ou parcialmente do ônus probatório que contratualmente lhe foi transferido, o resultado final será que o devedor poderá não indenizar o credor pelo montante não demonstrado, mas apenas pelo que foi efetivamente provado sob a perspectiva da demonstração da culpa (além do nexo causal e dano). Daí a equivalência de resultado prático com a cláusula de não indenizar.

Assim como fizemos nas demais estipulações, passamos também a explicar o racional desta cláusula sob a perspectiva do risco, abrangidas suas dimensões de probabilidade e impacto, sobre as quais falaremos mais adiante.

---

indenizar ou limitando sua extensão, enquanto aquela em nada interfere em tal estrutura, modificando somente o regime probatório a ser aplicável ao caso." (BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 224).

[35] Em sentido contrário, Giovanni Ettore Nanni põe em xeque essa presunção. "Nessa linha de exposição, consubstancia equívoco sustentar que a inferência lóica oriunda da presunção represente a guia mestra em tema de prova do inadimplemento absoluto. Não é viável, '*a priori*', que o julgador se valha de fatos outros para inferir sua ocorrência." (NANNI, Giovanni Ettore. I**nadimplemento Absoluto e Resolução Contratual: Requisitos e Efeitos**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 151)

[36] MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 111.

[37] BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 224.

Neste tipo de negócio jurídico, o devedor avalia que eventuais imputações de descumprimento contratual podem lhe ser atribuídas ao longo do programa contratual. Compreende, ainda, como não desprezível a probabilidade de não conseguir se desincumbir do ônus de provar alguma hipótese excludente de responsabilidade. O impacto também é considerado material para o devedor, caso tenha que absorver os efeitos do inadimplemento, especialmente a indenização. Com base em tais percepções, propõe ao credor a inversão do ônus probatório, de modo que o credor passa a absorver o risco probatório. O *accipiens*, por sua vez, poderá concordar com tal arranjo se entender que dispõe de mecanismos efetivos para esta prova, de modo que avalia como baixa a probabilidade de não conseguir demonstrar a culpa do devedor, o que reflete também na sua percepção de baixo impacto. Assim, uma vez compreendidos os riscos, decidem racionalmente pela estipulação de inversão do ônus probatório, esperando a utilidade esperada do negócio com este formato entabulado.

1.2.6 Limitação Temporal

À semelhança da cláusula que inverte o ônus probatório, a cláusula que tem por objeto a modificação dos prazos legais de prescrição ou decadência também goza de efeito mediato[38] em relação à limitação do dever de indenizar, na medida em que não atua sobre os pressupostos e/ou parâmetros da indenização, mas sim no alcance temporal da pretensão indenizatória. O resultado prático, contudo, é análogo ao da cláusula de não indenizar, tendo em vista a supressão do dever de indenizar legalmente imposto ao devedor em razão da consumação da prescrição convencionada.

Embora possa ser admitida em outros ordenamentos jurídicos, como relata Ana Prata[39], a estipulação que tenha por objeto a redução do prazo prescricional legalmente definido

[38] Neste sentido, António Pinto Monteiro, ao falar sobre as cláusulas de inversão do ônus da prova, de modificação dos prazos de prescrição e caducidade e de garantia patrimonial afirma que "apresentam a característica comum de só mediatamente conduzirem a uma limitação (ou mesmo exclusão) da responsabilidade, sendo normalmente referidas, por isso (ou apesar disso), como modalidades de cláusulas limitativas". MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 110).

[39] Ana Prata indica ser tendência dominante a aceitação dessa cláusulas ao afirmar que "tais cláusulas não partilham as objecções de validade que às cláusulas de alongamento dos prazos se opõem, pois as razões de certeza e segurança, que militam contra elas, não se verificam quando o prazo convencional é mais curto que o legal" (PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2020, p. 100).

não é admitida no Direito brasileiro[40], tendo em vista o disposto no Art. 192[41] do CC/02. Assim se posiciona Luiz Octavio Villela de Viana Bandeira:

> No entanto, a questão apresenta pouca relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, já que o art. 192 do Código Civil veda expressamente a possibilidade de mudança convencional dos prazos de prescrição. Dessa forma, uma cláusula não poderia indicar que no caso de inadimplemento – momento em que surge a pretensão ao direito de receber a indenização – haveria um prazo menor do que aquele estabelecido pela legislação.[42]

Letícia Marques de Avelar[43] e Fabio Henrique Peres[44] têm convicções no mesmo sentido.

Antes de encerrar este tópico, vale trazer à discussão uma situação específica envolvendo operações de alienação de ações e quotas de empresas, conhecidas como operações de M&A, que tem conexão com este tópico sobre a limitação temporal. É comum a estipulação contratual segundo a qual o devedor deverá indenizar o comprador por fatos, eventos e atos anteriores ao fechamento da operação, ainda que as perdas sejam consumadas em momento posterior ao fechamento, ou seja, já com a empresa-alvo sob o controle do comprador. Para delimitar este risco, é comum que o vendedor exija que esta obrigação de indenizar seja limitada no tempo, sendo usual a previsão de prazos específicos por matéria (tributário, trabalhista, cível, ambiental etc.). A fixação dos prazos pelas partes, vale dizer, é expediente que adota como

---

[40] Apesar da clareza legislativa sobre o assunto, especialmente em face do teor do Art. 192 do CC/02, a doutrina especializada traz importantes reflexões sobre a restrição legal acerca da modificação de prazos prescricionais, sugerindo a possibilidade de ampliação convencional do prazo prescricional até o limite do dobro do prazo legal, com base na interpretação sistemática do referido dispositivo com o Art. 202, *caput*, V e VI do CC/02, que regula a possibilidade de interrupção da prescrição por iniciativa exclusiva do credor ou devedor, conforme o caso. Daniel Bucar Cervasio e Aline Miranda Valverde Terra assim explicam "Em homenagem à coerência do sistema, o alongamento proposto deve ocorrer até o limite do dobro do prazo legal. Esse limite é inferido da própria disciplina da interrupção, que destrói a eficácia do tempo pretérito e reinicia a contagem do prazo prescricional em sua integralidade. Assim, a interrupção do prazo no seu último dia devolve o prazo total para o credor, a resultar, em termos práticos, na concessão de prazo equivalente ao dobro do estabelecido em lei. Ora, se esse efeito é admitido pela lei e merecedor de tutela quando resultado de atuação exclusiva de um dos contratantes, com maior razão, deve ser também admitido e igualmente merecedor de tutela quando produto do exercício da autonomia privada de ambas as partes. Em suma, poderão os contratantes, no exercício de sua autonomia, ajustar a extensão do prazo em curso até que o lapso já transcorrido, somado à dilação, alcance o dobro do prazo legal. No entanto, como a interrupção somente pode ocorrer uma vez, a dilação convencional do prazo impediria a posterior interrupção da prescrição, assim como, de maneira inversa, a interrupção da prescrição obstaria a posterior dilação convencional do prazo." (CERVASIO, Daniel Bucar; TERRA, Aline Miranda Valverde. Autonomia privada e prazos prescricionais. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-19, set./dez. 2017, p. 12).

[41] "Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes."

[42] BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana Bandeira. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 225.

[43] AVELAR, Letícia Marquez. **A cláusula de não indenizar**: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 2012, p. 61-62.

[44] PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 101-102.

referência os prazos prescricionais das respectivas pretensões, conforme definido pela legislação aplicável. O racional dessa cláusula é preservar o valor econômico (*valuation*) da empresa-alvo, que é afetado pela perda financeira resultante da materialização de uma contingência relativa a fatos anteriores ao fechamento.

Esta cláusula é usualmente denominada de cláusula de limitação temporal e nos parece absolutamente lícita à luz do ordenamento jurídico nacional, não encontrando vedação no Art. 192 do Código Civil, que veda a modificação de prazos prescricionais. Isto porque tais cláusulas não têm por objeto a regulação convencional de prazos de prescrição. Na verdade, as partes desejam regular o dever de indenizar que poderia resultar do regular exercício dessas pretensões. A hipótese se enquadra mais propriamente como renúncia[45] antecipada de eventual indenização, que poderia ser exigida em momento posterior ao fechamento do negócio (porém ainda dentro do prazo prescricional), do que modificação de prazos prescricionais. A cláusula de limitação temporal assume a feição de uma cláusula de não indenizar, à medida em que exonera o devedor de indenizar o credor caso a contingência seja verificada em momento posterior ao prazo de limitação temporal definido. Os prazos de prescrição se mantêm absolutamente intocados.

Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, em evento promovido pela Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá em 22 de outubro de 2021, se posicionou no sentido de que tais cláusulas não são modificativas de prazos prescricionais, mas regulam o alcance de garantias contratuais concedidas por uma parte à outra[46].

Esta estipulação tem o jogo de distribuição de riscos como sua causa econômica, já que tem por objetivo, de um lado, garantir ao comprador a manutenção do valor do ativo comprado por determinado tempo e, de outro lado, liberar o devedor de sua obrigação de indenizar que poderia se projetar por longo período de tempo, sendo que a empresa-alvo já estaria sob longa e permanente administração pelo novo comprador. É, portanto, uma cláusula que aloca os riscos da atividade da empresa-alvo, como também proporciona segurança jurídica às partes convenentes.

---

[45] Segundo Orlando Gomes, a renúncia consiste em ato unilateral que "pertence à categoria dos negócios extintivos, apresentando-se normalmente como comportamento abdicativo destinado a extinguir uma relação jurídica pela autoeliminação de um dos seus sujeitos, o ativo." (GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 209).

[46] PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. **M&A Arbitration**: cláusulas de limitação de responsabilidade. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=gLSNXuvG9RY&t=4444s. Acesso em: 12 jan. 2024.

1.2.7 Cláusula sobre Garantias Patrimoniais

A cláusula sobre garantias patrimoniais também representa uma modalidade indireta e com efeito mediato da cláusula de não indenizar[47]. Por meio desta convenção, as partes acordam que eventual responsabilidade por perdas e danos eventualmente atribuída ao devedor em benefício do credor em razão do inadimplemento contratual recairá apenas em relação aos bens previamente selecionados.

António Pinto Monteiro descreve a cláusula como aquela em que as partes definem o alcance da garantia patrimonial, "limitando a responsabilidade do devedor a alguns dos seus bens, no caso de a obrigação não ser voluntariamente cumprida."[48]

Luiz Octavio Villela de Viana Bandeira vai na mesma direção ao assim se posicionar:

> Contudo, por meio de uma disposição clausular, as partes em um determinado contrato podem estabelecer que somente determinados bens ou direitos poderão servir à satisfação do crédito, ou então que somente alguns bens ou direitos ficarão excluídos da sujeição à dívida. Dessa forma, apresenta-se uma modalidade de cláusula de não indenizar que terá sua eficácia condicionada à suficiência de tais bens previamente estabelecidos pelo acordo entre as partes de fazer frente à indenização. Caso tais bens não sejam suficientes, a consequência prática seria a limitação do dever de indenizar.[49]

Trata-se de estipulação contratual por meio da qual as partes delimitam o alcance do Art. 391 do CC/02 de acordo com o qual "pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor." Há duas modalidades de cláusula de garantia patrimonial. A primeira consiste na limitação positiva, em que o devedor indica os bens sobre os quais eventual execução poderá recair. A outra é a limitação negativa por meio da qual o devedor, com o consentimento do credor, exclui os bens sujeitos à execução.

Letícia Marquez de Avelar explica a diferença entre as referidas formas de estipulação de limitação da garantia patrimonial:

---

[47] Ana Prata não considera tais estipulações como convenções limitativas ou excludentes do dever de indenizar ao afirmar que "Distintas das cláusulas de exclusão da responsabilidade pelo seu objecto – visando estas a obrigação de indemnizar, enquanto as cláusulas de limitação da garantia patrimonial incidem, restringindo-o, sobre o património garante – também diverso é o seu efeito: a limitação da garantia patrimonial não acarreta teoricamente (exceto se for total) a exclusão, nem sequer parcial, do dever de indenizar, nem impede a sua forçada execução, embora possa, na prática, dificultá-la ou até impossibilitá-la. Tal resultado prático não é, porém, consequência necessária da limitação da garantia patrimonial" (PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2020, p. 136-137).

[48] MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 113.

[49] BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 222.

> No primeiro caso, as partes expressamente determinam quais são os bens do devedor que responderão pelo inadimplemento contratual, propiciando ao credor a vantagem de conhecer previamente o acervo que garante eventual e futura indenização. [...]. No entanto, podem as partes optar por excepcionados bens que ficarão excluídos da garantia patrimonial, caso em que permanecerão responsáveis todos os demais bens do devedor.[50]

Em ambos os casos, a limitação de indenizar se opera da seguinte forma: se os bens definidos como sujeitos à execução (os indicados na limitação positiva ou os bens integrantes do acervo remanescente do patrimônio do devedor) forem insuficientes para a satisfação integral do crédito indenizatório, a indenização a ser paga pelo devedor será inferior ao montante devido, de forma que o credor passa absorver a perda pelo valor não indenizado. A cláusula, nesse caso, assume a feição de limitação da indenização.

Segundo a doutrina, a limitação positiva gera um benefício ao credor na medida em que permite que este conheça previamente os bens do devedor que servem de cobertura para o cumprimento da obrigação de indenizar. Nesta hipótese, concordamos com o entendimento segundo o qual o devedor estará obrigado a substituir ou reforçar a garantia consubstanciada em tais bens eleitos à execução, no caso de alienação, deterioração, depreciação, perecimento ou desapropriação[51]. É o que se depreende do Art. 333, inciso III[52]; e Art. 1.425, I[53], ambos do Código Civil de 2002.

Já na limitação negativa, a estipulação poderá, a depender do caso, ser benéfica ou prejudicial ao credor. Tudo dependerá da situação patrimonial do devedor entre o momento de constituição da obrigação e aquele em que for instaurada a execução. Havendo diminuição patrimonial, o credor ficará mais exposto ao risco de não satisfação de seu crédito na medida em que consentira com a exclusão de determinados bens do alcance da excussão, num cenário de risco de deterioração patrimonial. Por outro lado, tendo o devedor aumentado seu patrimônio, o conjunto remanescente de bens, já excluídos aqueles que foram objeto da

---

[50] AVELAR, Letícia Marquez. **A cláusula de não indenizar**: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 2012, p. 60.

[51] É o mesmo pensamento de Fábio Henrique Peres: "Parece-nos que, na ausência de estipulação convencional a respeito da alienação de bens abarcados pela cláusula de limitação positiva, em regra o devedor estará obrigado – no caso de alienação, deterioração, depreciação, perecimento ou desapropriação de quaisquer desses bens – a substituir ou reforçar, conforme o caso, a garantia antes assegurada por tais bens, de forma a manter eficaz a garantia outorgada ao credor." (PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quarter Latin, 2009, p. 105).

[52] "Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: […]; III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las."

[53] "Art. 1.425. A dívida considera-se vencida: I - se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfalcar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir;"

limitação negativa, pode se mostrar suficiente para cobrir toda a responsabilidade do devedor junto ao credor. É o que explica António Pinto Monteiro ao explica que a limitação negativa:

> [...] pode ser menos gravosa para o credor, uma vez que o património do devedor poderá aumentar, entre a data da constituição da obrigação e o momento em que for instaurada a execução, podendo, consequentemente, os bens existentes no seu patrimônio, neste momento, cobrir toda a responsabilidade do devedor. Por outro lado, a limitação negativa pressupõe, parece-nos, que o devedor se comprometerá a não diminuir o seu patrimônio.[54]

Em nosso sentir, ao contrário do posicionamento do professor português, a limitação negativa impõe apenas uma obrigação de meio, e não de resultado, no que se refere à não diminuição do patrimônio. Isto porque, a diminuição pode resultar de fatores fora do controle do devedor, a exemplo de perda de bens por execução promovida por terceiros e até mesmo em razão do curso regular de sua atividade econômica[55].

Esta modalidade confere ao credor a possibilidade de conhecer de antemão os bens sujeitos ou não à execução, sendo recomendável que, em adição à cláusula, estipule disposições que assegurem a higidez e segurança patrimonial do patrimônio sujeito à execução, por meio de mecanismos de substituição e/ou reforço da garantia, quando aplicável.

Evidentemente, da mesma maneira que as demais modalidades, a cláusula de garantia patrimonial representa um expediente lícito de gestão do risco da indenização pelo inadimplemento, consubstanciando um interesse jurídico merecedor de tutela, na medida em que permite a credor e devedor distribuírem entre si o impacto de eventual indenização por inadimplemento.

E como isso ocorre? Credor e devedor fazem juízos sobre a probabilidade e impacto decorrentes da situação patrimonial do devedor, convertendo a incerteza em risco tangível que passa a ser alocado segundo a percepção de utilidade que cada parte tem sobre o arranjo negocial. No Capítulo 2 entraremos em mais detalhes sobre as dimensões do risco, abrangendo a probabilidade, impacto e percepção de utilidade do agente sujeito ao risco.

---

[54] MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 114.
[55] PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quarter Latin, 2009, p. 106.

1.3 Cláusula de Não Indenizar e Institutos Afins

Nos diversos trabalhos produzidos acerca da cláusula de não indenizar, é comum a referência a institutos do direito privado que se assemelham à cláusula de não indenizar, mas que com ela não se confundem. As diferenças apontadas, com razão técnica, têm origem nos distintos regimes jurídicos dos institutos em comparação, os quais, efetivamente, possuem requisitos e efeitos diferentes daqueles atinentes à cláusula de não indenizar.

O objetivo agora é separar o objeto do estudo, que é a cláusula de não indenizar, cujos requisitos de validade são objeto da revisão aqui proposta, distinguindo-a dos demais institutos, sem deixar de mencionar que, numa perspectiva fenomenológica de risco, existe uma justificação comum entre eles, que é a regulação de algum risco considerado pelas partes como relevante, e que, por esta razão, entendem que precisa ser adequadamente gerido e regulado por meio do contrato.

1.3.1 Cláusula de Não Indenizar e Cláusula Penal Compensatória

A cláusula de não indenizar e a cláusula penal compensatória são institutos que possuem afinidades e pontos de contato, mas não se confundem sob a perspectiva técnico-jurídica, possuindo regimes jurídicos e funções absolutamente distintas[56].

Neste sentido, a cláusula penal, como conceito geral, consiste na estipulação contratual em que as partes estabelecem a incidência de uma penalidade para o caso de inadimplemento absoluto, inexecução de uma obrigação específica ou para o caso de cumprimento imperfeito da obrigação (mora). Assim, o Art. 409 dispõe que "a cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora."

Em sua modalidade compensatória, ou seja, enquanto pena convencional aplicável para a hipótese de inadimplemento absoluto, a cláusula penal consiste em instrumento de fixação antecipada das perdas e danos, convertendo-se em alternativa em benefício do credor, nos termos do Art. 410 do CC/02[57]. Isto significa dizer que, uma vez caracterizado o

[56] Neste mesmo sentido, António Pinto Monteiro assim se posiciona: "maior interesse reveste, sem dúvida a cláusula penal, do ponto de vista de sua articulação com a cláusula limitativa da responsabilidade. Há, entre ambas, como já aludido, afinidades e pontos de contacto vários, o que não obsta, no entanto, que sejam figuras diferentes, com finalidades e modos de actuação próprios". (MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 135-136).

[57] "Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor."

inadimplemento, o credor terá a opção entre a execução forçada do contrato pelo equivalente pecuniário à prestação ou a aplicação da pena convencional.

Aqui o destaque é para a função reparatória da cláusula penal, estipulada para servir de instrumento de prefixação de perdas e danos, cujo montante definido pode ser inferior àquele resultante do inadimplemento, hipótese em que o efeito prático será equivalente ao da cláusula de não indenizar, em sua modalidade limitativa. O que estamos a dizer é que, optando o credor pela pena convencional, salvo se admitida indenização suplementar nos termos do parágrafo único do Art. 416 do CC/02[58], o devedor apenas estará obrigado a pagar o valor estipulado na cláusula, ainda que o prejuízo do inadimplemento seja superior.

A despeito da semelhança prática de seus efeitos, há uma diferença ontológica: a cláusula de não indenizar é estipulada em benefício do devedor, interessado em excluir ou limitar sua exposição indenizatória, ao passo que a cláusula penal compensatória é estipulada no interesse do credor, para tutelar o crédito a que tem direito, passando a ser uma alternativa a este disponível.

As funções das estipulações também são distintas. Enquanto a função da cláusula de não indenizar é exonerar ou limitar o dever de indenizar, a cláusula penal tem uma dupla função, sendo uma delas a indenizatória e a outra, não menos importante, a sancionatória, de modo que sua estipulação atua como "reforço do cumprimento do contrato, de estímulo, de pressão sobre o devedor, e, neste sentido, de moralização, zelando pelo respeito dos compromissos assumidos"[59].

Outra diferença substancial consiste nos efeitos das respectivas estipulações. Enquanto que na cláusula de não indenizar, em sua modalidade exoneratória, o devedor está exonerado do dever de indenizar, a cláusula penal compensatória garante ao credor o valor estipulado na cláusula penal. Já quando se coloca em perspectiva a cláusula de não indenizar em sua modalidade limitativa por fixação de um valor máximo de indenização, ainda será exigida a liquidação das perdas e danos, de modo a averiguar se o montante da indenização efetivamente apurado é superior ou inferior ao previsto na cláusula limitativa. Sendo superior, a cláusula produzirá regularmente efeitos, limitando o valor da indenização ao contratualmente estipulado. Na situação inversa, ou seja, caso o valor apurado em liquidação seja inferior ao estipulado na

---

[58] "Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente."

[59] MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 138.

cláusula limitativa, esta não incidirá na situação analisada, cabendo ao devedor a responsabilidade pelo pagamento integral da indenização.

Na cláusula penal compensatória, por sua vez, a liquidação das perdas e danos é dispensada, pois, para se exigir a pena convencional, nos termos do Art. 416, *caput*[60], do CC/02, não é necessário que o credor alegue prejuízo, do que resulta que o devedor deverá pagar o valor estipulado na cláusula penal.

Assim, caso as partes tenham estipulado a multa convencional, o credor, no caso de inadimplemento absoluto, terá a opção entre buscar a reparação integral do equivalente e da indenização pelas perdas e danos, assumindo o correspondente ônus probatório de demonstração dos prejuízos que compõem a indenização pleiteada; ou cobrar a cláusula penal compensatória, hipótese em que terá direito ao valor nela estipulado, sem necessidade de prova do prejuízo, suportando o risco de o valor previsto na penalidade ser inferior ao montante global da indenização a que teria direito.

Sobre as distinções entre os institutos, António Pinto Monteiro explica em sua obra da seguinte maneira, *in verbis*:

> Enquanto esta fixa o limite máximo que a indemnização poderá atingir – não podendo o credor receber mais do que o convencionado, mas recebendo menos se o dano for inferior àquele 'tecto' -, a cláusula penal, diversamente, estabelece um valor fixo, invariável, seja qual for, em princípio, o dano do credor. É uma forma de liquidação do dano, ao contrário da cláusula limitativa, não prescindindo esta, como já referimos, do critério legal aplicável ao cálculo da indemnização.
> [...]
> Ainda assim, porém, permanecerão traços de distinção entre uma e outra figura: na verdade, recorde-se, o credor pode exigir a pena sem ter de provar a existência de prejuízos, ou a sua extensão, diferentemente do que acontece tratando-se de uma cláusula limitativa.
> Finalmente, a cláusula penal distingue-se da cláusula limitativa no plano das finalidades prosseguidas por ambas. Enquanto a segunda esgota a sua função ao nível do *quantum* indenizatório, a cláusula penal está vocacionada para exercer uma outra função: uma função coercitiva, de estímulo ao cumprimento, pela ameaça que a pena traduz.
> Esta função cominatória revela que a cláusula penal será fundamentalmente um instrumento de garantia e de defesa do credor, ao passo que a cláusula limitativa serve os interesses do devedor. Esta tem uma natureza meramente indenizatória o mesmo não sucedendo, a nosso ver, com a cláusula penal a qual parece não poder recusar-se uma natureza mista: indenizatória e sancionatória.
> Natureza que parece ser a que melhor se ajusta a aspectos importantes da sua disciplina legal, além de ser a única que contempla as funções de pré-avaliação

[60] "Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo."

> do dano, por um lado, e de estímulo ao cumprimento, por outro, função esta de todo ausente da cláusula limitativa.[61]

Não deixamos de reconhecer que o efeito prático da cláusula penal compensatória pode se mostrar o mesmo de uma cláusula limitativa do dever de indenizar, caso o credor opte pela sua execução e o valor da pena convencional seja inferior ao montante da indenização. Nuno Manuel Pinto Oliveira também destaca a equivalência de efeitos entre os institutos, conforme se depreende da passagem abaixo:

> A cláusula de limitação da responsabilidade e a cláusula penal têm, em tais casos, efeitos práticos semelhantes: em cada uma das duas hipóteses, o credor fica impedido de exigir a indemnização integral do dano. O art. 810.º do Código Civil autoriza de forma inequívoca os contraentes a fixarem, de forma invariável, a indemnização devida em caso de incumprimento; há-se autorizá-los a fixarem, tão somente, o limite máximo dessa indemnização.[62]

Contudo, partindo a cláusula penal compensatória de uma escolha do credor, não nos parece que o resultado prático eventualmente obtido possa servir de fundamento à equiparação entre os institutos, que são essencialmente distintos entre si.

A despeito de tais distinções relacionadas aos respectivos regimes jurídicos, é de se reconhecer, todavia, que ambos os institutos regulam riscos. A cláusula de não indenizar atua sobre o risco da indenização por inadimplemento, atuando de forma a excluí-la ou limitá-la, a depender da modalidade convencionada.

A cláusula penal compensatória tem por objetivo, por sua vez, além de regular o risco do incumprimento geral (e não apenas da indenização), enquanto instrumento dissuasório, também regula o risco relacionado ao ônus probatório e da quantificação da indenização por inadimplemento[63]. Isso porque, sendo alta a probabilidade de efetiva demonstração do prejuízo, o credor poderá abdicar da pena convencional e perseguir a reparação integral dos danos resultantes do incumprimento, não tendo o devedor, a rigor, legitimidade para alegar a

---

[61] MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 145-147.

[62] OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Cláusulas acessórias ao contrato**: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 42.

[63] Antonio Pinto Monteiro também destaca que a cláusula penal visa superar a incerteza de uma avaliação judicial acerca da indenização, como se depreende do seguinte trecho: "Além de substituta da indemnização – com vantagens óbvias para as partes, dispensadas das dificuldades de prova do dano ou da sua extensão e superada assim a incerteza de uma avaliação judicial -, a cláusula penal desempenha também uma importante função dissuasora e sancionatória que, quanto a nós, não deve ser minimizada, pois constituirá mesmo a sua finalidade principal, não sendo a primeira (pré-avaliação do dano), nas palavras de Antunes Varela, mas do que uma finalidade relativamente secundária da cláusula penal". (MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 137).

existência de pena convencional para neutralizar a pretensão do credor. Caso o credor opte, no entanto, pelo valor definido na cláusula penal, é porque terá chegado a conclusão de que a prova do prejuízo tem baixa probabilidade. O credor, portanto, por meio da cláusula penal, gerencia o risco relacionado à probabilidade de prova do prejuízo, e do consequente impacto de não conseguir realizar a prova, ficando exposto a não ser indenizado total ou parcialmente.

Logo, apesar das distinções sob as perspectivas de estrutura e função, ambos os institutos atuam sobre a regulação do risco do inadimplemento, percebido como o evento futuro e incerto, cuja consumação pode trazer impactos aos participantes daquela determinada relação jurídico-contratual. Sendo um risco, as partes se valem de institutos como a cláusula penal compensatória e/ou a cláusula de não indenizar para distribuir entre si os riscos decorrentes de potencial inadimplemento do contrato.

1.3.2 Cláusula de Não Indenizar e Delimitação do Objeto do Contrato

Outro instituto que tem parentesco com a cláusula de não indenizar, sob a perspectiva da regulação do risco de sujeição ao dever reparatório, é a delimitação do objeto do contrato, expediente por meio do qual as partes, sob a guarida da autonomia privada, definem o escopo contratual, detalhando seu conteúdo obrigacional e alcance.

A prerrogativa de delimitar o objeto decorre da liberdade contratual abrigada pela autonomia privada. Esta liberdade, contudo, se assenta no poder jurídico conferido pela ordem jurídica para autorregulamentação de interesses privados e deve, portanto, ser exercida em conformidade com o Direito objetivo, o que inclui a observância dos elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia dos negócios jurídicos.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, o objeto consiste em elemento de existência de todos os negócios jurídicos, ao lado das circunstâncias negociais e da forma. Contudo, descendo a escala de abstração proposta pelo renomado jurista, o objeto deve abranger determinados elementos que compõem a estrutura de cada categoria negócio jurídico. Tais elementos são denominados de elementos categoriais inderrogáveis, os quais não admitem modificação convencional, e elementos categoriais derrogáveis, que podem ser afastados pelas partes convenentes. Assim explica o autor:

> Se, porém, descermos na escala de abstração, como é indispensável, já que um negócio jurídico determinado nunca existe *in abstrato*, e passarmos às diversas categorias de negócio, esses elementos gerais, sempre necessários, já não serão suficientes. A eles se deverão acrescentar os elementos próprios de

> cada categoria, isto é, os elementos categoriais. Quais são esses elementos? São os que caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio. Os elementos categoriais são revelados pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio.
> […]
> Os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e do que, em torno desta a doutrina e a jurisprudência constroem. Na esteira dos juristas romanos e com base na ideia de natura de cada tipo de negócio, a análise revela duas espécies de elementos categoriais: os que servem para definir cada categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência são os elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis; e os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo, são os elementos categoriais naturais ou derrogáveis.[64]

Neste contexto, em relação à temática do objeto nos contratos típicos, as partes contratantes não poderão modificar os elementos categoriais inderrogáveis, componentes da estrutura do negócio jurídico, sob pena de nulidade ou de sua conversão em outro negócio jurídico. Já os elementos categoriais derrogáveis e os elementos particulares[65] poderão ser afastados e/ou modificados pelas partes, sem que disso resulte na desconfiguração do negócio.

Vale dizer, todavia, que a lei, em complementação aos contratos típicos colocados à disposição para os agentes privados, cujo regime geral encontra-se predeterminado, também assegurou àqueles a livre estipulação de contratos atípicos, ou seja, instrumentos que não se amoldam aos tipos contratuais regulados pelo CC/02, de forma que poderão criar novos modelos contratuais para a satisfação dos mais diversos interesses, observadas as normas gerais do código, nos termos do Art. 425[66]. Trata-se de previsão legal de fomento ao comércio jurídico para propulsão da atividade econômica, cujos arranjos contratuais não necessariamente se encaixam naqueles modelos preestabelecidos pela lei.

Assim sendo, no âmbito dos contratos típicos, a liberdade contratual das partes em relação à delimitação do objeto deverá ser guiada para a preservação de sua estrutura essencial, notadamente seus elementos categoriais inderrogáveis, e de sua função prático-econômica. No que tange aos contratos atípicos, a análise quanto à higidez da cláusula de delimitação deverá ser depreendida da estrutura e função da relação jurídica estabelecida, de modo a preservar o

---

[64] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

[65] Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, os elementos particulares são "aqueles que, apostos pelas partes, existem em um negócio concreto, sem serem próprios de todos os negócios ou de certos tipos de negócio. Esses elementos são sempre voluntários, e, por isso, distinguem-se claramente dos elementos categoriais" (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38).

[66] "Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código."

equilíbrio das prestações, o interesse jurídico buscado pelas partes e a função prático-econômica da avença.

Apesar de também produzirem o efeito de exoneração do dever de indenizar, as cláusulas que delimitam o objeto do contrato não têm similitude com a cláusula de não indenizar. Isto porque, as cláusulas que delimitam o escopo contratual atuam numa etapa antecedente, isto é, na verificação acerca da própria existência ou não de uma obrigação exigível do devedor em relação à qual se pode imputar eventual inadimplemento para emergir a responsabilidade contratual.

Deste modo, por meio do expediente da delimitação do objeto do contrato, um dos elementos da obrigação – a dívida (*schuld*) – sequer se manifesta, pois inexistente o vínculo jurídico exigível. Disso resulta que a responsabilidade (*haftung*) sequer é originada, tornando-se inoperante todo e qualquer efeito dela resultante.

A cláusula de não indenizar, por sua vez, pressupõe não somente a existência de obrigação certa e exigível, como também o seu inadimplemento, atuando apenas em um dos efeitos da responsabilidade contratual, que é o dever reparatório. António Pinto Monteiro também elucida as distinções entres as disposições, *in verbis*:

> Trata-se, pois, de figura distinta das cláusulas sobre responsabilidade. Estas visam atenuar, ou mesmo afastar a responsabilidade do devedor; diversamente, as cláusulas que afastam determinada obrigação colocam-se ao nível da definição do objeto do contrato.
> […]
> Na verdade, só se põe uma questão de responsabilidade relativamente à violação de obrigações ou deveres compreendidos na relação contratual. Ora, tendo sido validamente excluída certa obrigação, o devedor não responde porque não estava vinculado ao seu cumprimento, essa obrigação for a afastada por acordo das partes. Diversamente, porém, no caso de se ter excluído a responsabilidade pela violação do contrato, mantendo-se intactas, apesar da cláusula de exclusão, as obrigações assumidas.
> Em suma, num caso, o devedor não está obrigado a cumprir, porque não há obrigação, não havendo, consequentemente, responsabilidade; no outro, deve cumprir, a obrigação faz parte do contrato, mas, faltando o devedor ao cumprimento, o credor não poderá obter indemnização por força da cláusula de irresponsabilidade.[67]

Em outras palavras, se, em razão da delimitação do objeto contratual, não se depreende uma obrigação exigível do devedor, não há o que se falar sequer em responsabilidade. Por outro lado, a cláusula de não indenizar tem como pressuposto o inadimplemento de uma obrigação

[67] MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 119-120.

certa e vinculante assumida pelo devedor, atuando, portanto, numa etapa posterior, que é a indenização resultante do inadimplemento. Diz-se, por isso, que a delimitação do objeto do contrato atua na fisiologia da obrigação, ao passo que a cláusula de não indenizar se situa no seu momento patológico[68].

Apesar das referidas distinções, a doutrina especializada tem alertado para as estipulações que se referem ao objeto contratual, mas que podem servir como verdadeiras cláusulas de exoneração, especialmente quando buscam retirar do negócio obrigações que integram a sua função econômica[69].

De todo modo, é de se reconhecer que tanto a cláusula de não indenizar quanto a cláusula de delimitação do objeto do contrato são instrumentos contratuais de regulação e distribuição de riscos. No primeiro caso, a regulação se opera em relação ao risco da indenização por inadimplemento, que passa a ser alocado nas esferas contratuais das partes contratantes das mais variadas formas, a depender da modalidade, tipo e conteúdo da cláusula, mas sempre sobre o efeito jurídico consubstanciado na potencial indenização por inadimplemento. A delimitação do objeto contratual atua sobre uma esfera de risco muito mais abrangente, na medida em que diz respeito à concepção da própria obrigação de onde emergirá a responsabilidade e todos os seus efeitos resultantes, que não se limitam à indenização.

Na prática, a parte contratual, ao buscar delimitar o objeto do contrato, compreende que existe alguma probabilidade de a sua contraparte alegar que determinada obrigação está compreendida no objeto contratual, atribuindo a esta probabilidade um impacto relevante. Assim, para neutralizar esse risco, garante que a cláusula descreva apenas o que será efetivamente o conjunto das prestações que se obrigou, sendo usual, ainda, a exclusão expressa daquelas que não estão abrangidas em seu escopo contratual.

Logo, o expediente relativo à delimitação do objeto contratual consubstancia um instrumento de regulação dos riscos emergentes do contrato na medida em que atua exatamente no conteúdo da obrigação de onde pode emergir os riscos associados ao inadimplemento. Tem um aspecto mais amplo, quando comparado à cláusula de não indenizar, que apenas incide em um dos aspectos da responsabilidade, que é a indenização resultante do inadimplemento.

Em suma, apesar das particularidades de cada instituto, autônomos e independentes entre si, pode-se afirmar que a cláusula de não indenizar e a delimitação do objeto do contrato

---

[68] AMIGO, Garcia. ***Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual***. Madrid: Tecnos, 1965, p. 96.
[69] FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105-106.

representam instrumentos de distribuição de riscos contratuais usualmente praticados por agentes econômicos na negociação e celebração de contratos empresariais.

1.3.3 Cláusula de Não Indenizar e Transação

Apesar das distinções técnicas existentes entre os institutos da cláusula de não indenizar e da transação, é inegável, sob a perspectiva fenomenológica do risco, reconhecer que há pontos em comum nas mencionadas tipologias contratuais. Tais similitudes conduziram à conclusão de José de Aguiar Dias no sentido de que a cláusula de não indenizar seria uma espécie do gênero transação[70], assertiva que, apesar de discordarmos, é compreensível.

Conforme se depreende do Art. 840[71] do CC/02, a transação consiste no instrumento por meio do qual os interessados previnem ou terminam litígios mediante concessões mútuas. Carlos Roberto Gonçalves explica que a transação "constitui negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes previnem ou terminam relações jurídicas controvertidas, por meio de concessões mútuas"[72]. Do referido dispositivo, podemos depreender que são requisitos da transação (i) a potencial verificação ou existência real de um litígio entre as partes; e (ii) a realização de concessões mútuas para pôr fim ao litígio potencial ou real, conforme o caso.

Sobre o primeiro requisito legalmente estabelecido, temos que em ambas as modalidades de transação, a preventiva ou a terminativa, existe uma controvérsia estabelecida entre as partes, de onde se pode originar ou já originou um litígio, cujos riscos potenciais as partes podem optar por neutralizar pela transação. Diferentemente, na cláusula de não indenizar não existe controvérsia ou situação jurídica litigiosa preestabelecida que as partes desejam encerrar, mas sim um interesse na regulação de um dos efeitos relacionados a um evento futuro e incerto, que é a obrigação de indenizar decorrente do inadimplemento contratual.

Fábio Henrique Peres também se posiciona no mesmo sentido, como se depreende do trecho de sua obra abaixo transcrito:

> Enquanto a transação se projeta sobre uma determinada situação jurídica litigiosa preestabelecida, a cláusula de não-indenizar recai sobre eventual e futura obrigação de indenizar, não tendo o condão de prevenir ou terminar litígios. Com efeito, conforme já procuramos assinalar ao longo do presente estudo, na hipótese de inadimplemento de determinada obrigação assumida

---

[70] DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)**. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 25.
[71] "Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas."
[72] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 545. v. III.

> pelo outro contratante, a existência de uma cláusula contratual limitativa ou excludente do dever de indenizar aplicável a tal situação concreta não afastará da parte prejudicada, por exemplo, a possibilidade de requerer em juízo a execução específica da obrigação violada ou então de pleitear a resolução do contrato, o que por si demonstra a diversidade de natureza funcional entre os institutos.[73]

A transação e a cláusula de não indenizar estão situadas, portanto, em diferentes momentos da relação jurídica, conforme explica Ana Prata:

> A transacção é o acordo que, tendo por objectivo a prevenção de um litígio futuro ou a extinção de um litígio actual, consubstancia cedências recíprocas das respectivas partes. A sua caracterização distintiva relativamente às cláusulas exoneratórias é frequentemente operada pelo acentuar da diversidade de momentos e que cada um dos acordos intervém: a cláusula de irresponsabilidade necessariamente acordada antes da constituição do direito à indemnização ou da verificação do dano, a transacção obrigatoriamente posterior a essa constituição ou verificação.[74]

No que tange ao requisito da realização de concessões mútuas inerente à transação, nos parece que, em relação à cláusula de não indenizar, existe uma percepção de risco-retorno ou de custo-benefício que se assemelha ao referido requisito legal inerente ao instituto da transação.

Nesta perspectiva, quando agentes particulares pretendem estabelecer uma cláusula de não indenizar num determinado contrato, de um lado, o credor, ao absorver o risco de não ser indenizado total ou parcialmente, faz uma análise entre o risco de não ser indenizado, e o retorno de obter alguma utilidade que justifique este risco conscientemente assumido. De outro lado, o devedor pode consentir em assumir obrigação contratual mais abrangente e/ou mais arriscada em determinado contexto contratual desde que estipulada a cláusula exoneratória ou limitativa. O que estamos a explicar é que a própria noção de risco, que tanto a transação quanto a cláusula de não indenizar partilham, contém o aspecto da percepção risco-retorno, ou, em outras palavras, da recompensa (compreendida como utilidade na doutrina do risco) relacionada à assunção daquela posição jurídica em dada situação. E isso tem parentesco com o requisito de concessões recíprocas presente no instituto da transação. Assim, uma parte que julga possuir uma pretensão, pode dela renunciar, total ou parcialmente, em troca de uma outra vantagem

---

[73] PERES, Fabio Henrique. **Cláusula contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quarter Latin, 2009, p. 79-80.

[74] PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contractual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2020, p. 164.

que julga ser mais vantajosa do que o exercício da referida pretensão. Essa é a lógica da transação.

Fábio Henrique Peres tem compreensão semelhante e chega a defender que a existência de concessão ou contrapartida para a cláusula de não indenizar constitui um de seus requisitos de validade[75]. Neste ponto, ousamos divergir do autor. Isto porque os requisitos de validade dos negócios jurídicos são determinados pela lei, que é silente a este respeito.

Além disso, a tomada de decisão em relação à uma situação de risco já vem lastreada numa percepção de utilidade, em que o tomador do risco compreende que "vale a pena" assumir aquela posição aparentemente mais desvantajosa, numa análise isolada da cláusula, porque avalia que o potencial retorno obtido com o contrato, ou por causa de outra razão que julga ser relevante, compensa a aparente não vantajosidade da estipulação consubstanciada na cláusula de não indenizar.

Neste sentido, Mariana Fontes da Costa explica que o agente contrata por acreditar que a vantagem obtida com a prestação a que tem direito supera a desvantagem da contraprestação e dos riscos que ele identifica como potenciais prejuízos acrescidos emergentes do contrato.[76] Trata-se de típica análise de risco-retorno que todo agente econômico realiza ao decidir acerca da celebração de um determinado negócio jurídico. Trata-se, outrossim, da maximização dos interesses econômicos feita por agentes racionais na ocasião da contratação, como Robert Cooter e Thomas Ulen já explicaram[77].

Apesar das referidas distinções dogmáticas, sob a perspectiva fática do fenômeno do risco enquanto um evento futuro e incerto analisado sob parâmetros de probabilidade e impacto, a cláusula de não indenizar e a transação têm um propósito comum – a regulação de riscos.

Como se depreende do próprio texto legal, por meio da transação as partes desejam prevenir ou terminar litígios. E fazem isso por uma percepção de risco relacionada à incerteza quanto ao potencial litígio instaurado pela contraparte, abrangendo o receio quanto ao ajuizamento de ação ou, se ajuizada, em relação à decisão do órgão judicante que pode ser desfavorável. Roberto de Ruggiero explica essa percepção de risco associada à transação ao afirmar que ela pressupõe "uma relação incerta, isto é, um direito litigioso ou apenas tido como

---

[75] PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quarter Latin, 2009, p. 139. Assim afirma o autor: "É esse, portanto, o parâmetro inicial que propomos para que se possa aferir a validade da cláusula de não-indenizar: a existência de uma real contrapartida à sua estipulação, de forma a assegurar a manutenção do equilíbrio econômico da relação entre as partes contratantes".

[76] COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente das circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2019, p. 374-375.

[77] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **"*Law & Economics*"**. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008, p. 24.

tal, ainda que realmente não seja duvidoso, visto bastar o simples receio da ação, ou se ela já foi intentada, o temor de que o juiz se possa pronunciar desfavoravelmente"[78].

De maneira equivalente opera a cláusula de não indenizar. As partes, cientes de que o inadimplemento é uma incerteza emergente da convenção, regulam um dos seus efeitos, o dever de indenizar resultante de eventual imputação de inadimplemento, por meio da estipulação da cláusula exoneratória ou limitativa, modalidades do gênero cláusula de não indenizar. Assim, buscam conter riscos relacionados à instrução probatória e liquidação da indenização, que podem acometer as esferas contratuais das partes.

Ambos os institutos, assim, apesar de distintos, lidam com o manejo e gestão de riscos decorrentes do contrato, segundo as suas particularidades e propósitos.

1.3.4 Cláusula de Não Indenizar e Seguro de Responsabilidade Civil

A presente abordagem, sem pretender esgotar a complexa temática do tema de seguros e sua conceituação, tem por objetivo diferenciar o seguro de responsabilidade civil e a cláusula de não indenizar, sem deixar de mencionar os elementos de conexão que existem entre as duas figuras, especialmente no que tange à gestão de riscos contratuais.

A proximidade entre os institutos sempre foi destacada pela doutrina especializada tradicional. Em Portugal, os contratos de seguro de responsabilidade civil foram utilizados para justificar, num primeiro momento, a admissão da cláusula de não indenizar perante a ordem jurídica[79].

No Direito brasileiro, o seguro de responsabilidade civil está previsto no Art. 787 do CC/02, de acordo com o qual "o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro." O contrato de seguro de responsabilidade civil é espécie da modalidade geral de contrato de seguro, o qual, segundo o Art. 757 do Código Civil de 2002, é definido como o contrato por meio do qual "o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados."

---

[78] RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999 (tradução da 6. edição italiana), p. 562. v. 3.

[79] É o que relata Ana Prata: "Aquela evolução das concepções jurídicas que se traduziu na cada vez mais ampla admissão do contrato de seguro de responsabilidade parecia, pois, dever acompanhar-se de paralela aceitação das convenções exoneratórias. E não faltou quem justamente argumentasse com a expressa permissão legal do primeiro para sustentar a licitude das segundas, concebidas, aliás, como uma modalidade de seguro, em que o segurador era o próprio lesado eventual. Este, normalmente a troco de uma vantagem consubstanciada na redução do preço, aceitava assumir o risco eventual, cujo encargo caberia por lei ao devedor." (PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contractual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2020, p. 169).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, esta modalidade de seguro consiste na "cobertura ao segurado pelas indenizações que ele eventualmente seja obrigado a pagar por danos causados a terceiros, resultantes de atos ilícitos, independentemente de ter ou não agido culposamente"[80].

O seguro de responsabilidade civil, portanto, importa na transferência da responsabilidade pelo pagamento de indenização do devedor ao segurador. No mesmo sentido, afirma Caio Mário da Silva Pereira que "o seguro de responsabilidade civil tem por objeto transferir para o segurador as consequências de danos causados a terceiros, pelos quais possa o segurado responder civilmente"[81].

Por esta razão, a doutrina afirma que o risco consubstancia o objeto do contrato de seguro, integrando a sua causa[82]. O risco, no caso de seguro de responsabilidade civil, é aquele relacionado à imposição de indenização por perdas e danos a terceiros.

O seguro de responsabilidade civil e a cláusula de não indenizar não se confundem e isso ficará evidente quando examinamos os diferentes regimes nas perspectivas de devedor e credor, respectivamente.

Sob a perspectiva do devedor, a cláusula de não indenizar e o seguro de responsabilidade civil têm por objetivo regular o risco consubstanciado na indenização pelo inadimplemento contratual (ou extracontratual). O regramento contratual se opera de maneira distinta, todavia. Por meio da cláusula de não indenizar, o referido risco é regulado mediante a sua alocação na esfera jurídica do credor, partícipe direto da relação contratual, ao passo que no seguro de responsabilidade civil, o risco da reparação civil é transferido a um terceiro, o ente segurador, mediante remuneração definida como prêmio.

Na perspectiva do credor, contudo, a análise toma rumo diferente. Isto porque, para este, os negócios jurídicos produzem efeitos distintos. Enquanto que a cláusula de não indenizar significa uma subtração total ou parcial de seu crédito indenizatório, risco este que passa a ser por ele absorvido, o seguro de responsabilidade civil atua como uma espécie de garantia de recebimento da indenização decorrente do inadimplemento[83]. Sobre este ponto, Ana Prata assim se posiciona, *in verbis*:

---

[80] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 491. v. III.
[81] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. 10. ed. São Paulo: Forense, 2001, p. 313. v. III.
[82] *Idem, ibidem*, p. 305.
[83] Segundo Ernesto Tzirulnik, Flavio de Queiroz B. Cavalcanti e Ayrton Pimentel, o elemento garantia integra os elementos essenciais do contrato de seguro, além do interesse, risco, prêmio e empresarialidade. (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flavio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

> Por outro lado, se, do ponto de vista do devedor, ambos os mecanismos têm idêntica aptidão para o desembaraçar antecipadamente do risco do encargo indenizatório, do ponto de vista do credor, eles produzem efeitos diversos, opostos mesmo. Enquanto o seguro de responsabilidade tem como efeito um substancial reforço da garantia do credor quanto à obtenção do ressarcimento a que venha a ter direito, a cláusula exoneratória priva-o totalmente (ou quase) dessa garantia, já que, justamente, ele prescinde do direito à indemnização face ao devedor.[84]

Outrossim, sob a ótica do credor, os institutos em exame em nada se assemelham. Uma vez sujeito aos efeitos de uma cláusula de não indenizar, o credor estará tolhido, total ou parcialmente, de um crédito a que teria direito em razão do inadimplemento, estando, portanto, numa situação, teoricamente, desfavorável. Por outro lado, caso tenha sido contratado seguro de responsabilidade civil, o credor estará numa posição mais favorável em comparação a um cenário em que o referido seguro não tivesse sido contratado, hipótese em que estaria sujeito aos riscos relacionados à solvência do devedor. António Pinto Monteiro também explica as diferentes posições jurídicas do credor em ambos os cenários:

> Dir-se-á, apenas, que enquanto o seguro garante a indemnização ao lesado, tornando mais sólida a posição do credor, a cláusula de irresponsabilidade deixa-o sem reparação; por outro lado, enquanto o seguro se fundamenta num princípio de repartição social dos riscos e danos, as cláusulas de exclusão fazem com que o dano seja suportado por uma só pessoa – o lesado -, em benefício do lesante.[85]

Além das distinções relacionadas às funções dos negócios jurídicos em avaliação, temos que pontuar as diferenças de estrutura. O contrato de seguro de responsabilidade civil pode ser definido como contrato típico, bilateral ou sinalagmático, consensual, oneroso e aleatório[86], em que figuram como partes o segurado, na condição de potencial devedor da indenização perante terceiros, e segurador que recebe uma remuneração – o prêmio – para assumir o risco contratado. Assim sendo, o credor de eventual indenização sequer é parte da avença, apesar de ter direito à persecução da indenização em determinados casos, consoante Art. 788, parágrafo único do CC/02[87].

---

[84] PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contractual**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 170.

[85] MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 135.

[86] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 316.

[87] "Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório."

As entidades seguradoras atuam de forma profissional e remunerada, dentro de um segmento empresarial altamente regulado, na gestão de portfólio de riscos, tendo como pilar de sua higidez econômico-financeira o equilíbrio entre os prêmios pagos pelo conjunto de segurados e os sinistros eventualmente consumados, segundo critérios científicos. Desta forma, o segurador realiza uma complexa atividade de equilíbrio atuarial, buscando conciliar a percepção dos prêmios pagos pelos segurados com a expectativa de pagamento de indenizações, segundo cálculos probabilísticos definidos em seu modelo de negócio. Faz parte do trabalho atuarial e estatístico da seguradora prever, tendo como base suas análises e estudos técnicos, a frequência e severidade dos riscos.

Renato Macedo Buranello descreve como funciona a atividade das seguradoras:

> A atividade desenvolvida pelas seguradoras consiste em estimar, mediante cálculos atuariais, a possibilidade da ocorrência de certo fato, normalmente um evento de consequências danosas para os envolvidos. De posses desses cálculos, a seguradora procura aceitar a cobertura dos riscos em questão, contra o pagamento do prêmio. Com o produto do prêmio que recebe de seus segurados, se corretos os cálculos atuariais que realizou, a seguradora não só disporá dos recursos necessários ao pagamento das prestações devidas, em razão dos eventos segurados que se verificarem, como também cobrirá as despesas administrativas e operacionais relacionadas ao seu funcionamento, e obterá lucro.[88]

A cláusula de não indenizar, por outro lado, consiste em negócio jurídico celebrado entre devedor e credor, tendo, ainda, como regra, caráter acessório, pois inserta em outro negócio jurídico de escopo mais abrangente. Não tem como exigência para a sua celebração o pagamento de um preço específico, embora se possa afirmar que a sua estipulação parte sempre de uma análise risco-retorno, esta sim precificada, baseada na utilidade que o agente econômico sujeito ao risco tem sobre a estipulação *versus* a vantagem objetiva que enxerga valor suficiente a justificar a aceitação da cláusula de não indenizar[89].

Outro ponto relevante de distinção entre as avenças sob análise diz respeito a seus efeitos. O seguro de responsabilidade civil não exonera o devedor de toda a extensão da indenização a que está legalmente obrigado, caso esta seja superior ao valor do interesse

---

[88] BURANELLO, Renato Macedo. **Do contrato de seguro**: o seguro garantia de obrigações contratuais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 121.

[89] Claudia Haidamus Perri explica que "nos contratos bilaterais e paritários, em regra os indivíduos fazem escolhas de forma racional visando à maximização de seus interesses. Cada um reconhecerá e assumirá os custos e riscos de sua prestação e a precificará, vale dizer, reclamará uma contraprestação compatível para 'zerar' tais custos e riscos, além de, por óbvio, postular por algo a mais (que nada mais seria do que seu lucro)." (PERRI, Cláudia Haidamus. **Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais**. Orientador: Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi. 2017. 212f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Núcleo de Pesquisa em Direito Civil, São Paulo, 2017, p. 129).

segurado, nos termos do Art. 781[90] do CC/02, de modo que este pode ser instado a pagar o remanescente para a satisfação do crédito devido ao credor, dentro da lógica do princípio da reparação integral. Do mesmo modo, segundo § 4º do Art. 787[91], o segurado permanece responsável perante terceiros no caso de insolvência do segurador. A cláusula de não indenizar, por sua vez, na sua modalidade exoneratória, exclui o dever de indenizar, e, na modalidade limitativa, protege o devedor de eventual cobrança de valores que sobejarem o montante contratualmente definido. Por tais razões, é forçoso reconhecer que são negócios jurídicos dogmaticamente distintos entre si, tanto do ponto de vista estrutural quanto funcional[92].

E sob a perspectiva da regulação convencional do risco, a cláusula de não indenizar e o seguro de responsabilidade civil são negócios jurídicos totalmente díspares? Entendemos que não. Ambos os institutos são instrumentos de gestão de riscos, que são fenômenos qualificados como eventos adversos sujeitos a análises de probabilidade e impacto[93]. A despeito das diferenças de perspectivas considerando as posições de devedor e credor, isto não muda a conclusão de que em ambos os casos as partes estão a se debruçar sobre gestão de riscos emergentes da relação jurídica contratual.

Por tais razões, José de Aguiar Dias afirma que a cláusula de não indenizar e o seguro de responsabilidade civil, apesar da diversidade de fisionomia jurídica, "apresentam, nitidamente, identidade de fim e de origem: derivam da mesma preocupação e atendem ao mesmo propósito"[94].

Assim sendo, por meio do contrato de seguro de responsabilidade civil, o segurado transfere ao segurador, mediante remuneração do prêmio, o risco consistente na probabilidade de pagamento de perdas e danos emergentes do inadimplemento. Uma vez consumada uma dessas hipóteses, o segurador deve pagar a indenização prevista na apólice ao beneficiário.

---

[90] "Art. 781. A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador."

[91] "Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. […] § 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente."

[92] Mais uma vez, trazemos o posicionamento de Ana Prata: "Do ponto de vista estrutural como do funcional, pode, pois, dizer-se que, actualmente, se encontra estabelecida uma clara diferenciação entre o seguro de responsabilidade civil e a convenção de irresponsabilidade, pelo que os respectivos âmbitos de licitude, ainda quando parcialmente coincidentes, não são definidos em função dos mesmos critérios e os respectivos regimes são diversos". (PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contractual**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 171).

[93] Também já escrevemos a respeito: AZEVEDO, Ciro Rangel; LEON, Gustavo Amado. Seguro de responsabilidade civil como instrumento de gestão de riscos do segurado. **Revista Jurídica de Seguros**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 135-152, nov. 2022.

[94] DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)**. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 24.

Já no que tange à cláusula de não indenizar, o devedor transfere ao credor, segundo a lógica estabelecida na respectiva cláusula, total ou parcialmente o risco relacionado à não percepção da indenização resultante do inadimplemento, cuja análise está sujeita ao exame científico de probabilidade e impacto, componentes do risco sob regulação.

Funciona da seguinte maneira: o devedor, avaliando como alta a probabilidade de imputação a si de inadimplementos ao longo do contrato, e que caso isso se materialize a eventual indenização imposta deve lhe causar severos impactos, pode buscar mitigar este risco por meio de uma cláusula de não indenizar no contrato, ou contratar um seguro de responsabilidade civil, tendo a sua contraparte como beneficiário, ou, ainda, emplacar os dois mecanismos, que não são necessariamente excludentes. A contraparte, potencialmente credora, avaliará os benefícios e custos de cada alternativa e tomará uma decisão racional, também baseada em risco, para obter a utilidade esperada do negócio. Assim, poderá chegar a mesma percepção de que poderão ocorrer inadimplementos no contrato (probabilidade) e que a indenização é um componente relevante do negócio (impacto), de forma a aceitar a limitação da indenização, desde que seja contratado um seguro de responsabilidade civil. Ao final, o contrato resultará no arranjo de alocação de riscos que as partes, agentes econômicos empresariais, livremente conceberam.

São modalidades de negócios jurídicos que, apesar de distintos sob as perspectivas de estrutura e função, atuam como instrumentos de regulação convencional do risco do inadimplemento, estando ambos, portanto, acobertados pela autonomia privada para a alocação de riscos, nos termos do Art. 421-A, inciso II, do CC/02.

1.4 Cláusula de Não Indenizar e Responsabilidade Extracontratual

Como já foi elucidado, a cláusula de não indenizar consiste em negócio jurídico por meio do qual as partes negociam a exclusão ou a limitação do dever de indenizar resultante do inadimplemento contratual. Logo, a cláusula de não indenizar regula um risco decorrente da inobservância de um dever jurídico cuja fonte originária é o contrato. A atuação da referida estipulação se dá, portanto, preponderantemente no campo da responsabilidade contratual.

Discute-se, contudo, se a cláusula de não indenizar também poderia ser pactuada no universo da responsabilidade extracontratual (ou aquiliana), em que não se verifica a existência de uma obrigação contratual predeterminada cuja violação faz emergir o dever de indenizar.

Esta questão precisa ser abordada neste momento do trabalho porque se situa no estágio de delimitação do seu objetivo central, que é a revisão dos requisitos de validade da

cláusula de não indenizar em contratos empresariais a partir da noção de risco. Logo, saber se ela pode ser pactuada também nos casos envolvendo responsabilidade civil aquiliana, por meio de contratos empresariais, é importante, pois, em caso de conclusão afirmativa, deverá contemplada na demonstração acerca da revisão dos requisitos de validade desta estipulação contratual como este trabalho se propõe a demonstrar.

A responsabilidade delitual emerge da violação do dever jurídico genérico de não causar dano a outrem (também compreendido como o princípio do *neminem laedere*[95]), que se verifica pela prática de um ato ilícito pelo agente ofensor, conforme dispõem os Arts. 186[96] e 187[97] do Código Civil de 2002. Uma vez consumado o ato ilícito, surge então o dever de indenizar, nos termos do Art. 927[98] do mesmo diploma legal. Trata-se de uma regra que se aplica a todos indivíduos perante a coletividade, independentemente de qualquer relação jurídica prévia.

Assim sendo, é compreensível o questionamento quanto à admissão da cláusula de não indenizar no campo da responsabilidade extracontratual na medida em que não é possível conceber como um indivíduo poderia "antecipadamente excluir a sua responsabilidade perante pessoas que – precisamente por não estarem ligadas entre si por qualquer vínculo jurídico particular – se apresentam como terceiros"[99]. Assim, não seria admitida, via de regra, a possibilidade de uma convenção visando exonerar ou limitar a responsabilidade do lesante perante terceiros com quem nunca teve relação jurídica. Tratar-se-ia, portanto de um impedimento puramente pragmático[100].

O exemplo recorrente trazido para fundamentar a impossibilidade de pacto de não indenizar sobre danos extracontratuais é a situação de um motorista afixar em seu automóvel uma "ressalva" de que não responderá por acidentes que poderá vir a causar[101]. Seria uma estipulação frágil já que sequer conta com o consentimento expresso da contraparte.

---

[95] DONNINI, Rogério. Prevenção dos danos e a extensão do *princípio neminem laedere*. *In*: DONNINI, Rogério; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 483-503.

[96] "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

[97] "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

[98] "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

[99] MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 391-392.

[100] LATA, Natalia Alvarez. ***Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil***. Orientador: José Maria Pena Lopez. 1997. 586f. Tese de doutoramento. Coruña: Faculdad de Derecho a Coruña, 1997, p. 99.

[101] PONZANELLI, Guilio. ***Le clausole di esonero dalla responsabilità civile****: studio di diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 206.

Esta vertente doutrinária sustenta, ainda, que uma vez celebrada uma convenção sobre a responsabilidade extracontratual, esta seria transmudada numa responsabilidade contratual.

Por tais razões é que a doutrina mais tradicional se posicionou no sentido de afastar a incidência da cláusula de não indenizar para as situações jurídicas atinentes à responsabilidade aquiliana[102].

A despeito dos referidos posicionamentos, pensamos que a evolução doutrinária sobre o tema reconhece a admissibilidade da cláusula de não indenizar no universo da responsabilidade extracontratual, sendo que a perspectiva orientadora para esta releitura reside justamente na compreensão acerca da previsibilidade dos danos, os quais passam a ser compreendidos como riscos passíveis de alocação pelos seus partícipes. Previsibilidade nos remete à probabilidade, uma das dimensões do risco, conforme se elucidará no presente estudo.

Neste diapasão, há situações, especialmente quando se verificar a possibilidade de previsão de danos (probabilidade, portanto, de consumação de danos), em que se poderá permitir a convenção autônoma de exoneração ou limitação da indenização resultante da responsabilidade extracontratual, diante da inegável presença de interesses jurídicos merecedores de tutela.

Assim, ainda que a responsabilidade delitual tenha por base o dever de não lesar a outrem, ou seja, uma generalidade de pessoas, isso não obsta que, em determinadas circunstâncias, as partes possam prever riscos que estão regularmente expostos em razão de determinada situação jurídica marcada pela proximidade dos sujeitos de direito e pactuar a cláusula de não indenizar[103].

O primeiro caso usualmente lembrado diz respeito à convenção entre proprietários vizinhos de renunciarem às demandas recíprocas de indenização por eventuais danos causados uns aos outros pelos seus animais de criação ou caça, situação denominada de compáscuo[104].

---

[102] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 948; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 305; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 516-517; LATA, Natalia Alvarez. ***Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil***. Orientador: José Maria Pena Lopez. 1997. 586f. Tese de doutoramento. Coruña: Faculdad de Derecho a Coruña, 1997, p. 116-124.

[103] Luiz Octavio Villela de Viana Bandeira também se posiciona neste sentido, *in verbis*: "o fato de o regime de responsabilidade extracontratual estar direcionado a estabelecer um dever geral de não causar danos perante uma generalidade de pessoas não impede que, em determinadas circunstâncias, as partes possam antever os riscos a que se encontram expostas decorrentes de uma proximidade previsível, estabelecendo a convenção de não indenizar nesses casos." (BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 193).

[104] MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 393; FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133.

Nesta situação, percebe-se que os riscos de que tais danos possam ser causados reciprocamente são plenamente previsíveis e, a despeito de não existir um dever jurídico originário baseado em contrato, há um cenário fático que permite assumir a probabilidade de danos recíprocos. Esta realidade faz nascer interesses jurídicos merecedores de tutela, não se vislumbrando qualquer ilicitude na referida convenção.

O mesmo racional poderia se estender às atividades industriais vizinhas - exploradas por agentes econômicos empresariais - em relação aos ruídos, odores e demais danos causados entre si, de modo que seus proprietários poderiam convencionar a exclusão ou limitação recíproca do dever de indenizar em relação aos danos patrimoniais[105].

José de Aguiar Dias também lembra da situação envolvendo armadores de navios que transitam por rota idêntica e que concordem "em não reclamar reciprocamente reparação pelos danos derivados de abalroação aos respectivos navios"[106].

Outra situação recorrentemente trazida pela doutrina para admitir a cláusula de não indenizar em situação jurídica envolvendo responsabilidade aquiliana é àquela referente à estipulação de cláusula de não indenizar em convenção de condomínio que isenta o condomínio de indenizar os danos causados em garagem do prédio em razão de furtos em automóveis estacionados. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem importantes julgados neste sentido[107].

Também em relações jurídicas mais próximas à esfera obrigacional, mas ainda assim inseridas no campo da responsabilidade delitual, podemos verificar um ambiente para a estipulação da cláusula de não indenizar.

Sabe-se que no âmbito das tratativas preliminares, em que as partes ensaiam a negociação para um potencial negócio jurídico principal, a ruptura abrupta das negociações por uma das partes, violando a legítima expectativa depositada pela contraparte, pode dar azo ao dever de indenizar. Aqui estamos no terreno da responsabilidade pré-contratual, tradicionalmente denominada de *culpa in contrahendo*.

A doutrina diverge acerca da natureza da responsabilidade pré-contratual. Uma vertente defende que seria contratual a responsabilidade emergente de tal situação jurídica sob o fundamento de que as negociações fazem surgir deveres análogos àqueles emergentes de relações jurídicas contratuais ou, por perspectiva diversa, de que a lei impõe determinados deveres já na etapa anterior à formação do contrato, sendo, portanto, uma responsabilidade

---

[105] PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quarter Latin, 2009, p. 121.
[106] DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 218-219.
[107] REsp 168.346/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 20/5/1999, DJ 6/9/1999; REsp n. 31.124/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 29/3/1993, DJ 17/5/1993.

contratual decorrente de lei[108]. Outros autores, contudo, sustentam que a responsabilidade seria extracontratual, já que inexiste relação contratual prévia, de modo que a responsabilidade decorreria do dever geral de não lesar a outrem[109]. Há, ainda, aqueles que advogam pela existência de uma terceira via[110].

A despeito da controvérsia acerca da natureza da responsabilidade no estágio pré-contratual, o que não é objeto deste trabalho, assumindo que a responsabilidade neste caso possa ser extracontratual, como parece ser a doutrina majoritária[111], nada obsta que as partes firmem instrumentos preliminares, como memorando de entendimentos, cartas de intenções, dentre outros, que estipulem uma cláusula de não indenizar para regular riscos relacionados a danos imputados por uma parte à outra em razão da saída imotivada das negociações. Wanderley Fernandes assim elucida:

> Em negociações complexas, como a aquisição de empresas ou a formação de *joint ventures*, é frequente as partes incluírem cláusulas limitando a indenização ou afastando totalmente o dever de indenizar os danos – despesas e custos de transação – pela desistência do negócio. Cláusulas, do nosso ponto de vista, plenamente válidas e eficazes, mesmo que inexistente o contrato perseguido pelas partes. Portanto, prevalecente a tese da teoria extracontratual ou de uma terceira via, é possível afirmar que as cláusulas de limitação ou de exoneração do dever de indenizar são plenamente aplicáveis ao contexto da responsabilidade pré-contratual, não ficando restritas à responsabilidade contratual.[112]

De modo semelhante, em situações envolvendo o surgimento de danos extrapatrimoniais resultantes do inadimplemento do contrato, a cláusula de não indenizar

---

[108] São adeptos da teoria contratualista, alguns autores tradicionais da doutrina estrangeira, como Francesco Benatti na Itália (BENNATI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual (com a correspondência entre os preceitos do Direito Italiano e do Direito Português)**. Tradução de Vera Jardim e Miguel Caieiro. Coimbra: Almedina, 1970, p. 149-150); e Carlos Alberto da Mota Pinto em Portugal (PINTO, Carlos Alberto da Mota. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. Dissertação apresentada ao 6. ano de Ciências Histórico-Jurídicas no ano letivo de 1959-60. *In*: **Suplemento XIV do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, 1966, p. 151).

[109] ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 57; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 74, entre outros.

[110] Regis Fitchner assim se posiciona: "A responsabilidade pré-contratual tem natureza específica, sui generis. Ela configura Cuma 'terceira via' da responsabilidade civil, porque demanda tratamento diverso dos que a lei confere à responsabilidade de natureza contractual e à responsabilidade aquiliana" (FICHTNER, Regis. **A responsabilidade civil pré-contratual**. Rio de Janeiro: Processo, 2023, p. 220).

[111] *Idem, ibidem*, 2023, p. 217.

[112] FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137. *e-book*.

também poderá encontrar ambiente adequado à sua implementação[113], especialmente nos contratos empresariais.

Além dos aspectos acima, vale ressaltar que a cláusula de não indenizar pactuada para esses casos visam regular interesses jurídicos merecedores de tutela que projetam repercussões na esfera patrimonial de seus participantes, sem qualquer ofensa à ordem pública.

Não merece prosperar o argumento de que a convenção "contratualiza" a relação extracontratual. Não se deve confundir a convenção com a situação a que ela se reporta. Neste sentido, o fato de as partes regularem por convenção os danos emergentes de uma relação jurídica extracontratual, isso não a converte em contratual, pois os danos ainda têm origem no ato ilícito previsto, e não numa relação obrigacional pretérita que fora violada. É o que explica António Pinto Monteiro, *in verbis*:

> Em suma, uma coisa é a convenção de irresponsabilidade, em si mesma, outra, a situação a que ela se reporta, pois a simples circunstância de se estipularem cláusulas sobre responsabilidade civil (nas palavras de Pessoa Jorge) não significa que esta seja necessariamente obrigacional: não é o facto de estar contemplada em um contrato que torna contratual a responsabilidade [...].[114]

Neste contexto, a partir da compreensão das referidas situações, podemos concluir que a cláusula de não indenizar também pode ser estabelecida no âmbito de relações jurídicas estabelecidas por agentes empresariais no contexto de contratos empresariais que busquem regular também a responsabilidade extracontratual, desde que sejam capazes de racionalmente identificar e prever objetivamente os danos que possam resultar de determinada atividade, numa típica análise sobre gestão de riscos acerca da probabilidade e impacto de sua materialização.

Os danos são compreendidos como riscos emergentes daquela determinada situação, permitindo aos sujeitos a adoção de medidas adequadas a seu gerenciamento, incluindo a estipulação da cláusula de não indenizar alocá-los segundo a sua conveniência e oportunidade.

Deste modo, a tese central deste trabalho no sentido de propor a revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar a partir de uma visão de risco em contratos empresariais também será aplicável ao exame da admissibilidade de tal estipulação em contratos empresariais que tenham por objeto a regulação da indenização emergente da responsabilidade delitual.

---

[113] BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016.

[114] MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 398-399.

1.5 Natureza Jurídica: Negócio Jurídico de Alocação de Riscos

Esta tese tem por objetivo geral demonstrar a necessidade de revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar em contratos empresariais a partir da visão fenomenológica de risco. Nesta perspectiva, faz-se importante descrever a natureza jurídica da cláusula de não indenizar, com o enfoque na sua função de instrumento de efetiva alocação de riscos. Esta abordagem auxiliará na defesa da conclusão proposta, no sentido de que tais requisitos, como consagradamente tratados pela doutrina tradicional, podem ser revistos para que esta função possa ser adequadamente desempenhada.

Dentro da hermenêutica acerca da classificação dos negócios jurídicos, a cláusula de não indenizar, abrangidas suas modalidades exoneratória e limitativa, consiste em negócio jurídico, via de regra, de caráter acessório, consensual, bilateral, oneroso, não solene e atípico. Além das referidas classificações usuais da doutrina clássica, também se compreende que a cláusula de não indenizar deve ser classificada como negócio jurídico instrumental de alocação de riscos.

Passando ao exame individualizado de sua classificação, vale esclarecer, inicialmente, que no regime jurídico dos bens, dispõe o CC/02 que o bem acessório é aquele cuja existência supõe a do principal, consoante Art. 92[115] do referido diploma legal. Em matéria de negócios jurídicos, especificamente quanto à sistemática das nulidades, dispõe o Art. 184 que "respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal."

Segundo a prática contratual predominante, a cláusula de não indenizar usualmente é pactuada no bojo de um contrato principal, que disciplina as prestações devidas por uma parte à outra. Reside aí o seu caráter acessório, na medida em que a sua validade, como regra, está diretamente condicionada àquela do contrato principal, atraindo a incidência da regra prevista no supramencionado Art. 184 do CC/02. Nada impede, contudo, que a referida estipulação seja feita em documento apartado, desde que anterior ao inadimplemento, o que não descaracteriza a sua natureza acessória[116].

---

[115] "Art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal."

[116] PERES, Fábio Henrique. Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 45.

O seu caráter consensual, por sua vez, decorre do fato de que o mero acordo de vontades é suficiente para constituir uma cláusula de não indenizar, de modo que esteja apta a produzir regularmente seus efeitos jurídicos. O consentimento, como regra, deve ser expresso e inequívoco[117].

É também a cláusula de não indenizar um negócio jurídico bilateral, pois resulta da verificação de duas ou mais declarações negociais validamente emitidas. Aliás, a cláusula de não indenizar é pactuada em razão da existência de risco de indenização decorrente de inadimplemento contratual praticado pela contraparte, do que se depreende a necessidade da existência de um negócio jurídico bilateral subjacente, estipulado com obrigações recíprocas, para que justifique a sua razão de ser.

Também se compreende que a cláusula de não indenizar consubstancia um negócio jurídico oneroso. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, os contratos onerosos são aqueles em que os contraentes "obtém proveito, ao qual, porém, corresponde a um sacrifício"[118]. A cláusula de não indenizar pressupõe uma percepção de utilidade, consubstanciada em análise de risco-retorno, em que são ponderadas as eventuais desvantagens como os respectivos benefícios decorrentes da estipulação da avença[119]. Embora a cláusula de não indenizar seja pactuada no interesse do devedor, que delimita o risco da indenização, o credor, tolhido da integralidade da indenização a que teria direito, vislumbra uma utilidade objetiva, podendo ser traduzida numa vantagem[120], que poderá ser tangível (desconto no preço, por exemplo) ou intangível

---

[117] Arnold Wald faz menção à bilateralidade do consentimento como fundamento da cláusula de não indenizar. (WALD, Arnold. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 131-138, jul./set. 2015). Em sentido distinto, José de Aguiar Dias admite a possibilidade de convenção tácita em determinados casos: "quando faltasse a demonstração, acima feita, da possibilidade de estipulação, poderia ser dito que esse raciocínio faz caso omisso de um ponto, a saber, o de que, se não há cláusula expressa, entre as partes, pode haver cláusulas tácitas e nesses casos não se trataria de cláusulas intervenientes, nem de contrato, mas de situações em que, pelas circunstâncias de fato, são as partes consideradas como se dando, reciprocamente, exoneração de atos culposos não intencionais." (DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 219).

[118] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72. v. III.

[119] "A primeira delas seria que o indivíduo, em regra, sempre estaria disposto a alcançar mais, maximizando suas vantagens, benefícios e proveitos. Escolher de forma racional importa que o agente, tendo conhecimento das vantagens e dos custos associados de determinado bem ou serviço, prefere aquele que lhe proporcionará maior utilidade. A escolha é feita mais em razão dos benefícios do que dos possíveis custos que possam surgir. Quando escolhe de forma racional, o agente o faz segundo padrão das suas informações ou da maneira como as considera." (PERRI, Cláudia Haidamus. **Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais**. Orientador: Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi. 2017. 212f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Núcleo de Pesquisa em Direito Civil, São Paulo, 2017, p. 37).

[120] Fabio Henrique Peres defende que a contrapartida a que nos referimos seria mais um dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar, como se extrai da seguinte passagem: "É esse, portanto, o parâmetro inicial que propomos para que se possa aferir a validade da cláusula de não indenizar: a existência de uma real contrapartida à sua estipulação, de forma a assegurar a manutenção do equilíbrio econômico da relação entre as partes contratantes". (PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 139).

(expectativa de outros negócios, obtenção de alguma vantagem em outro negócio jurídico conexo[121] etc.). A utilidade que o credor depreende da cláusula de não indenizar faz configurar a sua natureza onerosa.

A cláusula de não indenizar também é negócio jurídico não solene, pois prescinde, como regra, de qualquer forma especial para que possa ser validamente pactuada, em conformidade com o princípio da liberdade das formas, previsto no Art. 107 do CC/02[122].

Tendo em vista que a cláusula de não indenizar carece de uma específica e ordenada sistematização legal, podemos dizer que se trata de negócio jurídico atípico, o que é autorizado pelo Art. 425[123] do CC/02.

Além de analisar a cláusula de não indenizar segundo a técnica de classificação tradicional dos negócios jurídicos, propomos que a referida cláusula também seja examinada como um negócio jurídico instrumental de alocação de riscos emergentes da convenção[124].

Apesar de todo contrato representar uma transação sobre riscos, a cláusula de não indenizar, à semelhança do que ocorre no seguro, tem o risco como sua *essentialia negotii*[125]. Nessa linha de raciocínio, Carlos Roberto Gonçalves, complementando o conceito, sustenta que a cláusula tem por função alterar, em benefício do contratante, o jogo dos riscos, pois estes são transferidos para a vítima[126].

Essa classificação se deve à função da cláusula de não indenizar no sentido de alterar o regime do risco da indenização por perdas e danos. Isto porque a regra geral da indenização se escora na reparação integral do dano, nos termos do Art. 944[127]. Na medida em que credor e

---

[121] *Idem, ibidem*, p. 140. O autor também faz menção acerca da possibilidade de a contrapartida se dar em outro negócio jurídico: "a título exemplificativo, o contrato de adesão pode ter sido celebrado no contexto de uma relação contratual mais ampla, encontrando-se a contrapartida pela anuência à cláusula de não-indenizar em um outro negócio jurídico".

[122] "Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir."

[123] "Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código."

[124] Renata Mota Maciel Madeira Dezem e Marcelo Sacramone também indicam a cláusula de não indenizar como modalidade de contrato de gerenciamento de risco, como se depreende da seguinte passagem: "Por outro lado, o contrato pode servir como gerenciador dos riscos, sobretudo quando versar sobre cláusula de não indenizar ou mesmo de limitação do valor da indenização nos casos de danos decorrentes do cumprimento do contrato ou por uso do produto[124], hipóteses que podem, muitas vezes, incidir em contratos de consumo." (DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. A responsabilidade civil sob o aspeto econômico. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, São Paulo, v. 3, p. 100-130, 2015, p. 115).

[125] Wanderley Fernandes, em tópico específico intitulado "cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade como instrumentos de alocação de riscos", afirma que "as cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade, consideradas as condições especiais e os riscos de cada operação econômica, poderão fazer a sintonia fina da alocação de riscos, modulando a extensão da aplicação do regime geral de responsabilidade ao negócio específico." (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67. *e-book*).

[126] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 877.

[127] "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano."

devedor estabelecem, por exemplo, uma cláusula de limitação da indenização, este arranjo legal se altera, de forma que o devedor passa a estar exposto a uma indenização limitada (e não à sua extensão total), ao passo que o credor consente em não receber a integralidade da indenização a que teria direito. E faz isso em busca de alguma utilidade ou vantagem que lhe interesse. Trata-se, pois, de uma transação sobre os riscos, como destaca a doutrina[128].

Para ilustrar essa transação sobre riscos, Paulo Brancher explora a cláusula de "melhores práticas" costumeiramente adotadas em contratos para implantação de projetos de tecnologia, em que o contratado se obriga a seguir as melhores práticas do mercado, ou seja, adotar normas, *frameworks* e metodologias reconhecidamente utilizadas no mercado para garantir a qualidade e o resultado do projeto que pretende implantar. Tendo em vista amplitude que a expressão tem o condão de denotar, podendo abranger regras e práticas nacionais e internacionais, o autor sugere, como medida de regulação do risco de imposições de responsabilidades e indenização ao contratado, a fixação de cláusulas de limitações de responsabilidade do fornecedor, ou mesmo tetos de indenização[129]. A cláusula de não indenizar entra em cena, portanto, como um mecanismo de regulação de risco para proporcionar um equilíbrio no programa contratual

Somado a isso, reiteramos que a nova redação prevista no Art. 421-A, inciso II[130], interpretada à luz do Art. 113, §1º, V[131], do CC/02, conferiu uma maior concretude normativa ao princípio da autonomia privada, conferindo às partes a prerrogativa de autorregulamentação de seus interesses privados, o que compreende a livre regulação dos riscos que podem derivar da operação econômica que agentes privados pretendem se engajar.

Por tais razões, defende-se, neste trabalho, que a cláusula de não indenizar apresenta natureza jurídica de um instrumento lícito de alocação de riscos relacionados ao inadimplemento contratual potencialmente emergente de negócios jurídicos, atraindo a

---

[128] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201. "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".

[129] BRANCHER, Paulo M. R.. A adoção da cláusula de "melhores práticas' na implantação de projetos de tecnologia e seus efeitos em situações de litígio. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, v. 11, p. 107-123, 2012, p. 121.

[130] "Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: […]; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; [...]."

[131] "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: […]; V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração."

imediata incidência da regra prevista no Art. 421-A, inciso II, do CC/02. A constatação acerca de sua natureza jurídica será fundamental para sustentar e demonstrar a necessidade de revisão de seus requisitos de validade, como tradicionalmente atribuídos pela doutrina clássica.

1.6 Regime Jurídico da Cláusula de Não Indenizar no Código Civil de 2002

Atualmente, é pacífico que a cláusula de não indenizar, abrangidas as modalidades exoneratória e limitativa, é admitida no Direito brasileiro, desde que observadas as exigências legais aplicáveis aos negócios jurídicos em geral[132] e determinados requisitos construídos pela doutrina e jurisprudência. Fabio Henrique Peres esclarece que cumpridos determinados requisitos de validade, em geral, faculta-se às partes inserir nos instrumentos que regulam suas relações contratuais uma previsão expressa no sentido de excluir ou limitar o referido dever de reparar[133].

O STJ tem reconhecido a validade e eficácia da cláusula de não indenizar, notadamente em contratos paritários, isto é, em que se verifica a igualdade de condições de negociação entre as partes contratantes. No âmbito do regime jurídico dos contratos de prestação de serviço regidos pelo CC/02, o STJ se posicionou no sentido de que "não há abusividade da cláusula contratual que permite a rescisão unilateral no contrato por prazo determinado sem o pagamento da indenização prevista no art. 603 do CC"[134]. Vale lembrar que o Art. 603[135] estabelece uma indenização correspondente à retribuição vencida e metade do que corresponderia à remuneração pelos serviços que seriam prestados até o final do prazo contratual. Assim, no mencionado julgado o STJ reconheceu a possibilidade de exclusão da indenização estabelecida no referido artigo. Em julgado mais recente, o STJ reconheceu a validade da cláusula de não indenizar em contrato de distribuição e representação comercial estabelecido entre as partes[136].

Já de partida, vale ressaltar que o enfoque definido para o presente trabalho é o regime jurídico da cláusula de não indenizar à luz do Código Civil de 2002, restrito ao âmbito das

---

[132] Vale registrar o entendimento contrário de Ruy Rosado de Aguiar, de acordo com o qual "a existência da cláusula de não indenizar, celebrada anteriormente à resolução, é contrária à lei e, assim como a renúncia prévia ao direito de resolver, não pode ser aceita." (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 271).

[133] PERES, Fábio Henrique. Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 42.

[134] STJ. AgInt no AREsp 2.054.403/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/8/2022, DJe 15/8/2022.

[135] "Art. 603. Se o prestador de serviço for despedido sem justa causa, a outra parte será obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocaria de então ao termo legal do contrato."

[136] STJ. REsp 1.989.291/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator para acórdão Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 7 nov. 2023, DJe de 23 nov. 2023.

relações jurídicas estabelecidas por meio de contratos empresariais paritários[137], isto é, celebrados por agentes econômicos empresariais na persecução de lucro em equivalentes condições negociais. Neste sentido, não pretendemos nos debruçar com profundidade acerca do regime jurídico da cláusula de não indenizar em relações jurídicas reguladas por legislações especiais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor[138], Leis das Estradas de Ferro[139], Lei nº 7.565/1986 (Código Brasileiro da Aeronáutica)[140] e Convenção de Varsóvia[141], entre outras. O regime da cláusula de não indenizar nos contratos de adesão, ainda que celebrados por empresários, também não integra este trabalho.

A doutrina nacional é predominante no sentido de que a cláusula de não indenizar, até o presente momento[142], não possui um regramento sistematizado no ordenamento jurídico brasileiro, depreendendo o seu fundamento jurídico da autonomia privada[143]. Com efeito, ao

---

137 "Contratos paritários, portanto, podem ser tidos como aqueles em que a liberdade de contratar é exercida de modo equivalente entre as partes, seja por não estar presente uma relação de consumo, seja por não ter see formado mediante adesão a um conteúdo contratual predeterminado." (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Comentário ao artigo 421-A do Código Civil: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coords). **Direito Privado na Lei de Liberdade Econômica: Comentários**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 521).

138 O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, 12 set. 1990, p. 1; ret. 10 jan. 2007, p. 1) regula em seu Art. 51, I, que são nulas de pleno direito as cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que "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." Do mesmo modo, o CDC também estipula em seu Art. 25, *caput*, que "é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores."

139 O Art. 12 do Decreto n. 2.681/1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, dispõe que "A cláusula da não garantia das mercadorias, bem como a prévia determinação do máximo de indenização a pagar, nos casos de perda ou avaria, não poderão ser estabelecidas pelas estradas de ferro senão de modo facultativo e correspondendo a uma diminuição de tarifa. Serão nulas quaisquer outras cláusulas diminuindo a responsabilidade das estradas de ferro estabelecida na presente lei."

140 O Art. 247 da Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro da Aeronáutica, estabelece que "É nula qualquer cláusula tendente a exonerar de responsabilidade o transportador ou a estabelecer limite de indenização inferior ao previsto neste Capítulo, mas a nulidade da cláusula não acarreta a do contrato, que continuará regido por este Código (artigo 10)."

141 Art. 23, item 1, da Convenção de Varsóvia, promulgada pelo Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931, que dispõe sobre regras relativas ao transporte internacional de pessoas, bagagens ou mercadorias, efectuado por aeronave mediante remuneração, estabelece que "Será nulla, e de nenhum effeito, toda e qualquer clausula tendente a exonerar o transportador de sua responsabilidade, ou estabelecer limite inferior no que lhe fixa a presente Convenção, mas a nullidade desta clausula, não acarreta a do contracto, que continuará regido pelas disposições da presente Convenção."

142 O anteprojeto de revisão do Código Civil pretende incluir o Art. 946-A, que passará a regular expressamente o instituto, *in verbis*: "Art. 946-A. Em contratos paritários e simétricos, é lícita a estipulação de cláusula que previamente exclua ou limite o valor da indenização por danos patrimoniais, desde que não viole direitos indisponíveis, normas de ordem pública, a boa-fé ou exima de indenização danos causados por dolo."

143 Neste sentido, afirma Arnold Wald, *in verbis*: "A previsão de cláusulas que limitem ou excluam a responsabilidade contratual constitui, destarte, lídima manifestação do princípio da autonomia da vontade das partes – desde que atendidos determinados requisitos – que rege as relações contratuais, a despeito de não ser recebida com muita simpatia pelo ordenamento jurídico brasileiro, havendo discussões acerca da moralidade da

contrário do que se verifica no Código Civil italiano[144] e na lei portuguesa[145], cujos diplomas regulam as cláusulas exoneratórias e limitativas do dever de indenizar, o CC/02 não disciplina o instituto de forma direta e ordenada.

Luiz Octavio Villela de Viana Bandeira assim se posiciona sobre a ausência de regramento sistematizado da cláusula de não indenizar no Direito brasileiro:

> A análise dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar em nosso ordenamento jurídico deve enfrentar a circunstância de não ser possível encontrar na legislação um regramento amplo e sistemático sobre a matéria, como por vezes ocorre com outros institutos. Ao levar-se em conta dispositivos esparsos no Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e leis especiais, o panorama geral de validade da cláusula surge por entre a verificação de disciplinas de situações jurídicas específicas que permitem ao intérprete indicar em quais situações ela será considerada válida ou não.[146]

Todavia, além dos dispositivos que regulam os requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, que também são aplicáveis à cláusula de não indenizar, o Código Civil de 2002 estabelece regras objetivas para algumas situações jurídicas específicas a respeito da convenção de exoneração ou limitação da indenização.

O Art. 946 do CC/02, dispositivo previsto no Capítulo II, do Título IX, sobre a indenização no âmbito da responsabilidade civil, dispõe que "se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar."

Ainda que da leitura do referido dispositivo possa se depreender uma possível referência à cláusula penal, dada a menção acerca de disposição no contrato fixando a indenização, ou seja, prefixando as perdas e danos exatamente como se pratica por meio da cláusula penal, é possível entender que a cláusula de não indenizar, ao menos em sua feição limitativa, também está abrangida pelo referido dispositivo, na medida em que a expressão

---

sua instituição." (WALD, Arnold. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 133, jul./set. 2015).

144 Art. 1.229 do Código Civil italiano: "*É nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico*."

145 Art. 800 do Código Civil português: "(Actos dos representantes legais ou auxiliares) 1. O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor. 2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública."

146 BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana Bandeira. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 127.

"fixando a indenização" pode ser interpretada como indicação legal no sentido de fixar um limite máximo à indenização[147].

Em matéria de evicção, o legislador também permitiu às partes, por cláusula expressa, "reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção", consoante Art. 448[148], do CC/02. A responsabilidade pela evicção, evidentemente, abrange a repercussão indenizatória potencialmente decorrente, que pode ser excluída ou diminuída, segundo o referido dispositivo legal, do que se depreende a admissibilidade das cláusulas exoneratórias e limitativas para esses casos.

O Art. 734, parágrafo único[149], do CC/02, relativo ao transporte de pessoas e suas bagagens, permite que o transportador exija a declaração do valor do bem para efeitos da limitação da indenização relativa às bagagens. Vale dizer que tal regramento se aplica apenas aos danos materiais sobre as bagagens, restando intocada eventual indenização decorrente de qualquer dano relativo às pessoas transportadas. Ressalta-se, ainda, que a permissiva legal para esta hipótese específica diz respeito apenas à limitação da indenização, e não abrange, portanto, a possibilidade de convenção de exclusão da indenização resultante de perdas e avarias nas bagagens[150].

O Art. 750[151] do CC/02, por sua vez, que trata do transporte de coisas, não somente autoriza a cláusula limitativa, como define legalmente que a responsabilidade do transportador é limitada ao valor indicado no conhecimento do transporte[152]. Em relação à exclusão da

---

147 No mesmo sentido: AVELAR, Letícia Marquez. **A cláusula de não indenizar**: uma exceção do Direito contratual à regra da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 2012, p. 141; BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 129.

148 "Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção."

149 "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. Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização."

150 Luiz Octavio Villela de Viana Bandeira reforça este ponto: "O Código Civil em seu art. 734, caput, determina a nulidade da convenção que exclua a responsabilidade do transportador pelos danos causados à pessoa transportada e suas bagagens. O parágrafo único do dispositivo, porém, abre a oportunidade para que o transportador exija a declaração do valor da bagagem para estabelecer o limite da indenização devida. Além da observação de que a norma só abre exceção em se tratando da bagagem – restando intocável a indenização decorrente de qualquer dano relativo à pessoa transportada – cabe ainda apontar que esse é um dos casos em que a lei só admite a limitação, por meio da declaração do valor dos bens, e não a exclusão total do dever de indenizar. Note-se que tal dispositivo não retira a possibilidade de se demandar por lucros cessantes ou danos extrapatrimoniais, se for o caso." (BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 136).

151 "Art. 750. A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado."

152 "Apesar da vedação à cláusula de não indenizar no âmbito dos contratos de transporte de coisas, a limitação do montante indenizatório nessa seara – que já vinha sendo admitida pela jurisprudência, desde que a convenção das partes nesse particular não se traduzisse em um valor irrisório – foi expressamente regulamentada pelo art. 750 do

indenização no transporte de cargas, apesar de inexistir norma legal para este caso, prevalece o entendimento segundo o qual esta modalidade de cláusula também não é admissível, com base no Enunciado 161 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF). É o que se depreende de julgado do STJ[153].

Do mesmo modo, apesar das relações de consumo não integrarem este trabalho, vale também a referência ao Art. 51, I[154], do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que estipula a possibilidade de convenção de limitação da indenização, em situações justificáveis, quando se tratar de relação de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica. A referência é importante, pois indica a intenção do legislador de ser mais permissivo à adoção das cláusulas limitativas quando se depreender, na situação jurídica concreta, uma equivalência negocial entre os participantes da relação jurídica, de modo que seja verificada a efetiva negociação da cláusula[155]. Nesta ordem de ideias, se o legislador admitiu, em determinadas relações de consumo, a possibilidade de convenções limitativas da indenização, disso decorre que em contratos empresariais celebrados no contexto de relações paritárias regidas pelo CC/02, as referidas cláusulas terão ainda mais espaço para serem entabuladas[156].

Além das referidas disposições esparsas que permitem depreender a admissibilidade da cláusula de não indenizar, o CC/02 também vedou expressamente a adoção de determinadas modalidades de cláusula de não indenizar em algumas relações jurídicas específicas.

Código Civil, que determina ser a responsabilidade do transportador 'limitada ao valor constante do conhecimento', o qual é emitido pelo transportador ao receber a coisa, com a menção dos dados que a identifiquem (art. 744)." (AVELAR, Letícia Marquez. **A cláusula de não indenizar**: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 2012, p. 120-121).

153 STJ. Recurso Especial n .076.465/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasil: 8 de outubro de 2013.

154 "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; [...]."

155 Rizzato Nunes, ao explicar o conceito de "situações justificáveis" assim se posiciona: "A nosso ver, essa expressão ('situações justificáveis'), que é, de fato, um limite posto à exceção aberta da possibilidade de estipular clausula que, por sua vez, também limite o dever de indenizar, pressupõe duas hipóteses para o atingimento de sua finalidade: a) que o tipo de operação de venda e compra de produto ou serviço seja especial, fora do padrão regular de consumo; b) a qualidade do consumidor pessoa jurídica, por sua vez, também justifique uma negociação previa da cláusula contratual." (NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 418).

156 Luiz Octavio Villela de Viana Bandeira também assim se posiciona, *in verbis*: "no entanto, talvez o exemplo mais claro de que a cláusula de não indenizar deva ser considerada válida, em princípio, em nosso ordenamento vem da abertura interpretativa possível a partir do art. 51, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. Ainda que o núcleo do dispositivo vede expressamente a possibilidade de inserção da cláusula em contratos de consumo em que o consumidor é pessoa natural, sua parte final abre pelo menos a possibilidade que haja cláusula limitativa quando o consumidor for pessoa jurídica, diante de 'situações justificáveis'. Dessa forma, se no âmbito das relações de consumo – que estabelece vetores mais protetivos ao possível credor da obrigação de indenizar – a cláusula deve ser considerada válida em determinadas circunstâncias, a posição interpretativa mais convincente é aquela que admite às partes o poder de as fixarem nas relações que não estejam inseridos no âmbito de proteção ao consumidor". (BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 129).

Voltamos, então, aos contratos de transporte de pessoas e suas bagagens. Conforme já explicado, a súmula 161 do STF já estabelecia que "em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar". A vedação foi transposta ao Art. 734, *caput*[157], do CC/02, que é categórico ao estabelecer que "o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade." Como dito acima, o parágrafo único do mesmo dispositivo, todavia, admite a modalidade limitativa da indenização, autorizando o transportador a "exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização."

Apesar de a referida Súmula 161 do STF também ser aplicada no plano doméstico para negar validade às cláusulas de exclusão da indenização no transporte de cargas, especialmente no modal ferroviário em razão do disposto no Art. 12 do Decreto nº 2.681/1912 (Lei das Estradas de Ferro), é de se ressaltar que inexiste no ordenamento jurídico privado qualquer dispositivo que estabeleça esta proibição, que deve ser considerada válida, especialmente no âmbito de contratos empresariais estabelecidos por agentes econômicos em condições paritárias de negociação[158]. Neste sentido, o STJ já se posicionou no sentido da validade da cláusula de não indenizar inserta em contrato de transporte internacional, quando manifesta a igualdade dos sujeitos integrantes da relação jurídica[159].

A doutrina também indica como uma restrição à cláusula de não indenizar, em sua modalidade de limitação temporal, a regra contida no Art. 618 do CC/02, de acordo com a qual "nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo." A lógica é a seguinte: se

---

[157] "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."

[158] Ressalve-se, ainda, que embora o art. 12 do Decreto n. 2.681/1912 (Lei das Estradas de Ferro) disponha que a cláusula da não garantia das mercadorias bem como a prévia determinação do máximo de indenização a pagar, nos casos de perda ou avaria, não poderão ser estabelecidas pelas estradas de ferro senão de modo facultativo e correspondendo a uma diminuição da tarifa; serão nulas quaisquer outras cláusulas diminuindo a responsabilidade das estradas de ferro estabelecida na presente lei, não há, na espécie, vedação ao ajuste de não indenizar. Com efeito, "o dispositivo não informa de nulidade todas as cláusulas de não indenizar. Ao contrário. Ele as admite no transporte de mercadorias desde que estabelecidas facultativamente (isto é, desde que haja aceitação expressa) bem como redução correspondente de tarifa. [...]. Assim sendo, no âmbito de transporte terrestre de mercadorias, tratando-se de relação paritária, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, disposição legal que proíba a celebração de cláusula de não indenizar, sendo certo, contudo, que a jurisprudência majoritária dos tribunais estaduais, bem como dos superiores, nega, reiteradamente, a validade de tal pactuação." (TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 593-595. v. X). Em sentido contrário, ver: PEREIRA, Vinicius. **Cláusula de não indenizar**: entre riscos e equilíbrio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 48.

[159] STJ. REsp 1.076.465/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 8/10/2013, DJe de 25/11/2013.

o empreiteiro deve responder pelo prazo irredutível de cinco anos, logo não se admite que possa excluir ou limitar, no tempo, o dever de indenizar que resulta desta garantia legal[160].

Por fim, como mencionamos o CDC como hipótese de admissibilidade de cláusulas limitativas em situações envolvendo fornecedor e consumidor pessoa jurídica "em situações justificáveis", também não podemos deixar de mencionar os Arts. 51, inciso I, primeira parte[161] e 25[162], do CDC, os quais proíbem estipulações que impossibilitem, exonerem ou limitem a obrigação de indenizar do fornecedor ao consumidor nas relações de consumo.

Tendo em vista que a cláusula de não indenizar consiste em negócio jurídico como qualquer outro, não há dúvidas de que seu regime jurídico está subordinado às regras legais aplicáveis àquele.

Desta forma, sendo um negócio jurídico, a cláusula de não indenizar também deve ser analisada em três planos, a saber, os planos da existência, da validade e da eficácia, de forma a verificar a sua plena realização[163]. Pontes de Miranda esclarece as diferenças entre os referidos planos, conforme trecho a seguir transcrito:

> 1. Existir e valer. – Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois que se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.

---

[160] É como pensa Guilherme Valdetaro Mathias, *in verbis*: "a supressão da regra, que permitia, por acordo das partes, que se afastasse a obrigação de construir com solidez e segurança caso existissem problemas no solo, é mais uma demonstração da inafastabilidade da garantia legal criada pelo art. 618 do Código Civil. Por todos os pontos acima expostos, que vão do texto da lei até sua evolução histórica, fica claro que a obrigação de construir com solidez e segurança é essencial, elemento integrador do tipo, que, *ipso facto*, não pode ser afastada - nem ela, nem suas consequências - pela autonomia da vontade das partes. E essa inafastabilidade atingirá todos os contratos de construção, abrangendo todas as modalidades de empreitada e o contrato de EPC, dentre outros. A alocação dos riscos, que é inerente aos contratos de EPC, se dá dentro de limites dentre os quais os ditados pelas regras de ordem pública e pelas normas essenciais do tipo contratual." (MATHIAS, Guilherme Valdetaro. A cláusula de não indenizar e a obrigação de construir com segurança e solidez. **Migalhas de Peso**, [*s. l.*], 1 jun. 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/387514/clausula-de-nao-indenizar-e-obrigacao-de-construir-com-seguranca. Acesso em: 21 jul. 2023.

[161] "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos."

[162] "Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores."

[163] AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24.

> 2. Valer e ser eficaz. – Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes. O testamento, antes da morte do testador, nenhuma outra eficácia tem que a de negócio jurídico unilateral, que, perfeito, aguarda o momento de eficácia. Há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir validade ou invalidade. De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo[164].

Com efeito, o plano da existência é analisado à luz dos elementos gerais do negócio jurídico, que são aqueles elementos sem os quais o negócio jurídico sequer pode existir. Segundo a técnica da eliminação progressiva[165], caso não seja possível identificar os referidos elementos, a análise do negócio jurídico se encerra nessa etapa, não avançando, pois, para as etapas subsequentes em que são analisados, sucessivamente, os requisitos de validade e fatores de eficácia do negócio jurídico.

Evidentemente, todos os elementos de existência do negócio jurídico giram em torno da declaração negocial[166].

Para a classificação dos elementos de existência do negócio jurídico, faz-se necessário, primeiramente, identificar qual negócio jurídico sob enfoque, isto é, se o negócio jurídico em abstrato, enquanto espécie de ato jurídico *lato sensu*, ou se de algum negócio jurídico em particular, a exemplo da compra e venda, locação etc. Isso porque a classificação dos elementos de existência do negócio jurídico há de ser gradual, considerando o grau de abstração, partindo do mais abstrato (negócio jurídico enquanto conceito e espécie dos atos jurídicos em geral) até o particular, levando em consideração as características da respectiva categoria (contrato, enquanto espécie de negócio jurídico[167]) e a modalidade particular de contrato (compra e venda, locação, dentre outros).

---

[164] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. Atualizado por Marco Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 66-67. t. IV.

[165] "O exame do negócio, sob o ângulo negativo, deve ser feito através do que batizamos com o nome de técnica de eliminação progressiva. Essa técnica consiste no seguinte: primeiramente, há de se examinar o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio (dito "ato inexistente") e, então, essa aparência não passa como negócio, para o plano seguinte, morre no plano da existência. No plano seguinte, o da validade, já não entram os negócios aparentes, mas sim somente os negócios existentes; nesse plano, os negócios existentes serão, ou válidos, ou inválidos; se forem inválidos, não passam para o plano da eficácia, ficam no plano da validade; somente os negócios válidos continuam e entram no plano da eficácia. Nesse último plano, por fim, esses negócios, existentes e válidos, serão eficazes ou ineficazes (ineficácia em sentido restrito)" (AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 63-64.)

[166] AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [s.e], 1986, p. 20.

[167] Como ensina Silvio Rodrigues: "Dentro da teoria do negócio jurídico, é tradicional a distinção entre o atos unilaterais e os bilaterais. Aquele se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, enquanto estes dependem da coincidência de dois ou mais consentimentos. Os negócios bilaterais, isto é, o que decorrem de acordo de mais de uma vontade, são os contratos. Portanto, o contrato representa uma espécie do gênero negócio

Tendo essa premissa como base, os elementos de existência do negócio jurídico podem ser assim classificados: a) elementos gerais, isto é, comum a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, não sendo comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócios[168].

Dentre os elementos gerais, aqueles necessários para a existência de todo e qualquer negócio jurídico, podemos encontrar os elementos intrínsecos e os extrínsecos. Os primeiros dizem respeito à forma, ao objeto e às circunstâncias negociais, ao passo que os últimos referenciam a identificação do sujeito, lugar e o tempo do negócio jurídico.

Primeiramente, abordaremos o elemento da forma na ótica do plano da existência. Importante ressaltar que a forma assume duas feições em matéria de negócio jurídico: a forma geral e a forma vinculada. A forma geral consiste na maneira pela qual a vontade do sujeito é revelada. Está no plano da existência. De acordo com Nathalia Masson, a forma "segundo uma definição geral, é a modalidade através da qual a vontade do particular se manifesta no exterior"[169]. Prossegue a autora aduzindo ainda que "um negócio jurídico, por conseguinte, manifesta-se no exterior sempre e necessariamente através de uma forma qualquer, uma estrutura morfológica que o possibilite ser conhecido no plano social"[170]. Do ponto de vista de forma em geral dentro do plano da existência, em matéria de cláusula de não indenizar, basta que os particulares exteriorizem, por escrito, a declaração negocial no sentido de realizar um acordo para exonerar ou limitar a indenização resultante do inadimplemento.

Ainda no plano da análise dos elementos gerais intrínsecos, exige-se que o negócio jurídico tenha um objeto, isto é, que tenha um conteúdo, conforme a declaração negocial dos sujeitos particulares, que pode se materializar nas diversas cláusulas de um contrato, em disposições testamentárias, dentre outros. O objeto do negócio jurídico, portanto, revela o seu conteúdo negocial, materializando o fim do negócio jurídico[171] e correspondentes efeitos perseguidos pelas partes contratantes. Especificamente em relação à cláusula de não indenizar, o seu objeto consiste na estipulação livremente pactuada no sentido de excluir ou limitar a

---

jurídico. E a diferença específica entre ambo consiste na circunstância de o aperfeiçoamento do contrato depender da conjunção da vontade de duas ou mais partes". *In*: RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

[168] Esta classificação foi proposta por Antônio Junqueira de Azevedo. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32.

[169] MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, 2006, p. 169-170.

[170] *Idem, ibidem*, p. 169-170.

[171] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p 119.

indenização que poderá ser exigida em razão de eventual inadimplemento contratual. Pode-se ir além: a cláusula de não indenizar tem objeto a regulação do risco do inadimplemento.

As circunstâncias negociais, por sua vez, consistem nos fatores, baseados em padrões culturais, que indicam que determinada declaração negocial foi emitida com a finalidade de produzir determinados efeitos jurídicos no ambiente social em que foi veiculada. A declaração, pois, inserida no contexto das circunstâncias negociais, gera a crença social que foi emitida com propósito de produção de efeitos jurídicos concretos, assumindo o seu revestimento de declaração negocial.

Vale lembrar que o caráter jurídico da declaração reside não no querer do emissor, mas sim da crença social de que a referida declaração é revestida de materialidade jurídica. Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, as circunstâncias negociais são "um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigido à produção de efeitos jurídicos"[172]. No caso da cláusula de não indenizar, as circunstâncias negociais, especialmente no ecossistema dos contratos empresariais, se manifestam com a declaração negocial do devedor, aceita por meio da declaração negocial do credor, no sentido de excluir ou limitar o dever de indenizar que pode ser imputado àquele como decorrência da inexecução contratual. Tais declarações são emitidas, usualmente, dentro de um contexto de análise pragmática e racional de riscos do negócio, que passa a fazer parte da racionalidade econômica do negócio.

Os elementos gerais extrínsecos traduzem o conceito segundo o qual a declaração negocial deve ter sido emitida por um sujeito, em determinado tempo e lugar. Evidentemente, como estamos tratando da figura do negócio jurídico consubstanciado na cláusula de não indenizar, haverá a necessidade de identificação dois ou mais sujeitos, de forma a verificar a presença de duas ou mais declarações negociais destinadas à formação do negócio jurídico.

A doutrina explica que tais elementos não seriam apenas extrínsecos, como também pressupostos[173], no sentido de que existem antes mesmo de o negócio jurídico ser entabulado. A razão é lógica: para se falar em negócio jurídico, há de se verificar a declaração negocial, a qual, por sua vez, necessariamente, foi emitida por alguém, num determinado espaço de tempo e em algum lugar.

A doutrina tem dado pouca atenção aos elementos extrínsecos do negócio jurídico. Contudo, tais elementos projetam fatores importantes. Com efeito, a figura do sujeito, enquanto

---

[172] AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.
[173] *Idem, ibidem*, p. 33.

elemento extrínseco do negócio jurídico, tem relevância para a identificação daqueles que figuram como parte do contrato ou são meramente terceiros.

Em relação ao tempo do negócio jurídico, inúmeras são as disposições do código civil cujos efeitos dependem da verificação do tempo em que se deu o negócio jurídico. Vide, por exemplo, os Arts. 158, § 2º[174], 295[175], 299[176], 320[177], dentre outros. O tempo, ainda, adquire grande relevância em matéria de decadência – fenômeno de extinção de direito potestativo pelo decurso do tempo.

Em matéria de cláusula de não indenizar, tendo em vista que a sua frequência mais comum é dentro de um contrato subjacante regulador de uma operação complexa, a produção de seus efeitos se dará no mesmo momento em que o contrato a que ela se reporta entrar em vigor.

Por fim, o elemento extrínseco relativo ao lugar, do mesmo modo como se dá em relação ao tempo, também influencia na interpretação e aplicação de diversos institutos. O lugar do negócio jurídico tem impacto na identificação da lei aplicável, nos casos de obrigações entre sujeitos de diferentes jurisdições, nos termos do art. 9º[178] do diploma "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro" (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), dentre outros. A cláusula de não indenizar usualmente terá como lugar mais frequente o mesmo praticado para o contrato em que a estipulação foi inserida.

O plano da validade, por sua vez, consiste na verificação da regularidade do negócio jurídico, isto é, na sua adequação às exigências legais. Nesse plano, a lei estabelece determinados requisitos que, se ausentes, podem implicar na nulidade ou anulabilidade de determinado negócio jurídico, a depender do caso. Tais requisitos, vale dizer, são qualificações dos elementos de existência do negócio jurídico.

---

[174] "Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. [...] § 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles."

[175] "Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé."

[176] "Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava."

[177] "Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante."

[178] "Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem."

A lógica dos requisitos de validade tem por base viabilizar a segurança jurídica, de forma a garantir a regularidade da declaração negocial dos particulares na dinâmica da vida em sociedade e no comércio jurídico.

Adotando a metodologia elaborada por Antônio Junqueira de Azevedo, os requisitos de validade e regularidade da declaração podem ser agrupados em requisitos relativos à formação, requisitos relativos à estrutura e requisitos relativos ao fim do negócio jurídico. A falta de qualquer desses requisitos leva à irregularidade da declaração negocial[179].

Os requisitos inerentes à formação estão associados à proteção da integridade da vontade, reunindo os pontos relativos à capacidade do sujeito e à verificação da inexistência dos denominados vícios do consentimento (erro, dolo, coação, estado de necessidade e lesão), os quais, se verificados, importam na anulabilidade do negócio jurídico, nos termos do art. 171, II[180], do Código Civil de 2002. Para os propósitos desta tese, assume-se que os agentes econômicos partícipes dos contratos empresariais são agentes capazes e que o negócio não foi praticado sob vício de consentimento ou social.

Avançando na classificação de Antônio Junqueira de Azevedo, temos os denominados requisitos inerentes à estrutura do negócio jurídico, abrangendo nesse conceito a forma e o objeto do negócio jurídico no plano da validade.

Quanto à forma, vigora no sistema civil o princípio da liberdade das formas, consoante art. 107 do Código Civil de 2002, segundo o qual "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir". O sistema privilegiou a liberdade das formas com o objetivo de assegurar a autonomia privada das partes contratantes, que, dessa maneira, estão livres para fazer uso de qualquer forma para a exteriorização da declaração negocial e, consequentemente, para a celebração de negócios jurídicos.

Em caráter excepcional, contudo, em razão dos interesses tutelados ou por simples política legislativa, a lei impõe que o ato deve observar uma determinada forma especial para ser válido. É o caso, por exemplo, dos negócios jurídicos envolvendo direitos reais, nos termos do Art. 108[181] do Código Civil, com valores superiores a trinta vezes o maior salário mínimo

---

179 AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986, p. 105.

180 "Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores."

181 "Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País."

vigente no País. A observância ao requisito da forma está prevista no Art. 104, inciso III[182], sob pena de nulidade, nos termos do Art. 166, incisos IV e V[183], todos do Código Civil de 2002.

Em relação à cláusula de não indenizar, temos que, como regra, a lei não impõe forma especial para a sua celebração, bastando a sua reprodução por escrito e o acordo inequívoco de vontades no sentido de regular o risco da indenização por inadimplemento por meio de sua exclusão ou limitação.

Quanto às exigências relacionadas ao objeto do negócio jurídico, a lei exige que esse seja lícito, possível, determinado ou determinável, consoante Art. 104, inciso II[184], sob pena de nulidade, nos termos do art. 166, II[185], ambos do Código Civil de 2002. A cláusula de não indenizar tem por objeto a regulação contratual do risco consubstanciando na indenização por inadimplemento, de forma que as partes optam por livremente excluí-la ou limitá-la, dadas as circunstâncias e demais características do negócio. É lícito, portanto, o objeto da cláusula de não indenizar por tutelar interesses legítimos das partes contratantes, os quais, como regra, não possuem vedação legal, salvo hipóteses expressamente definidas na lei, como ocorre em relação às cláusulas excludentes da responsabilidade nos contratos de transporte de pessoas e de suas bagagens, nos termos do Art. 734[186], além de outras hipóteses legais.

Quanto aos requisitos da possibilidade e determinabilidade, tais aspectos estão presentes na cláusula de não indenizar, à medida em que seu objeto diz respeito à exoneração ou limitação da indenização resultante do inadimplemento, que é um risco passível de quantificação, como será exposto.

O Art. 166, VI, dispõe, ainda, que os negócios jurídicos serão nulos quando tiverem por objetivo fraudar lei imperativa. O Art. 2.035, parágrafo único, do CC/02, por sua vez, estipula que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos." Do mesmo modo, o Art. 3º, VIII[187], da Lei de Liberdade Econômica, prevê a

---

182 "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: [...]; III - forma prescrita ou não defesa em lei."

183 "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...]; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; [...]".

184 "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: [...]; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; [...]".

185 "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...]; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;"

186 "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."

187 "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...]; VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública; [...]."

garantia de livre estipulação de negócios jurídicos empresariais, com ressalva à ordem pública. São comandos legais que se aplicam a todos os negócios jurídicos, incluída a cláusula de não indenizar e suas modalidades.

Com efeito, a cláusula de não indenizar deverá observar os requisitos de validade dos negócios jurídicos previstos no Art. 104[188] c/c 166[189] do CC/02, que incluem (i) a capacidade dos agentes; (ii) a licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; (iii) observância de eventual forma prescrita em lei, além das demais hipóteses do já mencionado Art. 166. Do mesmo modo, a cláusula de não indenizar não poderá contrariar preceitos de ordem pública, conforme disposto no Art. 2.035, parágrafo único[190], do CC/02, e Art. 3º, inciso VIII[191], da Lei de Liberdade Econômica.

Como decorrência do regime de validade dos negócios jurídicos em geral, a doutrina predominante relaciona determinados itens como requisitos de validade da cláusula de não indenizar, isto é, exigências que, se presentes no caso concreto, podem resultar na invalidade da cláusula, considerando as regras legais que regulam o regime dos negócios jurídicos em geral. Os referidos itens decorrem dos requisitos legais descritos no CC/02, sobre os quais abordamos acima.

1.6.1 Introdução aos Requisitos da Cláusula de Não Indenizar na Doutrina Tradicional

O objetivo desta tese consiste em propor a revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar em contratos empresariais a partir da noção fenomenológica de risco. Neste item optamos por trazer uma visão geral introdutória sobre os requisitos de validade

---

188 "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei."

189 "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção."

190 "Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

191 "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: […]; VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública; [...]."

consagradamente indicados pela doutrina tradicional, de forma que, ao final do trabalho, nos debrucemos especificamente sobre os fundamentos relacionados à revisão sugerida.

Com efeito, a cláusula de não indenizar, para que seja considerada lícita, segundo a doutrina tradicional, deverá observar os seguintes requisitos: (1) não poderá afastar ou diminuir o dever de indenizar quando o inadimplemento decorrer de dolo ou culpa grave; (2) não poderá prevalecer nos casos de inadimplemento de obrigação essencial do contrato; (3) não poderá violar ordem pública e normas cogentes; (4) não poderá ser pactuada quando se tratar de danos pessoais.

José de Aguiar Dias, em sua obra "Da Responsabilidade Civil", deixou claro que são ilícitas as cláusulas de não indenizar "de transferência de obrigações essenciais do contratante, as que exonerem de responsabilidade pelo dolo ou culpa grave e, em geral, todas as que interessem à proteção da vida, da integridade física e da saúde do contratante."[192] No mesmo sentido, Antônio Junqueira de Azevedo afirmou que são nulas as cláusulas de não indenizar que a) exonerem o agente, em caso de dolo; b) vão diretamente contra norma cogente - às vezes, dita de ordem pública; c) isentem de indenização o contratante, em caso de inadimplemento da obrigação principal; e d) interessem diretamente à vida e à integridade física das pessoas naturais[193]. Por fim, fazemos referência ao posicionamento de Arnold Wald, que também inclui como pressupostos de validade da cláusula a inexistência de exoneração do agente em caso de dolo ou culpa grave; a ausência de isenção do contratante pelo pagamento de indenização relativa ao inadimplemento de obrigação principal - a cláusula de não indenizar não pode ser estipulada para afastar ou transferir obrigações essenciais do contratante[194].

Contudo, tais requisitos permanecem plenamente aplicáveis às cláusulas de não indenizar previstas em contratos empresariais? É o que este trabalho responderá.

Pois bem. No que diz respeito ao dolo, as razões para que as cláusulas de não indenizar sejam reputadas como inoperantes decorrem de aspectos jurídicos e morais[195].

Sob a perspectiva estritamente jurídica, os argumentos mais utilizados para sustentar a inoperância das cláusulas de não indenizar pactuadas para o inadimplemento decorrente de dolo são os seguintes: (i) desconfiguração da natureza obrigacional do contrato; (ii) vedação às

---

[192] DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 672. v. II.

[193] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 200. "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".

[194] WALD, Arnold. A cláusula de limitação de responsabilidade no Direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 137, jul./set. 2015.

[195] BIANCA, C. Massimo. ***Dell'inadempimento delle obbligazioni, art. 1218-1229**: commentario del Codice Civile*. SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (a cura). Bologna: Nicola Zanichelli, 1967, p. 397.

condições meramente potestativas; e (iii) necessidade de reprovação jurídica à conduta do inadimplente que atuou com dolo[196].

Sobre o primeiro ponto, a doutrina sustenta que haveria uma desconfiguração da natureza obrigacional do contrato, pois o devedor salvaguardaria a possibilidade de deliberadamente não cumprir a prestação, o que também representaria uma condição potestativa, na medida em que condiciona o cumprimento da obrigação à sua vontade livre[197]. Seria, nesta visão, uma autorização para delinquir[198].

A questão que se coloca, todavia, é se, a partir do que se compreende como risco e da possibilidade de seu livre tratamento no âmbito dos contratos empresariais, especialmente quando se trata do dolo específico relacionada à intenção deliberada da parte em descumprir o contrato, absorvendo todas as sanções contratuais previstas, o requisito de validade relacionado à impossibilidade de estipulação de cláusula de não indenizar para essas hipóteses de dolo permanece exigível.

Passando para o exame da culpa grave como requisito de validade da cláusula de não indenizar, o tema não é pacífico na doutrina.

Neste sentido, há autores que defendem a tese de que a culpa grave, apesar de ser um instituto jurídico diverso, deve receber o mesmo tratamento daquele conferido ao dolo, de modo que a cláusula de não indenizar pactuada para a inexecução decorrente de culpa grave deve ser igualmente reputada como nula. Trata-se de interpretação que se funda na equiparação da culpa grave ao dolo traduzida pelo aforisma "*culpa lata dolo aequiparatur".* Este é o posicionamento predominante da doutrina tradicional[199].

---

196 Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes propõem este resumo, como se depreende do trecho a seguir: "há dois argumentos que, em regra, são utilizados para fundamentar a impossibilidade de ajustes limitativos em caso de dolo: (i) a convenção ficaria desnaturada porque o ajuste se equipararia a verdadeira condução puramente potestativa (vedada pelo art. 122 do Código Civil), na medida em que tal cláusula poderia ter o efeito prático de tornar o cumprimento da obrigação dependente apenas da vontade do devedor e (ii) a suposta necessidade de se punir a conduta do inadimplente". (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 283-284. v. 4).

197 PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2020, p. 285-286.

198 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201. "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".

199 Neste sentido: MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 235-236; OLIVEIRA, Nuno Manoel Pinto. **Cláusulas acessórias ao contrato**: cláusulas de exclusão e limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 13; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 202. "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

A referida equiparação da culpa grave ao dolo traduz a ideia segundo a qual a violação grosseira e/ou displicente de um dever jurídico deveria ser tratada da mesma forma daquela decorrente de um ato intencional e deliberado de inadimplir como ocorre na conceituação clássica do dolo[200]. Por esta razão, do mesmo modo que não se admite a cláusula de não indenizar para o caso de dolo, também não se admitiria para o caso de culpa grave do devedor.

Esta tese propõe a revisitação deste requisito, sugerindo a sua revisão, tendo como pressuposto a liberdade conferida aos agentes econômicos empresariais de alocar o risco da indenização por inadimplemento, depreendido das percepções de probabilidade e impacto, independentemente do grau de culpa atribuído ao devedor. Além disso, vale destacar a dificuldade que reside na definição do que seja culpa grave, especialmente em contratos complexos que regulam sofisticadas operações econômicas, em que as partes se encontram de tal forma integradas por redes de obrigações recíprocas, que a atribuição do grau de culpa por se tornar inviável. Este trabalho aprofundará esses fundamentos ao longo de seu percurso.

Ainda segundo a doutrina especializada, as cláusulas excludentes e limitativas do dever de indenizar também devem ser reputadas como ilícitas quando importarem na violação de normas de ordem pública e/ou quando contrariarem normas cogentes[201]. Trata-se de aplicação direta de todo um arranjo legal protetivo à ordem pública, notadamente do Art. 166, inciso VI, do Art. 2.035, parágrafo único, ambos do Código Civil de 2002, do Art. 17 do Decreto-Lei nº 4.657/42, conhecido como "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro", e do Art. 3º, inciso, VIII[202] da Lei de Liberdade Econômica.

---

terceiro. Estipulação em favor de terceiro"; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 506-507; WALD, Arnold. A cláusula de limitação de responsabilidade no Direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 137, jul./set. 2015.

[200] Em Portugal, Antonio Pinto Monteiro traz uma contextualização sobre esta clássica equiparação, *in verbis*: "A equiparação em geral, da culpa grave ao dolo tem raízes bem antigas, devendo-se ao que parece, a uma interpolação em textos de direito romano concernentes à responsabilidade contratual (estendendo-se depois à responsabilidade delitual), justificada pelo facto de suscitar uma reprovação ética e social semelhante ao dolo, não merecendo consideração quem age de forma tão censurável [...]." (MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1985. p. 234).

[201] Em nossa visão, os referidos institutos são distintos, embora exista uma equivalência de efeitos jurídicos, notadamente em matéria de negócios jurídicos. Segundo Roberto Brebbia: "*todas las leyes de orden público son imperativas, pero no ocurre a la inversa, toda vez que el legislador puede acordar imperatividad absoluta a ciertas leyes, para proteger intereses particulares, sin que tengan por sutento la noción de orden público. […]. Además, las simples leyes imperativas y las de orden público diferen en su operatividad, encuanto las segundas, a diferencia de las primeras, no exigen una prohibición expresa o implícita para producir la nulidad o ineficacia del acto*" (BREBBIA, Roberto. *Intento de caracterización jurídica de la noción de orden público. In*: AMEAL, Oscar J. ***Derecho privado***. Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 91).

[202] "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: […]; VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública; [...]."

A vedação de pactos contratuais que impliquem em violação da ordem pública não se discute. Contudo, em matéria de cláusula de não indenizar em contratos empresariais, enquanto mecanismo de alocação do risco do inadimplemento entre as partes, a interpretação do conceito de ordem pública deve sofrer os influxos das características dos contratos empresariais, do perfil de seus contraentes e da finalidade por eles perseguida, especialmente no que diz respeito à liberdade contratual de alocação de riscos emergentes da convenção. Logo, o conceito de ordem pública, na condição de requisito imposto à cláusula, deve ser revisto e adaptado a este contexto, não devendo servir como simples argumento retórico para vedar a prática da cláusula de não indenizar. Esta tese buscará demonstrar isso concretamente.

Discute-se se a cláusula de não indenizar seria admitida quando tiver por objetivo isentar ou limitar o dever de indenizar resultante do descumprimento de obrigação principal do contrato, sendo admitida, por conseguinte, apenas quando se tratar de inexecução de obrigações assessórias.

As opiniões que defendem a inoperância da cláusula quando invocada para situações envolvendo inadimplemento de obrigação principal se embasam na necessidade de preservação do vínculo obrigacional, que poderia ser desconfigurado caso se admitisse a isenção e/ou limitação de indenizar resultante de sua inexecução pelo devedor[203]. Disso decorreria a conclusão de que a referida cláusula somente seria considerada válida quando seu objeto abranger o descumprimento de obrigações acessórias, cuja violação não afetaria a essência do contrato[204].

Cumpre indagar: à luz da compreensão do risco e do ambiente dos contratos empresariais, este requisito permanece aplicável? Em linha com o objetivo geral pretendido, esta tese propõe a revisão deste requisito, que não se encontra aderente à visão fenomenológica de risco e de sua alocação nos contratos empresariais.

Por fim, as vozes preponderantes da doutrina especializada indicam que as cláusulas de não indenizar devem ser reputadas como inválidas quando tiverem por objetivo exonerar ou limitar o dever de reparar os denominados danos pessoais[205]. O fundamento reside na

---

[203] MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 125; VENOSA, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 60.

[204] CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. As garantias e a exclusão da responsabilidade no novo direito brasileiro da compra e venda. *In*: GRUNDMANN, Stefan; SANTOS, Margarida dos (Coord.). **Direito contractual entre liberdade e proteção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 132.

[205] PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 146.

indisponibilidade dos bens jurídicos tutelados, que defluem da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional intocável.

Esta tese, contudo, tem como delimitação os contratos empresariais celebrados por empresários, na forma de sociedades empresárias, de modo que a sua aplicação deve ser restrita à análise sobre a cláusula de não indenizar oponível a eventuais danos extrapatrimoniais resultantes da relação jurídica estabelecida por contratos empresariais.

Dentro desta perspectiva, faz sentido que a liberdade contratual das partes seja tolhida num ambiente contratual marcado por uma análise e alocação objetiva de riscos em contratos empresariais? Qual seria a ilicitude, por exemplo, em se pactuar uma cláusula de não indenizar que buscasse, além de limitar o montante de indenização resultante do inadimplemento no âmbito da responsabilidade contratual, regulasse a exclusão de indenizações decorrentes de eventuais danos morais alegadamente sofridos em razão do inadimplemento (responsabilidade extracontratual)? Da mesma forma, não vislumbramos qualquer óbice à sua estipulação.

Assim, este trabalho também questiona este, que não comporta a noção fenomenológica de risco em tais ambientes empresariais, os quais, na visão deste pesquisador, podem admitir a regulação da indenização por danos extrapatrimoniais eventualmente resultantes do inadimplemento.

De todo o exposto, para o objetivo geral dessa pesquisa, serão considerados como requisitos de validade da cláusula de não indenizar que merecem revisão as seguintes exigências:

(1) seu pacto não deve prevalecer nos casos de dolo ou culpa grave (havendo divergência neste último caso);
(2) a estipulação não pode violar ordem pública e/ou normas cogentes;
(3) sua celebração não pode prevalecer em face de obrigações essenciais do contrato; e
(4) a cláusula não pode ter como objeto a indenização decorrente de danos pessoais.

Os requisitos acima arrolados podem ser revistos a partir da visão fenomenológica de risco e da compreensão acerca da cláusula de não indenizar nos contratos empresariais.

1.7 Interpretação da Cláusula de Não Indenizar no Ambiente dos Contratos Empresariais

No presente Capítulo, pretendemos abordar o tema relativo à interpretação da cláusula de não indenizar no âmbito dos contratos empresariais, isto é, entabulados entre agentes econômicos em equivalentes condições de barganha que celebram negócios jurídicos na persecução do lucro.

A atividade de interpretação de negócios jurídicos tem por objetivo avaliar o conteúdo da declaração negocial veiculada no negócio jurídico, de forma a compreender, assim, a extensão de seus correspondentes efeitos jurídicos para seus convenentes. Neste sentido, assim explica Francisco Paulo De Crescenzo Marino em obra sobre interpretação, *in verbis*:

> Todo negócio jurídico deve ser interpretado. A demonstração dessa assertiva é simples. Por meio da interpretação, determina-se o conteúdo do negócio jurídico, qual seja, o conjunto de preceitos ou regras que dele emanam, quer sejam expressos ou declarados, isto é, contidos na declaração negocial, quer sejam implícitos ou não declarados. Outrossim, é comum afirmar que interpretar um negócio jurídico é determinar o seu sentido ou significado. Ora, todo negócio jurídico tem (ou pode ter) conteúdo (ou sentido). Logo, todo negócio jurídico deve ser interpretado[206].

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre regras de interpretação dos negócios jurídicos, e aqui propomos nos restringir a alguns dispositivos do Código Civil de 2002. Comecemos pelo Art. 112 de acordo com o qual "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".

Do referido dispositivo, depreende-se uma prevalência da intenção consubstanciada na declaração negocial do que a literalidade do clausulado proposto. Trata-se da intenção comum das partes, que é "o postulado normativo de toda interpretação contratual: encontrá-la é o objetivo da indagação hermenêutica"[207]. Vale ressaltar que a intenção a que se refere o texto legal é àquela "que resulta da declaração"[208], e não da vontade íntima do agente.

A declaração negocial, por sua vez, representa a exteriorização do conteúdo negocial do negócio jurídico e deve ser analisada sob uma perspectiva objetiva, em que são consideradas

---

[206] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65

[207] NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Comentário ao artigo 113 §§1º e 2º do Código Civil: interpretação contratual a partir da lei da liberdade econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coords). **Direito Privado na Lei de Liberdade Econômica: Comentários**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 329.

[208] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 100.

as circunstâncias negociais e a percepção social do que usualmente se espera da referida declaração, segundo a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

As circunstâncias negociais, portanto, consistem nos fatores, baseados em padrões culturais, que indicam que determinada declaração negocial foi emitida com a finalidade de produzir determinados efeitos jurídicos no ambiente social em que foi veiculada. A declaração, pois, inserida no contexto das circunstâncias negociais, gera a crença social que foi emitida com propósito de produção de efeitos jurídicos concretos, assumindo o seu revestimento de declaração negocial.

Vale reforçar que o caráter jurídico da declaração reside não no querer do emissor, mas sim da crença social de que a referida declaração é revestida de materialidade jurídica. Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, as circunstâncias negociais são "um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigido à produção de efeitos jurídicos"[209].

No mesmo sentido, Emilio Betti destaca que o objeto da interpretação é "a declaração ou o comportamento, enquadrados no conjunto de circunstâncias que lhe confere significado e valor"[210].

Agora vamos relembrar alguns aspectos sobre a cláusula de não indenizar para explorar os parâmetros de sua interpretação com base no mencionado Art. 112 do CC/02. A cláusula de não indenizar objeto do presente trabalho consiste na estipulação contratual por meio da qual as partes contratantes, agentes econômicos paritários, pactuam a exoneração ou a limitação do dever de indenizar resultante de eventual inadimplemento contratual no âmbito dos contratos empresariais.

Quando estipulam a referida cláusula, independentemente de sua modalidade, as partes se lançam num expediente estratégico de gestão de riscos emergentes da convenção, em que o devedor e credor negociam o risco do inadimplemento consubstanciado na indenização, alocando-o em seus respectivos escopos contratuais. E fazem isso porque reconhecem que o inadimplemento, dadas as características daquele determinado contrato, complexidade da operação regulada, dentre outros fatores, é um evento de probabilidade e magnitude determináveis, caracterizando-o como um risco passível de livre regulação convencional.

---

[209] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 103

[210] BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo II. 1. ed.Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. P. 237..

As declarações negociais emitidas no sentido de pactuar convenções desta natureza, especialmente em contextos negociais de determinados tipos de contratos empresariais de alta sofisticação, são amplamente reconhecidas no ambiente social em que usualmente costumam ser praticadas, representando um instrumento legítimo de alocação de riscos entre as partes contratantes, aspecto este que deverá orientar a interpretação do aplicador do Direito instado a analisar a cláusula de não indenizar[211]. São cláusulas socialmente típicas, na definição de Paula A. Forgioni[212].

Logo, depreende-se das convenções que visam estabelecer a cláusula de não indenizar a intenção, consubstanciada na declaração, de conter os efeitos da potencial indenização emergente do inadimplemento, de modo que esse risco passe a ser um fator objetivamente dimensionável para as partes e determinante para a tomada de decisão acerca da formação do negócio jurídico.

O Art. 113, por sua vez, traz uma série de disposições acerca da interpretação dos negócios jurídicos, os quais, por consequência natural, exercem forte influência sobre a interpretação da cláusula de não indenizar. Abaixo a sua transcrição:

> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
> § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:
> I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;
> II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;
> III - corresponder à boa-fé;
> IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e
> V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.
> § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Primeiramente, cabe ressaltar que o Art. 113 foi modificado pela Lei nº 13.874, de 2019, também conhecida como "Lei de Liberdade Econômica", que incluiu o §1º, incisos I a V

---

[211] Francisco Paulo De Crescenzo Marino aponta que vários elementos podem influenciar na interpretação do negócio jurídico, incluindo a sua "natureza empresarial ou existencial; a qualificação dos contratantes; e a relação entre o objeto do contrato e a atividade por eles desempenhada". (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170)

[212] FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais**: teoria e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 53

e §2º, com o objetivo de reforçar a autonomia privada das partes e preservar o conteúdo do negócio jurídico como efetivamente negociado entre as partes, evitando interferências do Estado[213].

A doutrina já se manifestou em tom crítico em relação à Lei de Liberdade Econômica[214], mas é de se reconhecer que a sua veiculação traz impactos à balança principiológica, reforçando ainda mais o preceito da autonomia privada, especialmente no contexto de contratos paritários, que abrangem os contratos empresariais, ambiente negocial no qual este trabalho se assenta.

O *caput* do Art. 113 faz alusão à boa-fé e aos usos do lugar da celebração como fatores que devem orientar a interpretação do negócio jurídico.

No que diz respeito à boa-fé, princípio também reproduzido no inciso III, do § 1º do mesmo dispositivo, aqui estamos a tratar da boa-fé objetiva em sua função interpretativa, consoante classificação proposta por Antônio Junqueira de Azevedo[215], enquanto instituto destinado a orientar a atividade do intérprete na compreensão do conteúdo negócio jurídico e seus efeitos à luz dos valores que emanam da boa-fé objetiva.

Nesta ordem de ideias, como deve ser aplicada a função interpretativa da boa-fé na cláusula de não indenizar? Explicamos. A referida função deve auxiliar o intérprete no sentido de reconstruir, a partir do cânone da boa-fé, a declaração negocial em seu sentido real e buscado pelos contratantes, consideradas as circunstâncias negociais em que foram manifestadas. Com efeito, tal função interpretativa contribuirá para a melhor compreensão do intérprete acerca da investigação do legítimo interesse dos agentes particulares em regular o risco contratual consubstanciado no potencial inadimplemento por meio da estipulação da cláusula de não

---

213 MARTINS -COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. A origem e eficácia da lei da liberdade econômica. In: MARTINS -COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coords). **Direito Privado na Lei de Liberdade Econômica: Comentários**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 28.

214 "A lei não é de boa qualidade. Há dispositivos mal redigidos, deficientes sob o ponto de vista científico, com sequência de palavras que obscurece a compreensão, organização assistemática de matérias, uso de expressões importadas que não encontram desenvolvimento jurídico na ambiência brasileira, dentre outros problemas. [...]. Essa defeituosidade pode ser creditada, para além da pressa, à escassa participação da comunidade jurídica em sua redação, nada obstante os esforços de mudança, em tempo recorde, extremados a duras penas durante o apagar das luzes do trâmite da MP para conversão em lei, quando permitido pelo então presidente da Câmara dos Deputados." (MARTINS -COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. A origem e eficácia da lei da liberdade econômica. In: MARTINS -COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coord). **Direito Privado na Lei de Liberdade Econômica: Comentários**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 36-37)

215 Antonio Junqueira de Azevedo propõe esquema da boa-fé objetiva, na fase contratual propriamente dita, com 3 (três) funções distintas – função interpretativa, função supletiva e função corretiva. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Insuficiências, deficiências e desatualizações do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos**. Revista dos tribunais, ano 89, volume 775, maio 2000, p. 11 a 17. p. 12 a 15). Judith Martins-Costa, por sua vez, traz proposta distinta, e elucida a boa-fé objetiva enquanto cânone hermenêutico-integrativo, que contemplaria a função interpretativa de Antonio Junqueira de Azevedo. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. tir. São Paulo: RT, 2000. p. 428-429.)

indenizar.

A função interpretativa da boa-fé objetiva, em linha com o *caput* do art. 113, permite depreeender que a cláusula de não indenizar pactuada em contratos empresariais não importa numa espécie de tentativa fraudulenta do devedor de evadir-se de sua responsabilidade contratual, mas sim de um mecanismo legítimo e racional destinado a alocar objetivamente o risco do inadimplemento, assim compreendido como evento futuro, passível de exame por meio da técnica de probabilidade e impacto, que pode acometer o programa contratual.

Vale ressaltar que a estipulação da cláusula de não indenizar em contratos empresariais se dá após ampla negociação entre as partes, buscando o devedor mitigar o risco da indenização por eventual imputação de inadimplemento, ao passo que o credor, em contrapartida à cláusula, pretende auferir algum benefício, tangível ou intangível, avaliado como vantajoso em comparação com a renúncia do crédito indenizatório a que teria direito, numa típica avaliação de utilidade esperada, conforme as modernas técnicas de gestão de riscos.

Como mencionado no início deste Capítulo sobre interpretação, o *caput* do Art. 113 também indica que os negócios jurídicos devem ser interpretados segundo os "usos do lugar de sua celebração". O inciso II do § 1º do mencionado artigo também reforça e acrescenta que a interpretação deve atribuir o sentido de "corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio".

Os usos podem ser definidos como expressões sociais e práticas em que se estabelece uma "apreciação social que se assume compartilhada pelas partes"[216]. Os referidos usos, em sua feição interpretativa, passam a orientar o intérprete sobre o alcance da declaração negocial que se propõe a interpretar.

Os usos podem compreender práticas habituais de determinados segmentos de mercado e até mesmo de arranjos contratuais costumeiramente praticados no mercado, de modo que "se ambas as partes (em se tratando de contratos) atuam no mesmo ramo de negócios, e não há circunstâncias particulares, o declaratário pode partir do entendimento de que o declarante adotou o sentido usual naquele ramo"[217]. Tal assertiva também encontra fundamento no inciso II do § 1º do Art. 113 que faz menção expressa às práticas de mercado relativas ao tipo de negócio. Sobre este ponto, vale citar Judith Martins-Costa sobre os usos na interpretação dos negócios jurídicos:

---

[216] BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Reimpressão corrigida da 2ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. 341

[217] LARENZ, Karl. **Derecho Civil (Parte general)**. Tradução em espanhol e notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 464.

> O art. 113 do Código Civil liga textualmente boa-fé e usos, havendo, ainda, expressa referência à habitualidade da conduta seguida, como está no parágrafo único do art. 473 incidente aos contratos contendo obrigações duradouras (como soem ser muitos contratos comerciais, como os de agência, distribuição, fornecimento etc.). Evidentemente, os usos não 'imunizam' a atividade dos sujeitos no mercado frente à incidência das normas jurídicas constitutivas do Ordenamento, pois, do contrário, se estaria a validar uma concepção meramente naturalista do mercado. Porém, ao traduzir que ali é o 'regular', os usos e as práticas auxiliam a perceber o que, naquele setor, é o legitimamente esperado. Por essa razão, tornam objetiva (ou objetivável), a expectativa do destinatário da manifestação negocial. Não se trata da crença subjetiva (o 'estar de boa-fé'), dependente do exame de elementos subjetivos, como a íntima convicção de se estar agindo segundo o Direito, mas de uma crença cuja legitimação ('expectativa legítima') pode ser averiguada por elementos objetivos ('*id quod plerumque accidit*, o que normalmente acontece' naquele setor do mercado). De fato, a conexão entre a boa-fé e os usos e/ou práticas auxilia a minimizar a tensão entre a segurança jurídica e os traços acima destacados da informalidade e da atipicidade. Cabe, pois, averiguar as práticas e os usos na medida em que há intensa relação entre a conduta dos agentes e as pautas orientadoras da *ratio* da prática comercial. Constitui fator de segurança considerar – em vista de tal ou qual setor do mercado – o que ali é considerado o habitual, correto, regular – ou seja, aquilo que seria o esperável entre os contraentes, de forma a não causar surpresas desleais, possibilitando, todavia, que as condutas sejam alteradas com um dinamismo inimaginável na alteração da lei escrita[218].

Neste diapasão, é de se reconhecer que as cláusulas de não indenizar também podem ser compreendidas como práticas habituais, e, portanto, usos para determinados modelos contratuais, a exemplo do que se verifica em contratos de alta sofisticação e complexidade, como são os casos de contratos de fusões e aquisições e contratos de construção de grandes empreendimentos, em relação aos quais os casos de inexistência de alguma modalidade de cláusula de não indenizar são escassos.

Por fim, vale a menção ao disposto no inciso V do § 1º do Art. 113 em análise, também inserido pela Lei de Liberdade Econômica, que traz a regra segundo a qual o negócio jurídico deve ser interpretado para atribuir-lhe o sentido de "corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração."

O referido inciso tem muita relevância para este trabalho. Isto porque, a cláusula de não indenizar é pactuada a partir de uma reflexão sobre o risco do inadimplemento, aferido com

---

[218] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 288-289.

base em racional econômico lastreado em análise de probabilidade e impacto de materialização. E fazem isso a partir de análise de dados e informações, sobre o mesmo tipo de operação, disponíveis no momento da celebração do contrato.

Logo, os agentes econômicos, ao se lançarem à negociação e celebração de uma cláusula de não indenizar, calculam a probabilidade e impacto de eventual inadimplemento e sua repercussão indenizatória para converter o produto desta análise numa percepção objetiva de risco, que será alocado entre as partes e passará a integrar a racionalidade econômica do negócio[219].

Diante do exposto, a cláusula de não indenizar pactuada em contratos empresariais também está sujeita à interpretação com base nos vetores hermenêuticos previstos nos Arts. 112 e 113 do Código Civil de 2002, os quais impõem a consideração sobre a perspectiva do fenômeno do risco para que seja possível alcançar a interpretação mais adequada da cláusula de não indenizar nos contratos empresariais.

Por fim, em matéria de interpretação dos negócios jurídicos empresariais, a referência ao Art. 3º, V, da Lei de Liberdade Econômica se mostra edificante. Segundo o referido dispositivo, constitui um direito da pessoa jurídica "gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário." Tal norma deixa evidente que a interpretação deve ser conduzida à máxima preservação da autonomia privada, especialmente nos contratos empresariais. Assim, estipulada uma cláusula de não indenizar em contratos empresariais, a premissa hermenêutica deve ser pela sua plena efetividade e realização, sendo absolutamente exepcional o recurso hermenêutico destinado a restringir o seu alcance. A partir dessa premissa, é possível afirmar que a cláusula de não indenizar em contratos empresariais, quando estipulada com sólida percepção de risco, deverá ter a sua interpretação orientada pela sua plena eficácia. Esta conclusão contribuirá para a tese aqui proposta no sentido de sugerir a revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar

---

[219] Fábio Henrique Peres também destaca o processo racional econômico que subjaz "Visam, assim, a garantir uma maior segurança, tanto negocial quanto jurídica, aos sujeitos de determinada relação, distribuindo entre as partes os possíveis encargos decorrentes de eventuais danos. Permitem, inclusive, a realização de cálculos matemáticos e projeções no sentido de quantificar os riscos financeiros envolvidos em determinada situação preestabelecida, cuja previsibilidade anterior muitas vezes pode ser determinante na decisão empresarial. Dessa forma, ao estabelecer regras de redistribuição, na forma pretendida pelas partes, dos eventuais prejuízos materiais decorrentes de determinada relação preestabelecida, as cláusulas de não-indenizar podem servir de verdadeiro instrumento de fomento da economia, viabilizando a atividade produtiva." (PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 44)

nos contratos empresariais, que, em certa medida, vão de encontro ao espírito axiológico trazido pela Lei de Liberdade Econômica de preservar a autonomia privada dos contraentes neste ambiente contratual.

E no que consiste exatamente o fenômeno do risco? Será que é simplesmente uma análise superficial de possibilidade de uma perda e/ou efeito jurídico desvantajoso? Como será visto no capítulo seguinte, risco consiste num complexo fato econômico tangível e quantificável que é depreendido da análise racional, carreada por agentes econômicos potencialmente sujeitos às suas repercussões, de probabilidade e impacto de eventos adversos que podem acometer uma dada situação, sendo que, no presente trabalho, tais situações se projetam nos contratos empresariais complexos, cuja essência é, justamente, alocar tais riscos predeterminados.

Compreender o fenômeno do risco se mostrará essencial para justificar a razão de existir da cláusula de não indenizar, enquanto instrumento jurídico posto à disposição de agentes particulares com um objetivo claro: regular o risco consubstanciado no inadimplemento contratual e seus diversos efeitos, incluindo a indenização por perdas e danos. É o que se buscará demonstrar no Capítulo 2 a seguir.

2 O FENÔMENO DO RISCO

Este trabalho tem por objetivo propor a revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar a partir da noção fenomenológica do risco no âmbito de contratos empresariais simétricos.

Usualmente se faz referência ao risco como a possibilidade de ocorrência de algum dano ou perda. Porém, será que tais referências são os únicos aspectos que interessam ao conhecimento do risco? Nesta perspectiva, vale indagar: o que é exatamente o fenômeno do risco que os autores das mais diversas literaturas, inclusive no âmbito da ciência jurídica, fazem referência? Quais são as suas dimensões?

Em matéria de cláusula de não indenizar, a questão do risco se mostra estruturante. Isto porque, em nosso entender, o risco justifica a razão de existir da cláusula de não indenizar, compondo a sua essência.

Entendê-lo, pois, sob a perspectiva da sua revelação como um fato econômico e social, representa uma etapa crucial para justificar a sua relação com a cláusula de não indenizar nos contratos empresariais, com ênfase no expediente de sua função enquanto instrumento de alocação do risco da indenização decorrente do inadimplemento contratual, de forma a revelar a sua condição de interesse jurídico merecedor de tutela. A partir desta constatação, ficará evidente a proposta de revisão dos requisitos de validade de tal estipulação no universo empresarial, que deverão ser determinados e avaliados concretamente dentro desta concepção.

Nesta direção, nos itens a seguir, passa-se a abordar o risco enquanto fenômeno fático-social, trazendo a sua origem histórica e conceitual, a partir do estudo da probabilidade e impacto, suas dimensões estruturantes, bem como da análise da utilidade feita pelo sujeito analista do risco na tomada de decisão.

Além disso, contextualiza-se a sua inserção na ciência jurídica, de forma a demonstrar como o risco está presente no Direito. Por fim, busca-se apresentar a técnica de gestão e tratamento de riscos em seus mais variados contextos. Demonstrar-se-á que o risco representa um interesse econômico passível de gestão das mais variadas formas, inclusive por negócios jurídicos atípicos, dentre os quais se inclui a cláusula de não indenizar. Esta constatação será fundamental para justificar a proposta de revisão dos requisitos da cláusula de não indenizar em contratos empresariais.

2.1 Considerações Gerais sobre o Risco

Risco está presente diariamente em nossas vidas. A cada escolha que fazemos, ações que colocamos em prática e decisões que tomamos existe uma análise de risco subjacente, ainda que despercebida. Todos os dias tomamos decisões de risco, desde a escolha sobre o deslocamento, se por meio de carro ou transporte público, se vamos realizar um pagamento em dinheiro ou cartão de crédito, dentre várias outras situações de escolha e tomada de decisão que deflagram repercussões. Não é diferente com os negócios jurídicos.

Dan Borge descreve a presença do risco em nossas vidas:

> *We make risk decisions every day, often without thinking about it. If you got out of bed this morning, you made a risk decision. If you lit up a cigarette, you made another. If you put some money in the stock market, you made another. If you took a plane to Philadelphia, you made another (or perhaps two).*[220]

O autor Peter L. Bernstein também contextualiza o risco na sociedade, conforme se depreende da passagem abaixo de sua magnífica obra acerca do tema:

> *The ability to define what may happen in the future and to choose among alternatives lies at the heart of contemporary societies. Risk management guides us over a vast range of decision-making, from allocating wealth to safeguarding public health, from waging war to planning a family, from paying insurance premiums to wearing a seatbelt, from planting corn to marketing cornflakes*[221].

Na linguagem comum e nos costumes, o risco é compreendido como a possibilidade de ocorrência de um evento desfavorável, negativo, danoso. Diversos dicionários da língua portuguesa seguem esta lógica para definir o vocábulo[222]. Dan Borge afirma que "*risk means being exposed to the possibility of a bad outcome*"[223]. Franz Josef Bruseke também relata que a expressão "risco" usualmente aparece em explicações que se destinam a demonstrar possíveis consequências negativas em diversos fenômenos e processos[224].

---

[220] BORGE, Dan. ***The book of risk***. New York: John Wiley & Sons, 2001, p. 4-5.
[221] BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 2.
[222] Segundo o dicionário Michaelis, risco consiste "Possibilidade de perigo, que ameaça as pessoas ou o meio ambiente"; "Probabilidade de prejuízo ou de insucesso em determinado empreendimento, projeto, coisa etc. em razão de acontecimento incerto, que independe da vontade dos envolvidos"; "Incidente que acarreta indenização, em contratos de seguro"; "Em situação de risco, responsabilidade sobre a perda ou o dano". (RISCO. *In*: **Michaelis**, [*s. l.*], 2004. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/palavra/V4j7A/risco-2/. Acesso em: 13 maio 2024.
[223] BORGE, Dan. ***The book of risk***. New York: John Wiley & Sons, 2001, p. 4.
[224] BRUSEKE, Franz Josef. Risco e contingência. **Societec *e-prints***, v. 1, n. 2, p. 35-48, 2005.

Na perspectiva sociológica, Niklas Luhmann propõe a diferenciação entre situações de risco e de perigo, como se depreende da passagem abaixo:

> *To do justice to both levels of observation, we will give the concept of risk another form with the help of the distinction of risk and danger. The distinction presupposes (thus differing from other distinctions) that uncertainty exists in relation to future loss. There are then two possibilities. The potential loss is either regarded as a consequence of the decision, that is to say, it is attributed to the decision. We then speak of risk – to be more exact of the risk of decision. Or the possible loss is considered to have been caused externally, that is to say, it attributed to the environment. In this case we speak of danger*.[225]

Para Niklas Luhmann, portanto, "*risks are attributed to decisions made, whereas dangers are attributed externally*"[226]. Logo, para o autor, riscos são associados a decisões humanas ao passo que perigos são decorrentes de fatores externos.

Anthony Giddens sugere classificação semelhante, com a distinção de tratar ambos os casos como risco, sendo um o risco externo, ou seja, decorrente da natureza, e outro o risco manufaturado, que seria aquele criado por alguma espécie de intervenção humana sobre o mundo. Explica o autor, *in verbis*:

> *The best way to explain what is going on is to make a distinction between two types of risk. One I shall call external risk. External risk is risk experienced as coming from the outside, from the fixities of tradition or nature. I want to distinguish this from manufactured risk, by which I mean risk created by the very impact of our developing knowledge upon world. Manufactured risk refers to risk situations which we have very little historical experience of confronting. Most environmental risks, such as those connected with global warming fall into this category*.[227]

No universo do Direito, a noção de risco também está relacionada, em alguma medida, à possibilidade de materialização de alguma perda[228]. Judith Martins-Costa explica que o significado do que hoje chamamos de risco era indicado pelos romanos como *periculum* e *damnun*[229]. Carlos Ferreira de Almeida afirma que "risco significa a possibilidade e a incerteza

---

[225] LUHMANN, Niklas. ***Risk**: a sociological theory*. Tradução do alemão para o inglês de Rhodes Barrel. New Brunswick: Transaction Publishers, 2008, p. 22-23.
[226] *Idem, ibidem*, p. 107.
[227] GIDDENS, Anthony. ***Runaway world**: how globalisation is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000, p. 44.
[228] Segundo o Dicionário Jurídico de Plácido e Silva, risco "é o perigo de perda ou de prejuízo" (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1238).
[229] MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 29.

acerca de verificação, ou das circunstâncias de verificação, de um evento desfavorável, futuro e incerto"[230].

Apesar desta compreensão não ser incorreta, ela tem um alcance limitado em relação a este complexo fenômeno, que, a depender de como o agente lida com o risco, este fenômeno pode se converter, na verdade, em ganhos e oportunidades[231].

Neste sentido, riscos podem ser deliberadamente criados pelo agente e se converterem em oportunidades com agregação de valor. É o caso, por exemplo, de um investidor que adquire o direito de comprar ou vender um determinado título por valor predeterminado, durante um prazo específico, assumindo o risco da oscilação do valor no momento da liquidação da operação[232].

Apesar da polissemia existente sobre o termo[233], segundo Peter L. Bernstein, a palavra "risco" tem origem na palavra *risicare*, do italiano arcaico, com significado de "ousar"[234-235].

---

[230] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos III**: contratos de liberdade, de cooperação e de risco. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 160-161.

[231] Peter L. Bernstein relata a percepção do risco como oportunidade na seguinte passagem de sua obra: "*And that's a good thing. If everyone valued every risk in precisely the same way, many risky opportunities would be passed up. Venturesome people place high utility on the small probability of huge gains and low utility on the larger probability of loss. Others place little utility on the probability of gain because their paramount goal is to preserve their capital. Where one sees sunshine, the other sees a thunderstorm. Without the venturesome, the world would turn a lot more slowly. Think of what life would be like if everyone were phobic about lightning, flying in airplanes, or investing in start-up companies. We are indeed fortunate that human differ in their apetite for risk*." (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods**: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 105). Judith Martins-Costa também explica que risco pode ser associados à percepção de vantagens: "Nenhum risco é 'certo', mas grande parte dos riscos pode ser objeto de um juízo de probabilidade, que é um acontecimento esperado com certo grau de certeza. Podem ser prováveis 'danos' (probabilidades de perdas) e vantagens (probabilidade de ganhos)". (MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 33).

[232] O exemplo é utilizado por Kleber Luiz Zanchim, conforme se depreende do seguinte trecho: "Contudo, apesar dessa pecha negativa, ganhos podem ser obtidos a partir do risco. O motivo é que se trata de um conceito relativo. Quase sempre que alguém assume o risco de determinado evento, vincula-se a outra pessoa que tem a expectativa diametralmente contrária. Quem se obriga hoje, por preço determinado, a vender ações daqui a 30 (trinta) dias, assume o risco de elas valerem mais no dia da liquidação da operação. Aquele que está obrigado a compra, todavia, assume o risco de o preço estar mais baixo. A materialização do risco para uma parte representa benefício para outra. Portanto, o risco será bom ou ruim dependendo do ponto de vista com que for considerado." (ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público Privada (PPP)**: risco e incerteza. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 25).

[233] Judith Martins-Costa também registra a polissemia do termo, *in verbis*: "Conforme a área do saber na qual empregada – economia, finanças, atuarial, probabilística, medicina, engenharia, epidemiologia, sociologia, psicologia, antropologia, filosofia -, a palavra risco apresentará distintos significados. Mesmo se voltarmos nossos olhos exclusivamente ao Direito e, dentro deste, ao Direito das Obrigações, o significado não será unívoco, assim como não será um só o fenômeno que a palavra designa. [...]. Seguindo esse sábio conselho, começarei por deslindar, na polissemia da palavra risco, os significados com os quais trabalharei." (MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 28).

[234] BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods**: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 8.

[235] Para outras referências: LIMA REGO, Margarida. **Contrato de seguro e terceiros**: estudo de Direito civil. Coimbra: Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010, p. 68.

De acordo com o referido autor, do ponto de vista etimológico, portanto, a noção de risco está associada a um ato voluntário do agente no processo de tomada de decisão que pode gerar efeitos diversos. Prossegue o autor, esclarecendo que "*the actions we dare to take, which depend on how free we are to make choices, are what the story of risk is all about*"[236]. Nuno Aureliano, por sua vez, explica que a palavra risco pode derivar das expressões latinas "*rixare*" (querela) ou "*resecare*" (cortar ou separar), sendo também admitida uma aproximação com o grego "*rhizikom*"[237].

Do ponto de vista histórico, consoante explica Anthony Giddens, as referências à noção do que a sociedade moderna compreende como "risco" são encontradas já nos séculos XVI e XVII, época marcada pelas grandes navegações[238]. A mesma contextualização histórica é feita por Peter L. Bernstein[239].

Antes desse período, a noção de risco era praticamente inexistente e isso se deve ao fato de que as civilizações antigas consideravam que os acontecimentos ocorriam em função da sorte, destino ou da vontade de deuses. Anthony Giddens explica as ideias então presentes naquele dado momento histórico, conforme passagem abaixo:

> *All previous cultures, including the great early civilizations of the world, such as Rome, or traditional China, have lived primarily in the past. They have used the ideas of fate, luck or the will of the gods where now tend to substitute risk. In traditional cultures, if someone meets with an accident or, conversely, prospers – well, it is just one of those things, or it is what the gods and spirits intended*.[240]

---

[236] BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 8.
[237] AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009, p. 20.
[238] Neste sentido, assim explica o autor: "*The idea of risk appears to have taken hold in the sixteenth and seventeenth centuries, and was first coined by Western explores as they set off on their voyages across the world. The word 'risk' seems to have come into English through Spanish and Portuguese, where it was used to refer to sailing into uncharted waters, it had an orientation to space*." (GIDDENS, Anthony. ***Runaway world****: how globalisation is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000, p. 39-40).
[239] Em sua obra, Peter L. Bernstein, embora defina o risco como um conceito da sociedade moderna, faz uma abordagem histórica desde o Século XIII, sobre as origens da noção posteriormente classificada como risco, sempre atreladas à evolução da matemática e sua aplicação nos jogos de azar. A este respeito, transcrevemos o seguinte trecho do famoso livro sobre o tema: "*Why is the mastery of risk such a uniquely modern concept? Why did humanity wait the many thousands of years leading up to the Renaissance before breaking down the barriers the stood in the way of measuring and controlling risk? These questions defy easy answers. But we begin with a clue. Since the beginning of recorded history, gambling – the very essence of risk-taking – has been a popular pastime and often an addiction*." (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: The Remarkable Story of Risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 11.)
[240] GIDDENS, Anthony. ***Runaway world****: how globalisation is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000, p. 40-41.

Niklas Luhmann, por sua vez, afirma que não há estudos consistentes sobre a etimologia e conceito histórico de risco. O autor, no entanto, indica algumas hipóteses do surgimento da noção de risco, consoante depreendemos do trecho abaixo de sua obra sobre o tema:

> *The etymology of the word is unknown. Some suspect it to be Arabic in origin. In Europe the word is to be found already in medieval documents, but spread only with the advent of the printing press, in the initial phase apparently in Italy and in Spain. There are no comprehensive studies on the etymology and conceptual history of the term, and this is understandable, since the word at first occurs relatively rarely and is used in a great variety of contexts. It finds significant application in the fields of navigation and trade*.[241]

Há, contudo, consistentes evidências históricas de que os fundamentos do que compreendemos como risco surgiram a partir de análises relacionadas a jogos de azar (lançamento de dados, por exemplo) e censos demográficos[242].

Além da origem relacionada às análises de probabilidades matemáticas dos jogos de azar, notadamente o arremesso de dados, e sua posterior aplicação para outros fins, como ao processo de tomada de decisão segundo a utilidade esperada como proposto por Daniel Bernoulli[243] na virada do século XVIII, é de se salientar que a evolução do conceito de risco está associada com a reformulação do pensamento científico, antes alicerçado na doutrina do determinismo científico, que passou a admitir as leis de probabilidade para a mensuração da incerteza inerente aos fenômenos da natureza.

Segundo Luiza Petersen, é justamente no período de transição da Idade Média para Idade Moderna "que o ser humano desenvolve uma consciência objetiva do risco, que a possibilidade de um infortúnio passa a ser considerada, com maior intensidade, como uma incerteza em alguma medida previsível e controlável pelo ser humano"[244].

Assim sendo, o pensamento científico passou a admitir métodos de investigação baseados na probabilidade, os quais não tinham por escopo apresentar uma verdade absoluta, inapreensível dada a limitação do conhecimento do indivíduo sobre as todas as leis que

---

[241] LUHMANN, Niklas. ***Risk**: a sociological theory*. Tradução do alemão para o inglês de Rhodes Barrel. New Brunswick: Transaction Publishers, 2008, p. 9.
[242] NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a Estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 42.
[243] Como relata Peter L. Bernstein: "*Bernoulli recognizes that such calculations are fine for games of chance but insists that everyday life is quite a different matter. Even when the probabilities are known (an oversimplification that later mathematicians would reject), rational decision-makers will try to maximize expected utility – usefulness or satisfaction – rather than expected value*." (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods**: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 104).
[244] PETERSEN, Luiza. **O risco no contrato de seguro**. São Paulo: Roncarati, 2018, p. 75.

governam o universo[245], mas sim a busca de uma verdade aproximada, ou seja, mais provável sobre os fenômenos da natureza. A partir deste giro epistemológico, abriram-se as portas para o desenvolvimento da concepção moderna de risco, que está diretamente vinculada às leis da probabilidade, como será apresentado mais adiante.

2.2 Do Determinismo à Probabilidade: o reconhecimento da incerteza e a semente do risco

As ciências naturais passaram por uma profunda transformação ao longo da história. Inicialmente, o pensamento científico era fundamentado essencialmente no princípio da causalidade, segundo o qual os fenômenos da natureza são governados por um sistema de elementos que estão ligados por uma relação de causa e efeito.

Hans Kelsen explica com clareza o princípio da causalidade na seguinte passagem:

> A natureza é, segundo uma das muitas definições deste objeto, uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade. As chamadas leis naturais, com as quais a ciência descreve este objeto – como, *v.g.*, esta proposição: quando um metal é aquecido, dilata-se – são aplicações deste princípio. A relação que intercede entre calor e a dilatação é a de causa e efeito.[246]

O princípio da causalidade representa o pilar teórico da doutrina do determinismo científico. Segundo Marcelo Guedes Nunes, o determinismo consiste no pensamento segundo o qual "o universo é um sistema governando por leis absolutas, que permitem a previsão racional de qualquer evento futuro com qualquer grau de precisão"[247]. Trata-se de pensamento que tem por base a busca pela verdade absoluta, capaz de explicar os fenômenos do universo segundo uma ordem estabelecida por leis naturais. Sobre o pensamento determinista, o mencionado autor assim prossegue:

> Em sua versão ampla, o determinismo é a concepção de que os estados atuais no universo são a decorrência única e necessária dos estados que o antecederam. A natureza é investigada como um sistema composto por cadeias de fatos, todos ligados entre si por relações de causalidade. Cada fato

[245] "O segredo obscuro que está à espreita no teorema áureo de Bernoulli é que, quando se tenta avaliar os efeitos do acaso, uma certeza do tipo divina é inatingível." (MATTEWS, Robert. **As Leis do Acaso**: como a probabilidade pode nos ajudar a compreender a incerteza. Tradução de George Schlesinger. Revisão técnica Samuel Jurkiewicz. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 26).

[246] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 85.

[247] NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a Estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 38.

> é ao mesmo tempo efeito de causas anteriores e causa de efeitos posteriores, em uma cadeia na qual não há espaço para variações. O pensamento determinista assume que cada acontecimento está inteiramente contido nas suas causas e, portanto, um conhecimento exaustivo das causas é suficiente para acessar um conhecimento integral de seus efeitos futuros. Como consequência, as ciências deterministas objetivam construir teorias exaustivas, capazes de identificar leis gerais e predeterminar com exatidão a evolução dos sistemas que analisam.[248]

Com efeito, segundo o determinismo científico, para todos os fenômenos naturais existiria uma relação de causalidade objetivamente verificável, em que presentes determinados elementos, as consequências e efeitos estariam acessíveis ao conhecimento humano.

Sucede que o determinismo foi desafiado pela existência e verificação de resultados práticos que não se confrontavam com as teorias propostas, e isso se deu em vários campos do conhecimento científico. O problema da "causa" também foi observado por Leonard Mlodinow, conforme abaixo:

> Funciona assim: o resultado de qualquer tentativa (isto é, uma oportunidade de êxito) depende principalmente da habilidade do jogador, é claro. Mas também depende da interação de muitos outros fatores: sua saúde, o vento, a iluminação dos estádios, a qualidade dos arremessos que recebe, a situação de jogo, a sorte ao adivinhar corretamente que tipo de arremesso será feito pelo jogador, o resultado da coordenação entre suas mãos e olhos ao iniciar o movimento, o fato de ter ou não conhecido uma morena no bar que o fez dormir mais tarde na noite anterior, o estado de seu estômago após comer um cachorro-quente com queijo e chili, mais batatas fritas com alho, no café da manhã.[249]

Esta constatação colocou em xeque os dogmas absolutos do determinismo, passando a se reconhecer que a obtenção de um resultado universal e absoluto para todo e qualquer acontecimento seria inatingível.

Ian Hacking relata esta constatação científica, isto é, da crise do determinismo científico e do despertar da noção ainda incipiente de risco, como se depreende do seguinte trecho de obra de sua autoria que aborda a evolução do pensamento determinístico, abrindo espaço para as análises de probabilidade:

> *The most decisive conceptual event of the twentieth century physics has been the discovery that the world is not deterministic. Causality, long the bastion of metaphysics, was toppled, or at least titled: the past does not determine exactly what happens next. This event was preceded by a mere gradual*

[248] *Idem, ibidem*, p. 38.
[249] MLODINOW, Leonard. **O andar do bêbado**: como o acaso determina nossas vidas. Tradução de Diego Afaro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 26.

> *transformation. During the nineteenth century it became possible to see that the world might be regular and yet not subject to universal laws of nature. A space was cleared for chance*.[250]

Diante desta constatação, a evolução científica passou, então, a reconhecer que inexatidão e variabilidade eram aspectos inerentes à análise científica, sem prejuízo de sua validade. Passa-se, neste momento, a se admitir que a ciência consiste num esforço de busca da verdade aproximada, isto é, mais próxima da realidade, dada a incerteza presente em todos os fenômenos do universo. Sobre esta evolução científica, fazemos referência a Marcelo Guedes Nunes:

> A ciência deixa de ser a busca de verdades absolutas e passa a ser um esforço de aproximação da verdade. Trata-se da criação de uma nova abordagem do conhecimento, montada sobre um novo conjunto de técnicas e voltada para um novo fim: ao invés de buscar a certeza, passamos a tentar controlar a incerteza. Uma abordagem menos divinizadora e mais pragmática, baseada em leis da probabilidade, e não em leis determinísticas.[251]

Marcos Assi também se posiciona neste sentido ao afirmar que "quando decidimos pela aplicação do conceito de risco na interpretação de fenômenos, isso denota, a rigor, a rejeição do determinismo causal. Isso porque, com o seu uso, há a admissão implícita do aleatório ou da intervenção do acaso [...]"[252].

A ciência, portanto, se transformou e evoluiu do modelo determinístico para admitir o conhecimento baseado nas leis da probabilidade, que permitem, como será demonstrado, uma redução do campo da incerteza para o processo de tomada de decisão, expediente este que se tornou o cerne das modernas técnicas de gestão de risco.

Aqui fica um registro: o inadimplemento e as perdas e danos resultantes constituem eventos futuros e incertos ao longo do programa contratual, sendo passíveis, assim, à análise de probabilidade e impacto de ocorrência, de modo a serem convertidos objetivamente em riscos mensuráveis. Insta-se o leitor a manter este conceito ao longo da trajetória de leitura que se segue.

---

[250] HACKING, Ian. ***The taming of chance***. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 1.
[251] NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a Estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 48.
[252] ASSI, Marcos. **Gestão de riscos com controles internos**: ferramentas, certificações e métodos para garantir a eficiência dos negócios. 2. ed. São Paulo: Saint Paul, 2021, p. 104.

2.3 Incerteza no Direito

Ao longo do presente estudo, explicou-se que risco é um fato econômico e social, presente nas inter-relações pessoais, sendo objeto de estudo nos mais diversos campos científicos. Um dos elementos do risco é a incerteza, na medida em que se analisa eventos que podem se materializar no futuro, sob o qual não se há domínio.

Uma das funções básicas do Direito é a pacificação social, por meio da sistematização de um conjunto de normas jurídicas que têm por objetivo regular as mais diversas situações, as quais passam a ser qualificadas juridicamente.

O Direito também consiste, em certa medida, em vetor de redução de incertezas e, portanto, um instrumento de previsibilidade e segurança, na medida em que estabelece publicamente as situações jurídicas reguladas, bem como os efeitos que delas decorrem, gerando, assim, melhor conhecimento para os jurisdicionados acerca das condutas juridicamente relevantes e das respectivas consequências jurídicas. Assim, exemplificando, uma vez que a norma jurídica estabelece a indenização por perdas e danos como efeito jurídico do inadimplemento contratual, nos termos do Art. 389[253] do CC/02, as partes contratantes sabem exatamente uma consequência relevante que pode advir de tal conduta.

No entanto, da mesma forma que o Direito contribui para a redução das incertezas, tal ciência também produz outras incertezas, à vista que sua lógica se assenta na imputação normativa, e não na causalidade determinística das ciências naturais, conforme se elucidará abaixo.

2.3.1 Causalidade da Ciência Natural *versus* Imputação Jurídica

Como foi exposto anteriormente, durante relevante período histórico, as ciências naturais foram desenvolvidas com base no princípio da causalidade, de acordo com o qual os acontecimentos do universo estão conectados por uma relação de causa e efeito verificável pelo cientista. Segundo a doutrina adepta ao referido princípio, dada uma situação hipotética, se determinados elementos se verificarem, serão produzidos os resultados esperados. Logo, de acordo com a teoria da causalidade, verificada uma situação "A", será produzido o resultado "B".

---

[253] "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

De modo semelhante, o Direito, enquanto ciência jurídica que tem por objeto normas jurídicas[254], também estabelece uma relação entre antecedente e consequente. Neste sentido, as normas jurídicas são compostas por uma hipótese de fato e o efeito jurídico. Esta relação, no entanto, não é estabelecida pela causalidade determinística das ciências naturais, mas sim da imputação normativa, de caráter descritivo, em que a norma indica o que deve ocorrer, e não o que efetivamente ocorrerá. O Direito, portanto, está no campo do dever-ser, e não do ser.

Logo, para o Direito, se "A" se verificar, "B" deve ocorrer, ainda que B não ocorra no plano dos fatos, ou, ainda, que sequer seja uma consequência lógica e direta de "A"[255]. Este raciocínio que indica o efeito jurídico que deve ocorrer no caso de verificação da hipótese de fato prevista na norma se denomina proposição jurídica, conceito este distinto da causalidade, que está no plano do ser. Hans Kelsen assim elucida a questão:

> Porém, a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado completamente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, a da causalidade. [...] Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja.[256]

Com efeito, a relação estabelecida pela norma jurídica entre o suporte fático e o efeito jurídico não obedece ao princípio da causalidade, pois não está no mundo do ser, isto é, não se pode afirmar concretamente que o efeito jurídico indicado na norma jurídica ocorrerá no mundo dos fatos, mas sim que ele deve ocorrer. Vejamos o exemplo da responsabilidade civil contratual. Segundo o Art. 389[257] do CC/02, caso a obrigação não seja cumprida (hipótese de

---

[254] Para Hans Kelsen, o objeto do conhecimento jurídico-científico é a norma jurídica, *in verbis*: "Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas." (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 79).

[255] Exemplo de imputação jurídica sem que haja uma correlação direta é a responsabilidade objetiva pelo risco, em que se atribui a determinado agente, a responsabilidade pelo risco por ele gerado, sem perquirição de sua culpa. É o que explica Judith Martins-Costa, *in verbis*: "Trata-se da chamada imputação objetiva da responsabilidade civil. A fim de determinar a quem cabe o dever de indenizar, não se indaga se o responsável é culpado, isto é, se foi negligente ou desidioso no manejo ou na guarda da coisa ou no desempenho de uma atividade. Simplesmente se atribui a alguém a responsabilidade pelo dano causado pela coisa – um automóvel ou um robô, um alimento industrializado ou a prestação de um serviço. O risco é fator de imputação, é dizer, fator de atribuição de uma consequência (no caso, o dever de indenizar), é pura imputatio iuris, fator determinado pelo Direito, nos casos e nos limites traçados pelo Direito" (MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 37).

[256] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 86-87.

[257] "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

fato), responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogados (efeitos jurídicos). Ocorre que a referida norma não estabelece a relação de causalidade entre a *fattispecie* e o efeito jurídico, porque isso está no mundo do ser, ou seja, dos fatos concretos da realidade, havendo apenas uma descrição do que deve ocorrer caso a hipótese de fato se verifique. Assim, não há certeza de que uma vez verificado o suporte fático da norma o efeito jurídico será produzido, o que existe, concretamente, é uma expectativa, uma probabilidade, portanto.

Tanto é verdade que em vários casos de descumprimento contratual não necessariamente ocorre a indenização do devedor ao credor, seja porque não houve postulação judicial, seja porque foi reconhecida judicialmente alguma excludente de responsabilidade, dentre outras possibilidades. O que a referida norma estabelece, segundo a lógica da proposição jurídica, é que uma vez descumprida a obrigação, o inadimplente deve indenizar o credor. Trata-se, pois, de um juízo de expectativa jurídica, também revestido de incerteza, como todos os fenômenos do universo.

Nesta ordem de ideias, diz-se, no Direito, que a relação entre o suporte fático da norma e o efeito jurídico é de imputação, ou seja, de um efeito descrito pela norma jurídica, sem que exista, no plano dos fatos, a certeza de que o referido efeito regulado irá efetivamente se produzir na realidade. Hans Kelsen afirma que "a ciência jurídica, com efeito, não pretende, com as proposições jurídicas por ela formuladas, mostrar a conexão causal, mas a conexão de imputação, entre os elementos do seu objeto."[258]

Logo, a incerteza está presente no Direito uma vez que a relação de imputação não garante que os efeitos jurídicos descritos na norma jurídica serão produzidos no mundo dos fatos. O Direito apenas descreve o que deve ocorrer segundo o ordenamento jurídico vigente. A efetiva produção do efeito jurídico regulado está sujeita, como qualquer situação hipotética projetada para o futuro, à incerteza quanto à sua materialização.

Esta incerteza, contudo, pode ser objetivamente dimensionada, quantificada e gerida pelos operadores do Direito, de forma a proporcionar racionalidade ao processo de tomada de decisão acerca de uma determinada questão envolvendo uma situação jurídica.

Neste sentido, o operador do Direito, além da norma reguladora da situação jurídica, deve considerar os elementos trazidos pela jurisprudência, pela doutrina e pela ciência da jurimetria no dimensionamento da probabilidade da verificação do efeito jurídico descrito na

---

[258] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 100.

norma jurídica, reduzindo, portanto, a incerteza quanto à efetiva produção dos referidos efeitos jurídicos descritos na norma jurídica e trazendo mais racionalidade à análise.

Outrossim, para dimensionar a probabilidade de materialização dos efeitos jurídicos descritos na norma jurídica, o operador do Direito considerará jurisprudência existente sobre o tema. Isto porque, a jurisprudência é "a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais"[259].

Embora a jurisprudência não seja fonte de produção do Direito nos sistemas romano-germânicos[260] como o brasileiro, a figura do precedente exerce protagonismo e influência no ordenamento jurídico doméstico, especialmente nas sistemáticas processuais de vinculação das decisões, a exemplo das súmulas vinculantes, dos recursos repetitivos e da repercussão geral nos recursos extraordinários. São institutos que indicam como uma norma deverá ser aplicada pelo Poder Judiciário, se provocado.

Nesta ordem de ideias, é evidente para os operadores do Direito que a existência de jurisprudência sobre determinada matéria representa elemento cientificamente relevante, sob a perspectiva jurídico-dogmática, para o dimensionamento da incerteza relacionada à efetiva produção dos efeitos jurídicos descritos na norma, na medida em que indica maior probabilidade de reconhecimento judicial de tais efeitos à situação fática concreta. Logo, havendo jurisprudência sobre determinada matéria, a probabilidade de aplicação dos efeitos jurídicos da norma conforme a orientação jurisprudencial tende a ser maior.

Do mesmo modo, a doutrina, embora não seja fonte do Direito, exerce um papel importante para auxiliar o jurista na adequada interpretação da norma jurídica, até mesmo para saber se determinada situação fática se enquadra ou não à norma e aos efeitos jurídicos nela descritos. Sobre o papel da doutrina, assim se posiciona Tercio Sampaio Ferraz Junior:

> Na verdade, a doutrina, como a jurisprudência, aliás, com um grau de objetividade maior, pode ser responsável pelo aparecimento de *standards* jurídicos, fórmulas interpretativas gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos e ambíguos como mulher honesta, justa causa, trabalho notumo, ruído excessivo etc. Os *standards* não

[259] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 167.

[260] "[...] as decisões judiciais não são consideradas fonte de produção do direito, mas apenas 'fonte de conhecimento' do conteúdo normativo da lei, e que, portanto, não se impõem ao juiz. O precedente, na verdade, nas hipóteses de dúvida, presta-se a auxiliar o julgador no processo hermenêutico em busca da correta determinação do cânone legal aplicável ao caso concreto. Apresenta-se, assim, com uma particular carga de persuasão pelo simples fato de constituir indício de uma solução racional e socialmente adequada." (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 13).

> são normas, são fórmulas valorativas que uniformizam a interpretação dos mencionados conceitos, mas sem a força de fonte do direito.[261]

Com efeito, o jurista também levará em consideração os posicionamentos da doutrina no contexto do dimensionamento da incerteza relacionada à produção dos efeitos jurídicos descritos pela norma. Neste contexto, é comum, por exemplo, dentro da percepção de risco acerca da incidência da norma jurídica, a contratação de pareceres jurídicos emitidos por autores expoentes em determinadas matérias para o conforto e convencimento acerca da adequada interpretação sobre a norma jurídica em determinada questão. Assim, a existência de posicionamentos doutrinários acerca de determinada norma jurídica pode influenciar na percepção da probabilidade de sua aplicação à situação jurídica em análise. Dentro deste raciocínio, pois, o posicionamento dominante da doutrina sobre determinada interpretação indica maior probabilidade de seu reconhecimento no caso concreto.

Por fim, outro elemento que merece destaque na análise e quantificação da incerteza no Direito, e, portanto, do risco jurídico, isto é, a probabilidade de incidência, reconhecimento e produção de efeitos da norma jurídica, é a técnica da jurimetria, que tem por objeto, segundo Marcelo Guedes Nunes, "a investigação do funcionamento da ordem jurídica"[262]. Ainda de acordo com o autor, a jurimetria não tem por objeto a análise dogmática da norma jurídica, mas "o estudo da conduta daqueles que regulam ou são regulados pelo Direito, ou seja, do comportamento humano em função das normas jurídicas"[263].

De acordo com essa metodologia de aferição do funcionamento da ordem jurídica, assim entendida como "o conjunto de normas jurídicas, que tem por objetivo influenciar o comportamento humano através da aplicação de sanções"[264], seria possível extrair indicadores acerca da efetiva aplicação da norma jurídica concretamente pelos operadores do Direito.

A jurimetria se fundamenta na estatística, metodologia de investigação científica empírica que tem por base "a coleta, organização e análise de conjuntos de dados" para extrair o máximo de conhecimento possível ao cientista. Uma das modalidades da estatística é a estatística inferencial, que permite depreender "previsões sobre comportamentos futuros das variáveis"[265].

---

[261] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 365-366.
[262] NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a Estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 116.
[263] *Idem, ibidem*, p. 117.
[264] *Idem, ibidem*, p. 116.
[265] *Idem, ibidem*, p. 62.

Por meio da jurimetria seria possível, por exemplo, extrair conclusões a partir de uma amostra relevante de condenações proferidas por determinado juízo ou tribunal com base em determinada tese jurídica, permitindo ao jurista, no caso de advento de um potencial litígio sob apreciação do órgão jurisdicional, estimar a probabilidade do resultado da contenda que tenha por pano de fundo a mesma matéria. Havendo estatísticas demonstrando a tendência de posicionamento de um determinado órgão judicial ou administrativo, é evidente que este dado deve ser considerado na aferição de probabilidade de aplicação da norma jurídica em determinado sentido.

Como o Direito estabelece uma relação de imputação entre a conduta regulada e o efeito jurídico, relação esta que, por não estar sujeita à causalidade determinística, também é revestida de incerteza acerca de sua ocorrência, a jurimetria entra em cena para trazer concretude fática para a relação de imputação teorética, de forma a medir e controlar esta incerteza, conferindo ao operador do direito informações, dados e evidências científicas para melhor dimensioná-la por meio de cálculos estatísticos e probabilísticos. O operador do Direito passa a conceber, nesta medida, o risco jurídico, assim entendido como a análise de probabilidade e impacto associada à concretização dos efeitos jurídicos emanados pela norma jurídica.

Como abordaremos em capítulo específico, a incerteza pode ser reduzida e convertida em risco quando se torna possível mensurá-la por meio do agrupamento de casos análogos que sugerem a possibilidade de nova ocorrência de determinadas situações fáticas sob análise, num raciocínio de inferência. Do mesmo modo funciona a jurimetria para o controle da incerteza no Direito, na medida em que faz uso da estatística inferencial, ou seja, análise de dados de um grupo amostral de eventos verificados no passado, para sugerir a probabilidade de materialização do efeito jurídico descrito na norma.

Desta forma, servindo-se da jurimetria, o juiz poderá prever as consequências de suas decisões, assim como o advogado poderá orientar seu cliente sobre o possível desfecho de um litígio[266] ou sobre a estipulação de uma cláusula contratual para regular algum risco contratual objetivamente identificado e dimensionado.

---

[266] "Quanto ao controle de incertezas no Direito, a estatística auxilia do seguinte modo: a ordem jurídica produz incertezas e a essência do trabalho dos operadores do Direito é tentar mitigá-las. Os advogados trabalham para prever e controlar o resultado do processo: eles querem vencer. Os juízes trabalham para prever e controlar as consequências de sua decisão: eles querem fazer justiça. Os legisladores trabalham para prever e controlar o resultado de sua política pública: eles querem construir uma sociedade melhor. Todos os atos e decisões dos operadores do Direito são tomados no presente, mas são voltados para o futuro". (NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a Estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114).

Em razão da possibilidade conferida pela jurimetria de mensuração probabilística da imputação como proposta por Hans Kelsen, a doutrina tem indicado que a jurimetria é governada pela causalidade probabilística, resultante de uma evolução das ciências determinísticas, baseada na ideia de que "a causa aumenta a probabilidade de ocorrência do correspondente efeito, mantendo-se todas as demais condições constantes: se A é, então há maior probabilidade de B vir a ser"[267].

Com efeito, a jurimetria confere aos operadores do Direito um conjunto de dados e informações que influenciam na análise de probabilidade do reconhecimento do efeito jurídico descrito na norma jurídica. Portanto, esta técnica também representa importante elemento disponível ao jurista para gerir a incerteza no Direito, de modo a convertê-la em algo passível de mensuração e controle, que é o risco jurídico[268].

Com base nas análises da jurisprudência, doutrina e jurimetria, além da norma em si e de outros aspectos que podem influenciar na situação jurídica sob análise, o operador do Direito poderá estimar a probabilidade de aplicação da norma jurídica sob exame, dimensionando o risco jurídico associado, o que lhe permitirá tomar uma decisão racional, seja para assumi-lo, mitigá-lo ou eliminá-lo por meios dos instrumentos disponíveis. O negócio jurídico pode ser um instrumento de gestão de riscos jurídicos, como demonstraremos no item seguinte.

Encerra-se este item com mais um reforço conceitual. O inadimplemento e as perdas e danos que dele podem resultar são incertezas presentes no Direito (negócio jurídico) que podem ser transformadas em riscos tangíveis a partir da aplicação das técnicas de probabilidade e impacto, cujos potenciais desfechos serão racionalmente analisados pelo sujeito analista do risco para a tomada de decisão baseada em sua utilidade.

Uma vez convertida em risco, a incerteza de tais eventos passa a ser adequadamente gerida no contrato pelos contraentes, a partir do juízo de utilidade que fazem sobre as decisões que tomam sobre o clausulado contratual, isto é, dos benefícios que podem extrair da avença, a despeito da inclusão da referida cláusula de não indenizar. Ao longo do presente trabalho serão apresentados alguns exemplos que ilustrarão a contextualização com o fenômeno do risco e suas dimensões, os quais contribuirão para o objetivo desta tese que é sugerir a revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar.

---

[267] *Idem, ibidem*, p. 135.

[268] "A atribuição de uma probabilidade para cada possível resultado de um processo jurídico é a forma mais concreta, prática e palpável de se dar efetividade ao princípio da segurança jurídica e, com isso, realizar aquilo que a jurimetria propõe como pedra fundamental: controlar a incerteza no Direito, uma vez que ela não pode ser extirpada." (NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a Estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 149).

2.3.2 Incerteza nos Contratos e sua conversão em Risco

Como acima abordado, o Direito tem por propósito viabilizar a pacificação social por meio da veiculação de um conjunto sistematizado de normas jurídicas. O Direito, contudo, também produz incertezas, uma vez que está assentado na lógica da proposição jurídica, ou seja, no campo do dever-ser. A incerteza é: não se sabe se os efeitos jurídicos da norma se produzirão efetivamente no plano da realidade.

O contrato, fruto desta mesma ordem jurídica, também segue uma lógica semelhante. Ao mesmo tempo que serve de mecanismo de redução de incertezas, para a sua conversão em risco contratual, especialmente àquelas relacionadas ao comportamento e atos das partes ao longo do sinalagma contratual, o contrato também é produtor de riscos[269].

Com efeito, os contratos pressupõem incerteza no universo. Como instrumentos da ordem jurídica emanados da autonomia privada, princípio sobre o qual falaremos mais adiante, são manejados para reduzir as contingências sociais do comportamento humano na esfera negocial e simplificar a complexidade gerada pela incerteza, fomentando uma "certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos vão comportar-se e a generalização dessas expectativas, pela imunização do perigo de decepcionarem-se"[270].

São praticados entre os indivíduos justamente para assegurar uma previsibilidade e segurança que não conseguem alcançar em condições típicas dada a incerteza em relação aos fatos futuros. Kleber Luiz Zanchim afirma que "se tudo fosse estável, bastariam compromissos verbais. Ninguém gastaria tempo e dinheiro na elaboração de minutas contratuais".[271]

Do mesmo modo, Peter L. Bernstein, ao abordar a relação entre contratos e incerteza, defende que contratos não seriam escritos se considerássemos uma economia sem um passado ou futuro, concluindo que os contratos protegem as partes contra consequências indesejadas num cenário de incerteza[272].

---

[269] MAYER FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar. O contrato como regulador e como produtor de riscos. **Prim@ Facie**, [*s. l.*], v. 4, n. 6, p. 62-85, 2010.

[270] GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 162.

[271] ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público Privada (PPP)**: risco e incerteza. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 59.

[272] "*In 1971, Keneth Arrow, in association with fellow economist Frank Hahn, pointed up the relationships between money, contracts and uncertainty. Contracts would not be written in money terms if we consider an economy without a past or a future. But the past and the future are to the economy what woof and warp are to a fabric. We make no decision without reference to a past that we understand with some degree of certainty and to a future about which we have no certain knowledge. Contracts and liquidity protect us from unwelcome consequences even*

Assim como a probabilidade, que reduz o campo da incerteza a partir de informações e dados do passado que sugerem o que pode ocorrer no futuro, os contratos também consubstanciam instrumentos eficazes para controle da incerteza, uma vez que (i) descrevem as circunstâncias em que o negócio foi entabulado; (ii) permitem a previsão e regulação das consequências de eventos futuros; e (iii) prescrevem as condutas a serem adotadas pelas partes ao longo de sua execução, trazendo previsibilidade, segurança e estabilidade dentro de um ambiente inexorável de incerteza.

As partes podem se valer dos denominados contratos típicos, em relação aos quais o plano de distribuição de riscos, consubstanciado dos direitos e deveres associados ao referido tipo contratual, já é estabelecido pela norma, cabendo aos partícipes da relação jurídica acolher e/ou modificar, dentro do espaço autorizado pela ordem jurídica, o referido arquétipo *standard* de riscos inerentes ao tipo. Isto porque, como ensina Claudio Scognamiglio, "em cada tipo negocial está já presente uma determinada repartição do risco contratual", o que significa dizer, reforça o autor, que "a escolha do tipo pelos autores da operação econômica [instrumentalizada pelo contrato] implica a aceitação do plano de divisão dos riscos e dos custos nele contido, o qual passa a ser considerado pelo juiz como base de decisão"[273].

E podem também as partes celebrar contratos atípicos, sem uma prévia definição de um plano de distribuição dos riscos, os quais passam a ser concebidos estritamente por elas[274], dentro da criatividade de produção de direito contratual permitida pela autonomia privada. Em ambos os casos, o plano de distribuição dos riscos está sujeito a controle de merecimento de tutela, segundo os cânones principiológicos da lei civil.

Vale dizer, ainda, que todo o contrato, típico ou atípico, está sujeito a riscos inerentes à própria operação regulada, os denominados riscos ordinários; como também a riscos extraordinários, ou melhor dizendo, incertezas que escapam completamente à sua moldura de álea ordinária, por sua absoluta imprevisibilidade (o que impede sua quantificação – aspecto essencial do risco).

---

when we are coping with Arrow's clouds of vagueness." (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods**: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 205).

[273] SCOGNAMIGLIO, Claudio. ***Interpretazione del contrato e interessi dei contraenti***. Pádua: CEDAN, 1992, p. 37.

[274] Assim esclarece Judith Martins-Costa: "Nos contratos atípicos ou naqueles que, embora socialmente tipicizados, não encontram nos usos o respaldo firme de uma disciplina, maior atenção será exigida do intérprete. Nos modelos atípicos podem as partes programar com liberdade inocorrente nos contratos típicos o 'programa de riscos'. (MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 49.

Por meio dos contratos, pois, o espaço de incerteza relacionado aos efeitos jurídicos futuros é substancialmente reduzido, pois caberá ao intérprete, no caso de ocorrência do risco previamente mapeado, apenas reconhecer a distribuição das consequências jurídicas já estabelecidas entre as partes, abrangidos os ganhos e as perdas. Kleber Luiz Zanchim vai na mesma direção, conforme se depreende do trecho abaixo:

> Os modelos matemáticos são exemplos desses mecanismos de simplificação da realidade. Porém, como é característico das ciências que se pretendem exatas, concentram-se em descrever um estado de coisas do qual podem resultar previsões sobre o futuro. Os contratos são outro exemplo, mas com importante diferença. Além de apresentarem conteúdo descritivo das circunstâncias negociais, muitas vezes até mesmo recorrendo à matemática, destinam-se também a prescrever comportamentos balizados conforme o contexto que os contratantes julgam previsível. Os contratos extraem da complexidade das relações jurídicas os fatos (variáveis) considerados sensíveis pelas partes. Organizam um conjunto de expectativas tentando (i) prever eventos com impacto potencial nos interesses dos contratantes e (ii) dividir entre estes as consequências correspondentes. Quando os eventos se materializam, sobra ao intérprete recorrer ao regime contratual de previsão/distribuição dessas consequências para identificar a quem cabem os ganhos ou prejuízos.[275]

Em razão de tais aspectos relacionados à regulação da incerteza e conversão em risco passível de distribuição por meio de negócios jurídicos é que a ordem jurídica tutela os denominados princípios clássicos do direito contratual, notadamente a força obrigatória dos contratos, consensualismo e relatividade, os quais passaram a ser complementados pelos modernos princípios da boa-fé-objetiva, equilíbrio econômico-financeiro e função social.

A este respeito, a Lei de Liberdade Econômica passou a reforçar a autonomia privada, notadamente nos denominados contratos empresariais, fomentando a plena liberdade contratual, nos termos do Art. 3º, VIII[276], da referida lei, a livre alocação de riscos, conforme se depreende do Art. 421-A, inciso II[277], do Código Civil, dispositivo este introduzido pela Lei de Liberdade Econômica, bem como conferiu relevância hermenêutica à interpretação baseada

---

[275] ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público Privada (PPP)**: risco e incerteza. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 55-56.

[276] "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...]; VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública;"

[277] "Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: [...]; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; [...]".

na racionalidade econômica do negócio, que se assenta na distribuição dos riscos do contrato, nos termos do Art. 113, §1º, inciso V[278], do mesmo diploma legal.

Neste contexto, depreendemos desta breve digressão que os contratos também podem ser utilizados para a redução da incerteza e geração de ambiente de maior previsibilidade e segurança para os indivíduos. Esta constatação será fundamental para compreendermos a função desempenhada pela cláusula de não indenizar nos negócios jurídicos, especialmente no que pertine à redução da incerteza relacionada à imposição da consequência jurídica do inadimplemento contratual, que é a indenização por perdas e danos. Sendo um instrumento de redução da incerteza, temos uma típica alocação de risco, enquanto fato e interesse econômico, pelas partes em contratos empresariais paritários.

2.4 Distinção entre Incerteza e Risco

O indivíduo sempre teve profundo desejo em conseguir antecipar eventos futuros[279] para suas diversas necessidades. Como mencionado, no passado, as civilizações recorriam à religião, divindades e forças místicas para explicar o porvir[280]. Com a evolução da civilização, especialmente a partir do Renascimento[281], técnicas e metodologias científicas foram desenvolvidas para reduzir a incerteza e gerar previsibilidade[282], mas ainda assim nenhuma

---

[278] "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: […]; V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração."

[279] Niklas Luhmann assim descreve este período, *in verbis*: "*Older civilizations had developed quite different techniques for dealing with analogous problems, and thus had no need for a word covering what we now understand by the term risk. Mankind had naturally always been preoccupied by uncertainty about the future.*" (LUHMANN, Niklas. ***Risk**: a sociological theory*. Tradução do alemão para o inglês de Rhodes Barrel. New Brunswick: Transaction Publishers, 2008, p. 8).

[280] Peter L. Bernstein descreve este processo na seguinte passagem: "*the revolutionary idea that defines the boundary between modern times and the past is the mastery of risk: the notion that the future is more than a whim of the gods and that men and women are not passive before nature. Until human beings discovered a way across that boundary, the future was a mirror of the past or the murky domain of oracles and soothsayers who held a monopoly over knowledge of anticipated events.*" (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods**: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 1).

[281] Peter L. Bernstein aborda essa perspectiva histórica, conforme se depreende do seguinte trecho: "*the modern conception of risk is rooted in the Hindu-arabic numbering system that reached the West seven to eight hundred years ago. But the serious study of risk began during the Renaissance, when people broke loose from constraints of the past and subjected long-held beliefs to open challenge. This was a time when much of the world was to be discovered and its resources exploited. It was a time of religious turmoil, nascent capitalism, and a vigorous approach to science and the future*" (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods**: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 3).

[282] Atualmente existem consultorias especializadas que realizam estudos para prever uma série de indicadores, a exemplo dos preços de valores mobiliários no mercado de capitais, a variação cambial, comportamento dos juros e inflação, dentre outros inúmeros exemplos.

delas apta a garantir a ocorrência do resultado antevisto, simplesmente porque não temos qualquer domínio sobre fatos futuros.

Neste contexto, emergem os conceitos de risco e incerteza, ambos relacionados à ausência de conhecimento sobre eventos futuros, mas que são distintos entre si. Isto porque, o risco está na esfera do que podemos prever mediante adoção de algumas metodologias científicas, notadamente a probabilidade, ao passo que a incerteza está no campo do que não conseguimos. Segundo Kleber Luiz Zanchim, essa dicotomia "separa o que podemos prever (risco) daquilo que não podemos (incerteza)"[283].

Judith Martins-Costa também se lança a explicar a diferença entre risco e incerteza, aduzindo que o primeiro é passível de alguma previsão, ao passo que o segundo compromete a capacidade de previsão, separando os conceitos de previsível (risco) e imprevisível (incerteza), como se depreende da seguinte passagem:

> Por estar situado no tempo futuro, o risco repousa sobre uma parte, ao menos de incerteza. A incerteza é, portanto, elemento do risco. O futuro é incerto. Mas o elemento futuridade não retira, de todo, a previsibilidade. Nenhum risco é 'certo', mas grande parte dos riscos pode ser objeto de um juízo de probabilidade, que é um acontecimento esperado com certo grau de certeza. Podem ser prováveis 'danos' (probabilidades de perdas) e vantagens (probabilidades de ganhos). Justamente pelo juízo de probabilidade que podemos alcançar as noções de previsibilidade/imprevisibilidade do risco e a distinção entre acontecimentos certos previsíveis e acontecimentos incertos imprevisíveis.[284]

Num universo e sociedade tão complexos, o problema reside, então, no que efetivamente os indivíduos são capazes de prever em relação ao futuro quando da tomada de decisão. Isso determinará, como antecipado, se estamos diante de uma situação de risco ou de incerteza.

Frank H. Knight diferencia risco de incerteza pelo critério da mensurabilidade, o que só é possível no risco, como se depreende do trecho abaixo:

> *The essential fact is that 'risk' means in some cases a quantity susceptible of measurement, while at other times it is something distinctly not of this character; and there are far-reaching and crucial differences in the bearings of the phenomenon depending on which of the two is really present and operating. There are other ambiguities in the term 'risk' as well, which will*

[283] ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público Privada (PPP)**: risco e incerteza. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 22.
[284] MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 33.

> *be pointed out; but this is the most important. It will appear that a measurable uncertainty, or 'risk' proper, as we shall use the term, is so far different from an unmeasurable one that it is not in effect an uncertainty at all*.[285]

Milton Carvalho Gomes, referindo-se à obra de Frank H. Knight, reforça a distinção entre os fenômenos com base na mesma premissa da mensurabilidade, *in verbis*:

> O risco, portanto, abrange situações futuras cuja probabilidade de ocorrência pode ser de alguma forma calculada, ou por métodos matemáticos mais exatos, partindo do conhecimento das regras que regem o fenômeno, ou por meio de métodos estatísticos, a partir da observação, classificação e agrupamento de ocorrências passadas semelhantes, projetando-se novas ocorrências a partir de regras extraídas dessa verificação empírica. Por outro lado, a incerteza situa-se em um nível superior de indeterminação, dada a impossibilidade de agrupamento de situações semelhantes por não as haver em quantidade ou semelhança suficientes para a formação de grupos com alguma homogeneidade.[286]

A mensurabilidade do risco decorre da possibilidade conferida ao analista de estimar os possíveis resultados de uma situação a partir do conhecimento sobre um conjunto de dados, informações e evidências acerca de eventos análogos verificados no passado. Trata-se de uma metodologia baseada na experiência mediante um processo de agrupamento e avaliação de situações similares verificadas no passado e conhecidas pelo investigador que, por um raciocínio inferencial, sugerem que ocorrerão novamente.

Por outro lado, quando não se é possível reunir esse grupo de casos análogos para determinar a possibilidade de sua recorrência no futuro, o indivíduo estará no campo da incerteza, sendo impossível a sua mensuração, na medida em que, pela escassez de dados, informações e evidências sobre um evento com características tão particulares, inviabiliza-se qualquer análise de inferência sobre nova ocorrência. Neste sentido, assim se pronuncia o renomado economista da escola de Chicago:

> *The practical difference between the two categories, risk and uncertainty, is that in the former the distribution of the outcome in a group of instances is known (either through calculation a priori or from statistics of past experience), while in the case of uncertainty this is not true, the reason being in general that it is impossible to form a group of instances, because the situation dealt with is in a high degree unique*.[287]

---

[285] KNIGHT, Frank H. ***Risk, uncertainty and profit***. New York: Dover, 2006, p. 14-15.
[286] GOMES, Milton Carvalho. Riscos e incertezas em contratos públicos de concessão: uma análise econômica da repartição de responsabilidades. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 6, n. 4, p. 2.187, 2020.
[287] KNIGHT, Frank H. ***Risk, uncertainty and profit***. New York: Dover, 2006, p. 136.

Neste contexto, se o indivíduo, com base no conhecimento sobre os dados, informações e evidências disponíveis, tem a aptidão de agrupar casos similares à situação em análise, será possível, por meio de modelos probabilísticos, dimensionar a possibilidade de nova ocorrência. A incerteza inerente aos acontecimentos futuros, portanto, passa a ser medida e controlada, fazendo emergir a concepção de risco enquanto incerteza mensurável, representando, pois, uma unidade de medida tangível. Peter L. Bernstein afirma que *"under right conditions, measurement can indeed conquer uncertainty and tame risk"*[288].

Com efeito, Frank H. Knight sustenta que o risco representa uma incerteza quantificável, o que se distinguiria da total incerteza, esta caracterizada por uma escassez ou inexistência de dados, informações e evidências sobre determinado evento, inviabilizando o expediente do agrupamento de casos análogos e inferência sobre sua recorrência, o que torna impossível qualquer previsão sobre o futuro ao menos com base em critérios objetivos.

Nesta ordem de ideias, o risco estaria na esfera do conhecimento adquirido, ou seja, pela experiência verificada pelo sujeito, sendo, pois, tangível e quantificável. A incerteza, por sua vez, estaria no campo do desconhecido, ou seja, o indivíduo não tem a menor ideia do que pode ocorrer por ausência de dados, informações e evidências suficientes[289]. No mesmo sentido, Kleber Zanchim afirma que "risco e incerteza são elementos do aleatório. Retirado o risco, que se conhece, resta a incerteza, que se desconhece"[290].

Naturalmente, a incerteza gera profunda insegurança, especialmente no ambiente econômico, uma vez que os agentes estão expostos a eventos aleatórios sobre os quais não possuem controle algum. Esta é a razão pela qual a evolução científica buscou mecanismos de redução da incerteza, de forma a convertê-la em risco - uma unidade de medida tangível e quantificável que o agente econômico poderá gerir, controlar, regular[291]. Para esta finalidade, Frank H. Knight propõe dois métodos complementares para a redução da incerteza, permitindo

---

[288] BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods**: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 128.

[289] John Maynard Keynes assim se manifesta sobre a incerteza: "*By uncertain knowledge, let me explain, I do not mean merely to distinguish what is known for certain from what is only probable. The game of roulette is not subject, in this sense, to uncertainty; no risk prospect of a Victory bond being drawn. Or, again, the expectation of life is only slightly uncertain. Even the weather is only moderately uncertain. The sense in which I am using the term is that in which the prospect of a European war is uncertain, or the price of Copper and the rate of interest twenty years hence, or the obsolescence of a new invention, or the position of private wealth-owners in the social system in 1970. About these matters there is no scientific basis on which to form any calculable probability whatever. We simply do not know*." (KEYNES, John Maynard. *The General Theory of Employment*. ***Quaterly Journal of Economics***, [*s. l.*], n. 51, p. 209-233, 1937).

[290] ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público Privada (PPP): Risco e Incerteza**. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 41.

[291] "*Most fundamental among these effects in reducing uncertainty is its conversion into a measured risk or elimination by grouping which is implied in the very fact of specialization*" (KNIGHT, Frank H. ***Risk, uncertainty and profit***. New York: Dover, 2006. p. 147).

a sua conversão em risco para um dimensionamento objetivo, são eles: a consolidação e a especialização.

Pela consolidação, ocorre o supramencionado agrupamento de eventos similares, tendo em vista que a incerteza é menor quando se avalia um grupo amostral de casos análogos verificados no passado do que uma situação específica isolada, sem elementos de conexão com qualquer outra. A respeito do processo de consolidação, assim explica Frank H. Knight:

> *Following the order of the classification already given of methods of dealing with uncertainty, the first subject for discussion is the institutions or special phenomena arising from the tendency to deal with uncertainty by consolidation. The most obvious and best known of these devices is, of course, insurance, which has already been repeatedly used as an illustration of the principle of eliminating uncertainty by dealing with groups of cases instead of individual cases. In our discussion of the theory of uncertainty in the foregoing chapter and at other points in the study we have emphasized the radical difference between a measurable and an unmeasurable uncertainty. Now measurability depends on the possibility of assimilating a given situation to a group of similars and finding the proportions of the members of the group which may be expected to exhibit the various possible outcomes. This assimilation of cases into classes may be exceedingly accurate, and the proportions of the various outcomes may be computable on a priori grounds by the application of the theory of permutations and combinations to determine the possible groundings of equally probable alternatives; […].*[292]

Por meio deste processo de consolidação de casos análogos, pois, o agente é munido de um conjunto de dados, informações e evidências que lhe permitem inferir os possíveis resultados decorrentes de uma decisão e a distribuição de probabilidades de ocorrência.

Já a especialização consiste no expediente por meio do qual a incerteza é alocada em determinado agente que, por meio de seu conhecimento técnico e *expertise*, é presumidamente capaz de estimar e controlar os resultados possíveis de uma dada situação melhor do que outros agentes não especialistas. Sobre a técnica da especialização, Frank H. Knight assim elucida:

> *We are thus brought naturally around to a discussion of the most thoroughgoing methods of dealing with uncertainty; i.e., by securing better knowledge of and control over the future […] Thus it is fundamental to the entrepreneur system that it tends to promote better management in addition to consolidating risks and throwing them into the hands of those most disposed to assume them*.[293]

---

[292] KNIGHT, Frank H. ***Risk, uncertainty and profit***. New York: Dover, 2006, p. 142.
[293] *Idem, ibidem*, p. 150.

Em linha com a lógica da especialização, Wanderley Fernandes também aponta que, na ausência de disposição contratual, deve assumir o risco "a parte que, de maneira mais eficiente (com menor custo) poderá evitá-lo, mitigá-lo ou suportá-lo"[294].

Um exemplo próximo de combinação das técnicas da consolidação e especialização para a redução de incerteza é "princípio do seguro" (ou "*insurance principle*", em inglês). Isto porque, o segurador tem como negócio justamente a gestão de portfólio do conjunto de riscos a ele transferidos e, por esta razão, tendo em vista a disponibilidade de dados, informações e evidências, está em melhores condições de controlar os aspectos relacionados à ocorrência e impactos dos riscos transferidos para a sua gestão[295]. Outra situação que ilustra o princípio da especialização é a regra costumeira praticada em operações de fusões e aquisições de acordo com a qual a responsabilidade sobre atos e fatos anteriores ao fechamento devem recair sobre o vendedor, pois ele possui maior nível de informação em relação aos riscos emergentes do período anterior[296].

Naturalmente, a proposta de redução de incerteza pela consolidação e especialização não é isenta de críticas. Isto porque, no caso da consolidação, o indivíduo realiza um juízo individual para a definição da similaridade e realização da escolha dos casos a serem agrupados, processo este com alguma densidade de subjetivismo. Somado a isso, existe uma crença de que os eventos ocorridos no passado, por sua frequência, tendem a ocorrer novamente, o que não necessariamente é uma assertiva verdadeira.

Já a especialização parte de uma pretensiosa premissa de que o indivíduo, ainda que *expert*, possui o conhecimento de todas as variáveis de uma dada situação, o que esbarra na própria limitação do conhecimento do indivíduo sobre o futuro, que é essencialmente incerto[297]. Alexandre Junqueira Gomide lembra que "o incerto sempre existirá. Nossa capacidade de prever é mínima porque nossa cognição é limitada pelo precário conhecimento do passado e do presente e pela inaptidão para visualizar o futuro"[298].

---

[294] FERNANDES, Wanderley. Caso fortuito e força maior: um assunto antigo que permanece moderno. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 341.

[295] KNIGHT, Frank H. ***Risk, uncertainty and profit***. New York: Dover, 2006, p. 148.

[296] PERLMAN, Marcelo; PEREIRA, Rafael Stoguti J. A cláusula de indenização nos contratos de M&A como mecanismo de alocação de riscos. **Migalhas de Peso**, [*s. l.*], 21 ago. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/332311/a-clausula-de-indenizacao-nos-contratos-de-m-a-como-mecanismo-de-alocacao-de-riscos. Acesso em: 30 set. 2023.

[297] ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público Privada (PPP)**: risco e incerteza. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 39.

[298] GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 35.

Tais apontamentos, contudo, não retiram a utilidade das metodologias baseadas na probabilidade e cálculos estatísticos para lidar com o complexo fenômeno do risco por meio da redução do campo da incerteza[299]. Caso contrário, estaríamos sempre diante do imponderável e da tomada de decisão com base apenas no instinto. É o que explica Judith Martins-Costa ao afirmar que "o elemento futuridade não retira, de todo, a previsibilidade. Nenhum risco é 'certo', mas grande parte dos riscos pode ser objeto de um juízo de probabilidade, que é um acontecimento esperado com certo grau de certeza"[300].

Nesta ordem de ideias, podemos dizer que o risco é um fator quantificável resultante do controle da incerteza relacionada à ocorrência de eventos futuros, e que é depreendido e calculado por meio da aplicação das leis de probabilidade, tendo como pressuposto a análise de grupos amostrais de casos análogos que permitem inferir a probabilidade dos resultados possíveis decorrentes daquele determinado evento.

Para viabilizar o agrupamento dos casos análogos e o pretendido dimensionamento do risco, o analista precisa deter profundo conhecimento sobre o evento em análise, o que se obtém por meio de pesquisa científica e acúmulo de dados, informações e evidências, de forma que o dimensionamento do risco seja revestido de um maior grau de credibilidade[301]. Neste sentido, Frank H. Knight:

> *Uncertainty is one of the fundamental facts of life. It is ineradicable from business decisions as from those in any other field. The amount of uncertainty may, however, be reduced in several ways, as we have seen. In the first place, we can increase our knowledge of the future through scientific research and the accumulation and study of the necessary data*.[302]

Caso o cientista não consiga reunir dados, informações e evidências necessários para o agrupamento dos casos, a quantificação da incerteza e sua conversão em risco poderá restar

---

[299] A mesma conclusão é alcançada por Wanderley Fernandes, *in verbis*: "Essa assertiva parece trazer mais insegurança, porém ela nos leva à necessária conclusão de que, nos limites humanos, é impossível determinar o futuro; entretanto, devemos continuar agindo como se isso fosse possível de acordo com as probabilidades que, nadas as informações conhecidas no momento da decisão, nos permitem julgar o melhor caminho a seguir. O sucesso ou insucesso de determinada atividade está, em grande medida, associado a essa capacidade de julgamento". (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36. *e-book*).

[300] MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 33.

[301] Robert Mattheus afirma que "quando se trata de identificar probabilidades, quanto mais dados, melhor". (MATTEWS, Robert. **As Leis do Acaso**: como a probabilidade pode nos ajudar a compreender a incerteza. Tradução George Schlesinger. Revisão técnica Samuel Jurkiewicz. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 22).

[302] KNIGHT, Frank H. ***Risk, uncertainty and profit***. New York: Dover, 2006, p. 198.

comprometida, e o analista não conseguirá fazer qualquer previsão sobre os eventos futuros com base em critérios científicos e racionais.

Em suma, neste item exploramos a diferença entre risco e incerteza, dando relevo à distinção conceitual mais relevante, que consiste na possibilidade de mensuração objetiva do risco. Esta conclusão terá importância fundamental ao longo do presente trabalho. Isto porque, sendo o risco uma unidade de medida quantificável, depreendido da mensuração da incerteza por meio da probabilidade, ele pode ser livremente negociado entre agente econômicos por meio de negócios jurídicos paritários. É isso que ocorre quando se estipula a cláusula de não indenizar, isto é, as partes estimam a probabilidade de ocorrência do inadimplemento, convertendo essa incerteza em risco tangível, e optam por inserir uma cláusula para neutralizar (cláusula de exclusão) ou mitigar (cláusula limitativa) esse risco. A partir dessa compreensão objetiva sobre o risco do inadimplemento e das perdas e danos que podem ser cobradas do devedor, veremos que, por exemplo, os requisitos de validade relacionados à inoponibilidade da cláusula em situações de dolo ou culpa grave, em caso de obrigações essenciais e determinadas situações de danos pessoais perdem sentido, pois são situações de incerteza passíveis de conversão em risco, que é uma unidade tangível, e, em certa medida, pertencente ao patrimônio dos sujeitos para a sua livre regulação (direito patrimonial disponível). Tais requisitos podem deixar de ser aplicados, portanto, em determinadas situações.

2.5 Dimensões do Risco

No item anterior, esclarecemos que a diferença principal entre risco e incerteza é que o primeiro pode ser quantificado e o segundo não.

A quantificação permite que os agentes possam decisões racionais acerca de seu tratamento. É o que explica Dan Borge:

> *In trying to quantify risks, however imperfectly, you are forced to think harder and more concretely about risk exposure than if you relied solely on hazy intuition or gut feel. Having quantified your risks, you can take rationally calculated actions that are more closely tailored to your particular situation and therefore more effective in moving your closer to your desired risk profile. You can compare the magnitude of another risk and decide how to trade some of one risk for some of other. You can also gauge how much risk you are taking in total, even if you are taking many different types of risk*.[303]

[303] BORGE, Dan. ***The book of risk***. New York: John Wiley & Sons, 2001, p. 68.

Sucede que o processo de dimensionamento do risco só é possível por meio da aplicação das leis de probabilidade, que permitem calcular a ocorrência de determinados eventos adversos, considerando os dados, informações e evidências disponíveis acerca de episódios análogos verificados no passado. A *probabilidade*, portanto, é uma dimensão essencial para a compreensão do fenômeno do risco.

Neste sentido, Anthony Giddens afirma que "*the notion of risk, I should point out, is inseparable from the ideas of probability and uncertainty*"[304]. Adotando mesmo pensamento, Judith Martins-Costa arremata que "[…], risco é a probabilidade de um dano futuro – podendo haver inclusive risco da ocorrência de um perigo – e um desvalor, isto é: o risco não contempla apenas um elemento descritivo, correspondente à possibilidade de um resultado, mas agrega um elemento normativo"[305].

E qual a história da probabilidade? Peter L. Bernstein elucida que a origem da palavra probabilidade está associada a *probare*, que indica algo que seria passível de teste, prova ou aprovação[306]. Marcelo Guedes Nunes, por sua vez, complementa que "a palavra probabilidade tem origem na palavra latina *probitas,* que significa 'honestidade'", mas reconhece que a base etimológica da palavra tem relação com a busca de algum grau de confiabilidade em meio à incerteza[307].

A origem da probabilidade está associada a análises de resultados possíveis de jogos de azar (*games of chance*) e de dados de censos demográficos. Outrossim, grande parte da literatura sobre probabilidade faz menção às análises de estudiosos sobre possíveis resultados decorrentes do lançamento de dados e outros jogos de azar. A probabilidade, como se conhece hoje, é uma evolução científica de tais análises, como explica Peter L. Bernstein:

> *Since the beginning of recorded history, gambling – the very essence of risk-taking – has been a popular pastime and often an addiction. It was a game of chance that inspired Pascal and Fermat's revolutionary break-through into*

---

304 GIDDENS, Anthony. ***Runaway world****: how globalisation is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000, p. 40.

305 MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 32.

306 "*The Latin root of probability is a combination of probare, which means to test, to prove, or to approve, and ilis, which means able to be; it was in this sense of provable or worthy of approval that Cardano might have known the word. (...) According to the Canadian philosopher Ian Hacking, the Latin root of probability suggests something like 'worthy of approbation*'. (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 48).

307 NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a Estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.

> *the laws of probability, not some profound question about the nature of capitalism or visions of the future*.[308]

Atribui-se a Girolamo Cardano a alcunha de primeiro estudioso ocidental de probabilidade com o lançamento de sua obra "*Liber de ludo aleae"*, publicada em 1663, que, a despeito de ensinar técnicas de jogos de azar, propôs o primeiro estudo sistematizado de probabilidade[309]. Mas foi a famosa troca de correspondências entre Blaise Pascal e Pierre de Fermat, sobre a distribuição de um prêmio no contexto de um jogo, que foi alçada a marco histórico da probabilidade[310].

Outros grandes personagens que contribuíram ao desenvolvimento da probabilidade como pilar essencial do risco, como Jacob Bernoulli, John Graunt, Leibniz (faz uso da probabilidade para problemas jurídicos) e Daniel Bernoulli (insere a noção de utilidade na tomada de decisão) são descritos pela obra de Peter L. Bernstein, à qual nos referimos por ser uma leitura essencial em matéria de risco[311].

A literatura jurídica também associa risco à noção de probabilidade. Em livro sobre responsabilidade civil, Carlos Alberto Bittar assim se posiciona:

> [...] deve ser considerada perigosa, pois, aquela atividade que contenha em si uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério de normalidade média e revelada por meio de estatísticas, de elementos técnicos e da própria experiência comum.[312]

Com efeito, risco é uma unidade de medida tangível resultante do cálculo da probabilidade da ocorrência de um evento adverso, consideradas as informações, dados e evidências sobre a situação fática concreta.

Para o cálculo da probabilidade enquanto elemento componente do risco, o agente, parte de premissas e proposições que lhe permitem estabelecer a recorrência de determinado evento adverso. A definição dessas premissas, como apontou Frank H. Knight, parte de uma

---

[308] BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 11.
[309] NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a Estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 67.
[310] "*It was a game of chance that inspired Pascal and Fermat's revolutionary breakthrough into the laws of probability, not some profound question about the nature of capitalism or visions of the future. Yet until that moment, throughout history, people had wagered and played games without using any system of odds that determines winnings and losings today. The act of risk-taking floated free, untrammeled by the theory of risk management*." (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 11).
[311] *Idem, ibidem.*
[312] BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil nas atividades perigosas. *In*: CAHALI, Youssef Said. **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 93.

crença racional (*degree of belief*), baseada em informações, dados e evidências de amostras de casos similares que tenham ocorrido no passado, de que tais eventos podem, por um juízo de ilação ou inferência[313], ocorrer novamente[314-315]. Trata-se, pois, de adoção de um modelo de inferência indutiva, que "se apoia na crença de que os padrões observados no passado irão se repetir no futuro."[316]

A lógica da probabilidade parte da análise de amostra representativa de dados, informações e evidências sobre eventos ocorridos no passado e que o analista presume que tendem a se repetir no futuro. Quanto maior a amostra, maior será a propensão de os resultados seguirem um padrão esperado e seguirem uma frequência relativa[317], em linha com o teorema da Lei dos Grandes Números, proposta por Jacob Bernoulli[318] em seu livro "*Ars Conjectandi*" publicada em 1713, e mencionada por Frank H. Knight[319], cujo princípio passou a integrar as modernas técnicas de quantificação do risco.

Mas como podemos aprimorar as proposições de forma a tornar a análise de probabilidade do risco mais sólida, ou seja, mais próxima do que é possível se esperar do futuro, ou, em outras palavras, mais próxima da verdade? Apenas com o acúmulo do conhecimento, especialmente no que tange às informações, dados e evidências disponíveis sobre os eventos

---

313 "*We have, then, our dogma which is the presupposition of knowledge, in this form; that the world is made of things, which, under the same circumstances, always behave in the same way. The practical problem of inference or prediction in any particular situation center around the first two of these three factors: what things are we dealing with, and what are the circumstances which condition their action? From knowledge of these two sets of facts it must be possible to say what behavior is to be expected*," (KNIGHT, Frank H. ***Risk, uncertainty and profit***. New York: Dover, 2006, p. 120).

314 "*It is clear that to live intelligently in our world – that is to adapt our conduct to future facts – we must use the principle that things similar in some respects will behave similarly in certain other respects even when they are very different in still other respects. We cannot make an exhaustive classification of things, but must take various and shifting groupings according to the purpose or problem in view, assimilating things now on the basis of one common property (mode of behavior) and now on the basis of another. The working assumption of practical inference about the environment is thus a working number of kinds of things: this latter we do not have. That is, the properties of things which influence our reactions toward them must be sufficiently limited in number and in modes of association for intelligence to grasp*." (KNIGHT, Frank H. ***Risk, uncertainty and profit***. New York: Dover, 2006, p. 120).

315 No mesmo sentido, Peter L. Bernstein menciona a passagem de Jacob Bernoulli no sentido de que "*under similar conditions, the occurrence or non-occurrence of an event in the future will follow the same pattern as was observed in the past*" (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 121).

316 NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a Estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 81.

317 Segundo Robert Matthews, "a lei das médias nos diz que, quando sabemos – ou desconfiamos - que estamos com eventos envolvendo um elemento do acaso, devemos focalizar não os eventos em si, mas sua frequência relativa – isto é, o número de vezes que cada evento ocorre em proporção ao número total de oportunidades." (MATTEWS, Robert. **As Leis do Acaso**: como a probabilidade pode nos ajudar a compreender a incerteza. Tradução de George Schlesinger. Revisão técnica Samuel Jurkiewicz. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 16).

318 Peter L. Bernstein afirma que "*Jacob Bernoulli's theorem for calculating probabilities a posteriori is known as Law of Large Numbers*" (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 122).

319 KNIGHT, Frank H. ***Risk, uncertainty and profit***. New York: Dover, 2006, p. 140.

passados, pois o indivíduo teria mais elementos para determinar a validade das proposições e, consequentemente, uma maior credibilidade para um juízo de probabilidade mais consistente[320].

Dentro da perspectiva de acúmulo de dados, informações e evidências para a determinação da probabilidade (e, portanto, do risco), em alguns campos científicos, é comum a realização de estudos de viabilidade e modelagens técnicas para dimensionamento adequado de modelos probabilísticos de eventos adversos. É o caso dos estudos de viabilidade para obras de grande complexidade, em que são feitas modelagens técnicas de fenômenos geológicos, geotécnicos e hídricos para uma aferição de risco adequada ao empreendimento[321]. Tais estudos são infalíveis? Não, pois sobre o futuro não temos domínio, mas servem como importante balizador para reduzir o campo da incerteza a partir do estudo de dados e informações, viabilizando o adequado dimensionamento do risco de ocorrência de episódios adversos.

Neste diapasão, quando se fala de risco, naturalmente vem a ideia de probabilidade de ocorrência de um ou mais eventos adversos, o que influencia no processo de escolha e tomada de decisão pelo agente. Isto porque eventos classificados com remota probabilidade de ocorrência serão avaliados de maneira distinta ou até mesmo desconsiderados pelo agente em comparação com aqueles cuja probabilidade de materialização seja de provável ocorrência[322].

---

320 Peter L. Bernstein reforça este ponto "*From this point forward, the debate over managing risk will converge on the uses of his three requisite assumptions – full information, independent trials and the relevance of quantitative valuation. The relevance of these assumptions is critical in determining how successfully we can apply measurement and information to predict the future*." (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 121).

321 "O primeiro passo para reduzir incertezas de ordem geológico-geotécnicas de um empreendimento civil ou mineiro consiste em elaborar, com o apoio de investigações de campo, gabinete e laboratório, continuamente revisadas e aprimoradas, uma representação simplificada da sua realidade, tanto a atual quanto a futura. Em outras palavras, consiste em construir um modelo dessa realidade, combinando várias categorias de comunicação (escrita, icônica, numérica etc), mas capazes de traduzir – mantendo um mínimo de coerência com a finalidade do empreendimento – as informações geológico-geotécnicas consideradas adequadas seu propósito, sobretudo, nos seus aspectos mais decisivos, capazes de levar, se mal respeitados, ao insucesso parcial ou total do empreendimento". (ASSIS, André Pacheco; FRANCIS, Fernando Olavo; RABECHINI JUNIOR, Roque. **Gestão de riscos**: empreendimentos complexos. Curitiba: CRV, 2019, p. 105).

322 Segundo uma lógica sociológica, Ulrich Beck traz uma proposição crítica acerca dos critérios de dimensionamento do risco, notadamente no que pertine "as asserções de probabilidade". Isto porque, quando nos deparamos com riscos de baixa probabilidade, mas de impactos civilizatórios extremos (por exemplo os empreendimentos nucleares), a avaliação de risco não deveria se dar segundo a lógica científica-racional de dimensionamento do risco e probabilidade de ocorrência. Neste sentido, assim se pronuncia o renomado autor de uma das obras mais respeitadas sobre os aspectos sociológicos do risco, *in verbis*: "a pretensão de racionalidade das ciências de determinar objetivamente o teor do risco refuta-se a si mesma permanentemente: ela baseia-se, por um lado, num castelo de cartas de conjecturas especulativas e move-se unicamente no Quadro de asserções de probabilidade, cujos prognósticos de segurança não podem, a bem da verdade, ser refutados sequer por acidentes reais. Por outro lado, é preciso ter assumido um ponto de vista axiológico para chegar a poder falar de riscos com alguma propriedade. Constatações de risco baseiam-se em possibilidades matemáticas e interesses sociais, mesmo e justamente quando se revestem de certeza técnica. Ao ocuparem-se com riscos civilizacionais, as ciências sempre acabaram por abandonar sua base de lógica experimental, contraindo um casamento polígamo com a economia, a

Margarida Lima Rego reforça que não é toda probabilidade que interessa a determinado sujeito, mas "apenas a que não é indiferente ao sujeito do risco, que de algum modo o afeta."[323]

Entretanto, no processo de tomada de decisão pelo indivíduo, probabilidade não exerce papel isolado na análise de risco. O impacto do risco também integra o processo de tomada de decisão. Logo, como afirma Peter L. Bernstein, *"both gravity and probability should influence a decision"*[324].

A relação entre o risco e seu impacto é destacada por John Adams, segundo o qual *"risk, according to the definition most commonly found in the safety literature, is the probability of an adverse future event multiplied by its magnitude"*[325].

No mesmo sentido, Marcos Assi afirma que "os riscos são analisados considerando probabilidade e impacto como base para determinar qual deles deve ser administrado e controlado, sob uma base própria e residual."[326] Alexandre Junqueira Gomide também esclarece que "risco pode ser considerado sob duas perspectivas: a de sua ocorrência e das consequências produzidas, permitindo avaliações sobre sua previsibilidade".[327]

Logo, outra dimensão do risco é o seu *impacto*, que também pode ser compreendido como gravidade ou severidade[328]. À semelhança do que ocorre na aferição das proposições para o cálculo da probabilidade, o impacto do risco também é analisado conforme as preferências que formam o perfil de risco (ou apetite de risco, numa linguagem também usual) do indivíduo

---

política e a ética – ou mais precisamente: elas convivem numa espécie de 'concubinato não declarado'. […]. Os estudos de segurança de reatores limitam-se a estimativa de determinados riscos quantificáveis em razão de acidentes prováveis. A dimensionalidade do risco, é, portanto, de saída reduzida à manuseabilidade técnica. Para amplos setores da população e para os opositores da energia nuclear é, ao contrário, precisamente o potencial catastrófico da energia nuclear que está no centro da questão. Mesmo uma probabilidade de acidentes tão reduzida é alta demais quando um acidente significa extermínio. […] Em outras palavras, tornam-se evidentes nas discussões de risco as fissuras e trincheiras entre racionalidade científica e social ao lidar com os potenciais de ameaça civilizacional." (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 35).

[323] LIMA REGO, Margarida. **Contrato de seguro e terceiros**: estudo de Direito Civil. Coimbra: Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010, p. 75-76.

[324] BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 71.

[325] ADAMS, John. ***Risk***. London: UCL Press, 1996, p. 6.

[326] ASSI, Marcos. **Gestão de riscos com controles internos**: ferramentas, certificações e métodos para garantir a eficiência dos negócios. 2. ed. São Paulo: Saint Paul, 2021, p. 104.

[327] GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 34.

[328] No campo dos seguros, o termo severidade é usado, como se depreende da afirmação de Tom Baker, no sentido de que "*insurers may well try top rice based on their best assessment of the frequency and severity of future losses, but the sociological research provides so many reasons why insures so rarely hit that pricing tail on the head that legal scholars and insurance law professionals should stop thinking and acting as if insurers regularly could do so*." (BAKER, Tom. *Uncertainty and insurance law*. *In*: TZIRULNIK, Ernesto; SANSEVERINO, Paulo de Tarso; SILVA, João Nuno Calvão da; OLIVEIRA, Inaê Siqueira de (Orgs.). **Direito do Seguro: II Congresso Internacional de Direito do Seguro VIII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho CJF/STJ/IBDS**. São Paulo: Roncarati, 2022, p. 71).

tomador da decisão[329]. Afinal, um risco pode ser considerado de grande impacto para um determinado agente, ao passo que para outro pode ser tratado como de baixo impacto. Por exemplo, um risco de perda financeira no valor de um milhão de reais pode ser significativo para algumas empresas e irrisório para outras, percepção essa que influencia no processo de mapeamento, determinação e tratamento dos riscos que deverão ser administrados.

Caberá a cada agente, na ocasião da tomada de decisão, definir, além das premissas de aferição de probabilidade, os impactos decorrentes de cada decisão possível segundo suas valorações e percepções, depreendida da visão de utilidade do analista em relação aos possíveis resultados, para então saber como tratá-los, inclusive se estará disposto a desconsiderá-los, eliminá-los, assumi-los etc.[330]. Probabilidade e impacto são, pois, dimensões que integram a noção de risco. Neste trabalho, risco será comumente referenciado como o produto deste binômio: probabilidade e impacto.

Como vimos, para o cálculo da probabilidade de ocorrência de eventos possíveis decorrentes de uma determinada decisão, o agente, parte de um grupo amostral de casos análogos para determinar a probabilidade de sua nova ocorrência no futuro. Feito este exercício, poderá o agente classificar gradativamente os eventos com probabilidade de materialização, do mais provável ao mais remoto, podendo fazer uso de métricas. No que pertine ao impacto, o sujeito, também com base em suas preferências e valorações individuais que revelam o seu perfil e apetite de risco, poderá ordená-los segundo um critério de materialidade, desde o mais alto ao mais baixo.

Para a compreensão completa do fenômeno do risco, portanto, faz-se necessário dominar as suas dimensões, são elas: a probabilidade e impacto.

E quais conclusões, para os fins pretendidos por esta tese, podemos depreender desta digressão sobre as dimensões que formam a noção de risco? Explica-se. A indenização por perdas e danos resultantes de eventual configuração do inadimplemento consiste numa incerteza que orbita no programa contratual, a qual, após ser submetida ao exame de probabilidade de sua ocorrência e de seu potencial impacto, converte-se em risco

---

329 "*It should be clear by now that the right risk decision for you depends on the combined influence of your beliefs about the probabilities of the possible outcomes and your preferences for the payoffs resulting from those outcomes*" (BORGE, Dan. ***The book of* risk.** New York: John Wiley & Sons, 2001, p. 39).

330 Wanderley Fernandes também faz referência ao julgamento, de índole subjetiva, feito agente na determinação dos critérios de aferição do risco: "Diante desse fato e do reconhecimento de que os agentes podem ser neutros, avessos ou apreciadores dos riscos, a questão retorna aos critérios de sua mensuração, tomando-se também o seu aspecto subjetivo. A sua medida é, então, afetada pela maneira como as pessoas reagem em face de eventos adversos semelhantes. Há, portanto, nesse processo, um julgamento." (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36. *e-book*).

dimensionável, que, por sua vez, passa a ser objeto de alocação pelas partes, sendo a cláusula de não indenizar um dos instrumentos jurídicos disponíveis para esta gestão eficiente.

Assim, uma vez que o devedor tenha a percepção de que eventual imputação do inadimplemento seja uma hipótese de probabilidade alta, especialmente em razão da complexidade da operação econômica regulada pelo contrato, e que o impacto de eventual indenização possa ser extremo, haverá por parte dele uma intenção de gerenciar este risco, possivelmente pela estipulação de uma cláusula de não indenizar. E o devedor pode ter o interesse legítimo de conter esse risco para o mais amplo alcance do inadimplemento, inclusive para eventuais alegações de dolo, culpa grave, obrigações essenciais do contrato e danos extrapatrimoniais – requisitos atribuídos pela doutrina tradicional como hipóteses de não admissbilidade da cláusula de não indenizar. E nada de ilícito poderá ser depreendido do negócio jurídico quando se puder extrair interesses jurídicos merecedores de tutela. Esta tese trará exemplos nesta direção. Por tais razões, as quais têm por lastro a compreensão do fenômeno do risco, é que os requisitos de validade da cláusula de não indenizar em contratos empresariais podem admitir a revisão para que não sejam aplicados em determinadas situações.

2.6 Gestão e Tratamento do Risco

O agente, quando confrontado com uma situação de risco, poderá adotar uma ou mais medidas para geri-lo, tratá-lo. A escolha entre as possíveis formas de gestão e tratamento do risco dependerá do perfil de risco do agente tomador da decisão, considerando a *utilidade* por ele atribuída, isto é, do juízo sobre as vantagens *versus* os custos associados à referida decisão.

Dan Borge exemplifica as diversas medidas que podem ser adotadas para lidar com uma situação de risco, *in verbis*:

> *You are faced with a risky situation. You are the decision maker. What are you going to do? Whatever risks you face, whatever strategy you choose, you will be doing one or more of the following:*
> - *Identifying*
> - *Quantifying*
> - *Preventing*
> - *Creating*
> - *Buying and selling*
> - *Diversifying*
> - *Concentrating*
> - *Hedging*
> - *Leveraging*
> - *Insuring*

> *These are the fundamental strategies for managing risks. Any action that affects your risk exposure involves one or more of these strategies. Having them in mind when you approach a risk problem may save you time and may prevent you from overlooking an important risk or an effective action to deal with it.*[331]

Uma vez identificados e mensurados os riscos, de acordo com indicadores de probabilidade e impacto, o agente deverá tomar uma decisão que melhor satisfaça seus interesses segundo a utilidade por ele atribuída. A utilidade se traduz no âmbito do julgamento do risco-retorno que todo agente econômico realiza para tomar alguma decisão envolvendo risco. Em outras palavras, a utilidade é revelada pela conhecida expressão inglesa "*trade off".*

Neste diapasão, riscos podem ser deliberadamente assumidos pelo indivíduo, como também podem ser evitados (ou prevenidos, ou mitigados), total ou parcialmente, por meio de condutas dos participantes daquela dada situação de risco. Como exemplo do primeiro caso, pode-se dizer a lei autoriza que o devedor assuma o risco do caso fortuito ou força maior, conforme expressa disposição constante do *caput* do Art. 393, segundo o qual "o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado". Por meio da assunção de dívida, regulada pelo Art. 299[332] do CC/2002, o terceiro pode assumir a dívida do devedor, e, por conseguinte, o risco de ser por ela cobrado. Do mesmo modo, por meio do contrato de fiança, o risco do inadimplemento do devedor pode ser voluntariamente assumido pelo fiador, nos termos do Art. 818 do CC/2002 segundo o qual "uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra".

Partindo do conceito costumeiramente adotado sobre risco como uma potencial perda, talvez a forma mais comum de tratamento de risco pelos indivíduos seja a adoção de medidas de prevenção e/ou mitigação, assim entendidas como aquelas que visam evitar ou diminuir a exposição a um risco predeterminado.

A lei oferece medidas de mitigação de riscos, como é o caso, por exemplo, da transação, que autoriza as partes a "prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas", nos termos do Art. 840 do CC/2002[333]. As partes, portanto, eliminam o risco – consubstanciado no potencial surgimento de litígio e/ou de suas consequências ou do eventual desfecho desvantajoso de um já em curso – por meio do instituto da transação.

---

[331] BORGE, Dan. ***The book of risk***. New York: John Wiley & Sons, 2001, p. 65.

[332] "Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava."

[333] "Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas."

O contrato de seguro também materializa uma forma de mitigação de risco, já que se transfere ao segurador o risco da perda de um bem que se reveste de natureza de interesse legítimo do segurado, de forma que o segurador recebe uma contraprestação pecuniária do segurado pela assunção do risco a ele transferido. Com efeito, nos termos do Art. 757 do CC/2002, "pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados".

Outra forma de mitigação de risco é a sua transferência a terceiros. Além do contrato de seguro sobre o qual falamos brevemente, em que há a transferência do risco do segurado ao segurador, vários outros institutos viabilizam a transferência do risco. Por exemplo, a venda de um bem gravado com algum tipo de garantia, em que o vendedor transfere o risco de eventual excussão do bem pelo credor ao comprador também representa uma transferência de risco a terceiros, qual seja, o risco de execução e perda do bem. É esperado, inclusive, que este risco, consubstanciado no gravame, seja quantificado para fins de abatimento do preço de compra de valor específico que represente este risco.

As operações de *hedge*[334] também se inserem no contexto de mitigação de risco, uma vez que por meio desses negócios o agente viabiliza um conjunto de operações que tendem a neutralizar reciprocamente os riscos delas emergentes.

Por outro lado, riscos também podem ser voluntariamente criados pelo agente e se converterem em oportunidades[335]. São os casos, por exemplo, das operações recorrentes do mercado financeiro, como a *call option* ou a *put option*, em que o agente "compra" o direito de respectivamente comprar ou vender um determinado título por valor predeterminado em prazo específico, assumindo o risco da oscilação do valor do título no momento da liquidação da operação[336].

---

[334] "*Hedging is another way of dealing with unwanted risks. You hedge when you acquire a new risk that exacly offsets the unwanted risk, leaving you with no risk. Since each outcome of the hedge exacly offsets each outcome of the unwanted risk, the net outcome is Always zero. This is called a perfect hedge and is just as effective as selling the risk*" (BORGE, Dan. ***The book of risk***. New York: John Wiley & Sons, 2001, p. 76).

[335] É o que destaca Peter L. Bernestein: "*His emphasis was on decision-making rather than on the mathematical intricacies of probability theory. He announces at the outset that his aim is to establish 'rules [that] would be set up whereby anyone could estimate his prospects from any risky understanding in light of one's specific financial circumstances'. These words are the grist for the mil of every contemporary financial economist, business manager, and investor. Risk is no longer something to be faced; risk has become a set of opportunities open to choice*." (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 110).

[336] Peter L. Bernestein explica as características desses títulos, especialmente a forma de apuração de seu valor, conforme se depreende da seguinte passagem: "*Despite its complex algebraic appearance, the basic ideas behind the model are easy to understand. The value of an option depends on four elements: time, prices, interest rates, and volatility. These elements apply to puts as well as to calls; in what follows, I explain how they work in terms*

O agente tomador da decisão também tem à sua disposição medidas de diversificação ou de concentração do risco[337]. Assim, um investidor, por exemplo, poderá optar entre alocar seus recursos em diversos ativos, de modo que eventual perda ocorrida em um ou alguns deles possa ser compensada por eventuais ganhos obtidos com outros; ou concentrá-los em apenas um ativo, potencializando os ganhos esperados, porém estando mais exposto a perdas no caso de deterioração do valor do único ativo investido.

Há ainda a possibilidade de alavancagem do risco, ou seja, maximizar seus potenciais resultados, sejam eles bons ou ruins. Imagine-se, por exemplo, o caso de contratação de empréstimo para viabilizar a conclusão de um empreendimento já deficitário ou para investir num valor mobiliário sujeito a oscilações. O tomador da dívida está alavancando ainda mais a exposição do risco a perdas financeiras[338].

Mas o que leva o agente a decidir sobre qual ação a tomar, ou a não tomar? A resposta é simples: o perfil de risco do agente tomador da decisão[339]. Sendo ele mais conservador, tenderá a adotar medidas de eliminação ou mitigação de riscos. Se for mais propenso ao risco, poderá simplesmente assumi-lo e até mesmo alavancá-lo. Tudo isso será avaliado em conjunto com os potenciais ganhos advindos de cada uma das decisões disponíveis, segundo a *utilidade* esperada pelo agente tomador da decisão[340].

---

of a call option, which gives the owner the right to buy the stock at a specified price. The first element is the period of time until the option is due to expire; when the time to expiration is long, the option will be worth more than when time is short. The second element is the spread between the current price of the stock and the price specified in the option contract at which the owner can buy or sell the stock – this is known as the strike price; the option will be worth more when the actual price is above the strike price than when it is below the strike price. Third, the value also depends on the interest the buyer can earn on his money while waiting to exercise the option as well as the income the seller can receive on the underlying asset over the same time period. But what really matters is the fourth element: the expected volatility of the underlying asset [...]" (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 312).

337 "*In 1952, Nobel Laureate Harry Markowitz, then a Young graduate student studying operations research at the University of Chicago, demonstrated mathematically why putting all your eggs in one basket is na unacceptably risk strategy and why diversification is the nearest an investor or business manager can ever come to a free lunch. That revelation touched off intellectual movement that revolutionized Wall Street, corporate finance, and business decisions around the world; its effects are still being felt today*" (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 6).

338 "*When you leverage a risk, you magnify all of its potential outcomes, good and bad. [...]. Although leverage may be used in other areas of risk management, it is in finance that leverage displays its truly awesome power and danger. In finance, the simplest way to create leverage is to borrow money to buy a risky asset*." (BORGE, Dan. ***The book of risk***. New York: John Wiley & Sons, 2001, p. 78).

339 Dan Borge faz a seguinte correlação entre a tomada de decisão e o perfil de risco do agente: "*having quantified your risks, you can take rationally calculated actions that are more closed tailored to your particular situation and therefore more effective in moving you closer to your desired risk profile. You can compare the magnitude of one risk against the magnitude of another risk and decide how to trade some of one risk for some of the other. You can also gauge how much risk you are taking in total, even if you are taking many different types of risk*." (BORGE, Dan. ***The book of risk***. New York: John Wiley & Sons, 2001, p. 68).

340 É o que reforça Wanderley Fernandes ao se referir ao ambiente dos contratos: "Em termos contratuais, sendo o risco mensurável, as partes poderão distribui-lo ou alocá-lo segundo alguns critérios objetivos e subjetivos, de acordo com o maior ou menor apetite das partes contratantes". (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36. *e-book*).

Essa breve abordagem, sem caráter de exaustão, sobre formas de gestão e tratamento do risco teve por objetivo sinalizar uma característica que é inerente ao risco: os agentes gozam de liberdade para as escolhas e decisões que envolvem risco segundo as preferências que marcam o seu perfil de risco[341] e a utilidade esperada de cada um dos possíveis resultados antevistos na análise de risco.

E a cláusula de não indenizar representa qual forma de gestão de risco? Evidentemente, tal estipulação contratual, na ótica do devedor, serve de mecanismo lícito de mitigação dos riscos decorrentes da indenização por perdas e danos resultante de eventual inadimplemento contratual. Compreender isso é determinante para a revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar, objetivo central deste trabalho, aspecto que voltaremos a tratar em capítulo específico.

2.6.1 Alocação, Segregação e Distribuição de Riscos

Em linha com a contextualização sobre as formas de tratamento do risco, passaremos a abordar as expressões recorrentemente utilizadas em matéria de risco. São elas as expressões de alocação, segregação e distribuição de riscos. O que essas expressões querem realmente indicar? Espera-se que ao final deste item, possa se compreender como a cláusula de não indenizar se manifesta como instrumento de gestão do risco do inadimplemento em contratos empresariais, aspecto que auxiliará no convencimento de que seus requisitos de validade podem ser revistos nos termos aqui propostos.

Como vimos até o momento, risco consiste numa representação tangível e quantificável da possibilidade de ocorrência, segundo as leis da probabilidade e avaliação de impacto, de um ou mais resultados adversos decorrente da tomada de uma decisão. Sendo uma unidade de medida verificável, o risco é objeto de disposição pelos indivíduos, enquanto um direito patrimonial disponível.

Por esta razão, quando se discute risco, é comum a referência às expressões "alocação de riscos", "segregação dos riscos" e/ou "distribuição de riscos" para descrever o processo por meio do qual se define, por atos voluntários, quais sujeitos deverão suportar, e em qual ordem de grandeza, as consequências adversas potencialmente decorrentes de riscos predeterminados.

Nesta ordem de ideias, quando se afirma que um risco foi "alocado" para determinado sujeito, isto significa dizer que, no caso de ocorrência do evento adverso mapeado como risco,

---

341 "*The idea of risk management emerges only when people believe that they are to some degree free agents*" (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 35).

este sujeito deverá suportar as consequências dele decorrentes, abrangidos os ganhos e perdas. Do mesmo modo, quando se faz referência no sentido de que os riscos emergentes de uma dada situação foram "segregados" ou "distribuídos" entre determinados agentes, o que se pretende dizer é, pois, que, no caso de materialização do evento adverso indicado como risco, as consequências decorrentes do referido evento deverão ser suportadas pelos agentes, segundo os critérios de identificação, divisão e proporção voluntariamente por eles definidos no instrumento que regula aquela determinada relação jurídica.

Para melhor explicar, recorrer-se-á às referências que o CC/2002 faz às expressões "alocação de riscos" e "segregação de riscos", consoante Arts. 49-A, parágrafo único, e 421-A, inciso II, *in verbis*:

> Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.
> Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.
> Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:
> [...]
> II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada;
> [...].

Em ambas as hipóteses, o legislador pretendeu deixar claro que os agentes privados podem alocar e segregar riscos. Vejamos.

No Art. 49-A, abrangendo o *caput* e parágrafo único, buscou-se explicitar conceito já amplamente presente na noção clássica do instituto da pessoa jurídica enquanto nexo de imputação de direitos e obrigações específicos. Como já ensinava Pontes de Miranda, "ser pessoa jurídica é ser capaz de direitos e deveres, separadamente: isto é, distinguidos o seu patrimônio e os patrimônios dos que a compõem, ou dirigem"[342]. Com efeito, pretendeu o legislador reforçar o princípio da autonomia da personalidade da pessoa jurídica em relação aos seus sócios constituintes, de forma que eventuais riscos da sociedade, como regra, sejam suportados pela pessoa jurídica, sem ônus para os sócios[343]. Assim, por meio da constituição da

---

[342] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 406. t. I.

[343] Mariana Pargendler destaca as vantagens da blindagem proporcionada pela separação patrimonial e regulatória da pessoa jurídica: "ao permitir a estabilidade e previsibilidade do regime jurídico aplicável à pessoa jurídica, esta

pessoa jurídica, um ato voluntário de seus constituintes, os riscos decorrentes da atividade empresarial desenvolvida pela pessoa jurídica devem absorvidos pela entidade empresarial. Diz-se, neste sentido, que o risco da atividade empresária está "alocado" na pessoa jurídica. Permanece com os sócios, por outro lado, o risco de desconsideração da personalidade jurídica, com potencial atingimento do seu patrimônio pessoal, nos casos de fraude ou confusão patrimonial, nos termos do Art. 50[344] do CC/2002, além das demais hipóteses previstas na legislação extravagante.

Já no caso do Art. 421-A, inciso II, do CC/2002, o legislador, ao estipular que "a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada" autorizou que os sujeitos contratantes possam definir quais os riscos serão negociados, quem os assumirá e em qual ordem de grandeza. E essa "segregação", fruto da autonomia privada, deve ser respeitada e observada nos precisos termos do comando legal.

Diferentemente da hipótese regulada pelo Art. 49-A, o Art. 421-A, inciso II, está inserido no Título V, Capítulo I, do Código Civil de 2002, que regula as Disposições Gerais dos Contratos em Geral. Além disso, o referido dispositivo se conecta com o Art. 421, que veicula o princípio geral da função social do contrato, que delimita os contornos da autonomia privada. Essa constatação revela que o Art. 421-A, inciso, II, também se reveste de uma densidade principiológica proeminente, sendo um vetor axiológico fundamental para se compreender o alcance da autonomia privada nos contratos civis e empresariais, especialmente em matéria sobre riscos.

Neste diapasão, podem as partes contratantes, por exemplo, livremente pactuar uma cláusula segundo a qual, no caso de inadimplemento do contrato, o devedor responderá apenas pelos danos emergentes, excluídos os lucros cessantes, rubrica que também integra as perdas e danos, nos termos do Art. 402[345] do CC/02. Por meio desta disposição, que se insere no instituto de cláusula de não indenizar, em sua modalidade limitativa, caberá ao devedor suportar a perda integral classificada na rubrica "danos emergentes", o que significa dizer que o risco de

---

forma de blindagem da esfera da pessoa jurídica relativamente às intempéries da vida jurídica dos sócios é tão fundamental para a viabilidade de empresas com muitos sócios como a blindagem patrimonial da pessoa jurídica relativamente aos credores particulares dos sócios." (PARGENDLER, Mariana. 1. Comentário ao Artigo 49-A do Código Civil: a autonomia patrimonial da pessoa jurídica. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (Coords.). **Direito privado na Lei da Liberdade Econômica**: comentários. São Paulo: Almedina, 2022, p. 223).

[344] "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso."

[345] "Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

indenização deste item componente da indenização está nele "alocado"; ao passo que o credor deverá suportar o risco de não ser indenizado pelos valores correspondentes aos lucros cessantes eventualmente apurados. Diz-se, neste sinalagma contratual, que o risco foi "distribuído" ou "segregado" entre as partes, conforme ilustrado abaixo:

Figura 2 – Alocação de Risco

Risco	Parte que absorve a perda
Danos Emergentes	Devedor
Lucros Cessantes	Credor

Fonte: O autor (2024)

As expressões "alocação", "segregação" e "distribuição" de riscos, por conseguinte, buscam indicar (i) qual o risco que será suportado por uma ou mais partes; (ii) quem suportará os impactos decorrentes da materialização do risco; e (iii) em qual magnitude (quanto). Uma vez definidas essas premissas, o(s) risco(s) terão sido alocados, segregados e/ou distribuídos entre os sujeitos participantes daquela dada situação sob análise.

Diante do exposto em relação às referidas expressões e dos seus significados, resta evidente que riscos podem ser livremente negociados entre as partes segundo o racional por elas estabelecido, sendo certo que este expediente está autorizado e garantido por expressa disposição legal, a saber, o Art. 421-A, inciso II, do CC/2002. O anteprojeto de revisão do CC/02 também disciplinou a prerrogativa das partes de fixar e dispor a respeito de alocação de riscos e seus critérios (Art. 421-D, III[346]).

Na cláusula de não indenizar, o que se busca regular é o risco da indenização por perdas e danos resultantes do inadimplemento, de forma que o devedor passa a suportar o risco de indenizar até determinado montante, na modalidade limitativa, e o credor passa a suportar a perda do excedente. Esse expediente negocial tem por base os interesses negociais das partes no caso concreto, os quais devem ser preservados.

Compreender esse exercício alocativo de riscos é tarefa fundamental para revelar a função da cláusula de não indenizar como instrumento legítimo de alocação de riscos, fundamentando a tese deste trabalho de propor a revisão de seus requisitos de validade, os quais

[346] BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de revisão do Código Civil de 2002**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/txtmat?codmat=159721. Acesso em: 25 abr. 2024.

se encontram, em grande medida, divorciados desta compreensão por dogmas conceituais que não mais refletem as características dos contratos empresariais.

Com base em tais fundamentos, questionamos o porquê de não ser possível, segundo a doutrina tradicional, a estipulação da cláusula de não indenizar para situações de dolo (em sua dimensão de descumprimento intencional do contrato), culpa grave, obrigações essenciais do contrato e danos extrapatrimoniais resultantes do inadimplemento se todos esses eventos são incertezas sujeitas à conversão em risco e, portanto, gerenciáveis pelos contraentes? Este trabalho buscar sugerir a revisão de tais requisitos.

2.6.2 Gestão de Riscos Empresariais

A gestão de riscos corporativos consiste em área de conhecimento aplicada no campo empresarial voltada à implementação de técnicas de gestão de riscos de empresas para que possam identificar e tratar os potenciais riscos que podem ameaçar os objetivos organizacionais[347].

Ademais, como este trabalho tem por enfoque a revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar em contratos empresariais a partir da noção fenomenológica do risco, notadamente àqueles que regulam operações econômicas complexas entre grandes corporações, a abordagem proposta neste item visa reforçar a ideia de que as decisões empresariais, incluída a decisão sobre celebração de negócios jurídicos, são tomadas com base em percepção sofisticada de risco[348].

A literatura sobre gestão de riscos corporativos costuma classificar os riscos de diversas maneiras e critérios. Marcos Assi adota como base de trabalho a categorização de quatro macro riscos, são eles: risco estratégico, risco operacional, risco de conformidade e risco financeiro[349]. O autor também faz referência aos riscos legal e contratual, sendo este último compreendido, na perspectiva de gestão de riscos, como "possibilidade de perda relacionada à inadequação formal do contrato, à interpretação errônea de suas cláusulas e à sua desconformidade com a legislação pertinente"[350].

---

[347] ASSI, Marcos. **Gestão de riscos com controles internos**: ferramentas, certificações e métodos para garantir a eficiência dos negócios. 2. ed. São Paulo: Saint Paul, 2021, p. 48.
[348] *Idem, ibidem*, p. 18. Segundo Assi, "O risco é, portanto, inerente a qualquer atividade de negócio, pode ser de qualquer natureza e ter dimensões e efeitos que podem ser negativos ou positivos. O risco sempre estará presente, podendo haver baixo ou alto nível de perigo, dependendo das medidas preventivas e de segurança existentes."
[349] ASSI, Marcos. **Gestão de riscos com controles internos**: ferramentas, certificações e métodos para garantir a eficiência dos negócios. 2. ed. São Paulo: Saint Paul, 2021, p. 48.
[350] *Idem, ibidem*, p. 58.

Atualmente, há normas e guias técnicos internacionais que regulam os princípios e regras fundamentais para a implementação de um sistema de gestão de riscos corporativos pelas empresas, notadamente a ISO[351] 31000 e o *Enterprise Risk Management – Integrated Framework* emitido pela renomada entidade *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (*COSO*), mais especificamente COSO ERM:2017, documento que é tido como referência no tema de gestão de riscos corporativos[352].

Wanderley Fernandes também destaca a metodologia COSO para identificação, planejamento de resposta e gerenciamento de riscos, e destaca que a análise de riscos é parte do processo decisório empresarial, *in verbis*:

> Em finanças e gerenciamento de projetos é possível encontrar métodos de '*risk assessment*' com processos que partem da identificação, análise (qualitativa e quantitativa), planejamento de resposta e gerenciamento de riscos, como a metodologia COSO de riscos corporativos e controles internos (*The Comittee of Sponsoring Organization*). A análise de riscos é, portanto, parte do processo decisório de uma empresa ou de um indivíduo a propósito de investimento, desinvestimento, como e de onde obter financiamento para os negócios etc. Frank H. Knight já estabelecia a relação entre risco, incerteza e lucro e, acuradamente, Robert C. Higging observa que, em dado investimento, não se trata de perguntar qual será o retorno, mas se ele é suficiente para justificar o risco a ser incorrido.[353]

Não é escopo deste trabalho exaurir todos os aspectos relacionados às mencionadas referências internacionais e as modernas técnicas de gestão de riscos corporativos. Pretendemos apenas ressaltar os pontos que ajudam a elucidar as características do fenômeno do risco e suas formas de gestão e tratamento, neste caso no universo corporativo, que exercem influência nas suas mais diversas atividades, inclusive na estruturação contratual de operações complexas, abrangendo a negociação de cláusulas de alocação de riscos, como é o caso da cláusula de não indenizar. Este arcabouço de gerenciamento de risco também será importante para justificar a revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar.

---

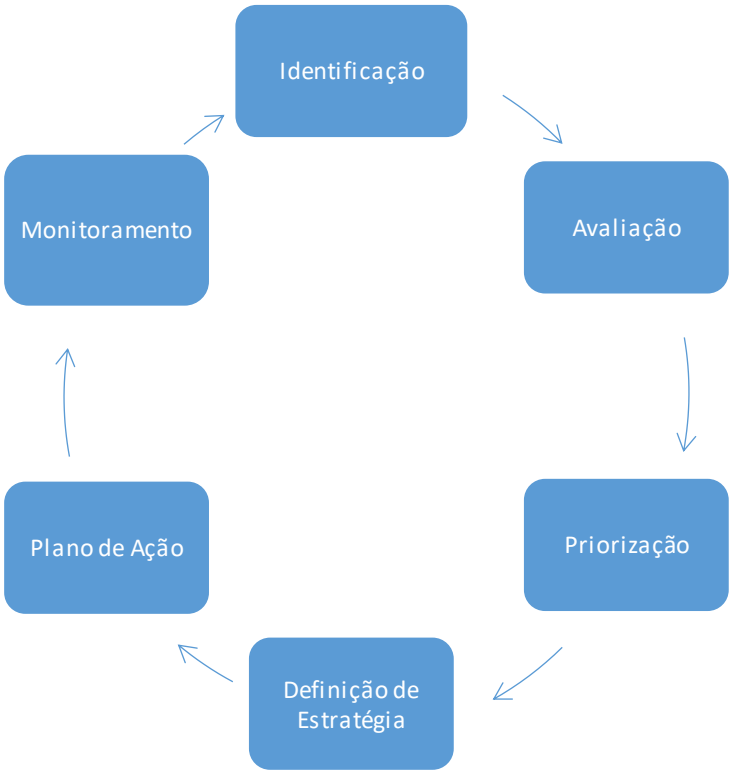
[351] Paulo Brancher explica a relevância das normas emitidas pela International Organization for Standartization – ISO ao expor que a sua adoção "objetiva conferir às empresas maior organização, produtividade e credibilidade – elementos que costumam ser facilmente identificáveis pelos clientes -, propiciando aumentar sua competitividade nos mercados em que atuam. Os processos organizacionais sujeitos à certificação ISSO necessitam ser verificados através de auditorias externas independentes". (BRANCHER, Paulo M. R.. A adoção da cláusula de "melhores práticas" na implantação de projetos de tecnologia e seus efeitos em situações de litígio. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, v. 11, p. 107-123, 2012, p. 108.)

[352] *Idem, ibidem*, p. 106.

[353] FERNANDES, Wanderley. Caso fortuito e força maior: um assunto antigo que permanece moderno. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 340.

Com efeito, as normas e guias técnicos internacionais de gestão de riscos corporativos acima referenciados indicam que o processo de gestão de riscos corporativos compreende, essencialmente, algumas etapas. A figura abaixo ilustra essas etapas, que são: Identificação, Avaliação, Priorização, Definição de Estratégia, Elaboração do Plano de Ação e Divulgação e Monitoramento.

Figura 3 – Etapas da Gestão de Riscos Corporativos



Fonte: O autor (2024)

A implementação de técnicas de gestão de riscos corporativos permite que a empresa consiga identificar os riscos e estabelecer medidas de controle e mitigação para que possa continuar perseguindo seus propósitos empresariais com segurança e consciência empresarial das adversidades que podem ocorrer ao longo de sua trajetória.

Evidentemente, as etapas de gestão de riscos podem ser customizadas para a realidade de cada organização, sempre preservando seus propósitos essenciais, que se traduzem na possibilidade de identificar e tratar os riscos que podem afetar a companhia. No caso da Braskem S.A., por exemplo, como se depreende de sua Política Empresarial 1050-00022-PT – Política Global de Gestão de Riscos publicamente disponível, a referida companhia optou por estabelecer as etapas por Estabelecimento de Contexto, Identificação, Análise e Avaliação,

Priorização e Tratamento[354]. Segundo a referida norma, o objetivo da Política consiste em "estabelecer o processo de Gestão de Riscos, que abrange as etapas de estabelecimento do contexto, identificação, avaliação, priorização, tratamento, comunicação e monitoramento dos Riscos da atividade empresarial da Braskem, buscando reduzir os níveis de exposição a perdas pela Companhia."

Feita essa breve abordagem sobre gestão de riscos corporativos, indaga-se: qual a relação deste tema com a tese proposta neste trabalho – a revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar em contratos empresariais com base na noção fenomenológica de risco? Explica-se.

Os agentes econômicos definem seus objetivos empresariais com base em sólidas percepções de risco, lastreadas em políticas e instrumentos de gestão e controle, os quais se irradiam por toda a estrutura e expedientes da organização, incluindo a celebração de negócios jurídicos, instrumentos de concretização das atividades empresariais e para o tráfego negocial em geral.

Disso decorre que os agentes econômicos, quando se lançam a negociar os mais diversos contratos para regular operações econômicas complexas, especialmente os contratos empresariais que têm por finalidade o lucro e maximização de valor aos *stakeholders*, levam consigo a estratégia de gestão de riscos de sua organização.

Nesta perspectiva, quando se lançam a celebrar negócios jurídicos, os agentes econômicos conhecem profundamente as circunstâncias negociais, os riscos emergentes da operação e as possíveis repercussões das obrigações pactuadas. E mais do que isso: quando celebram tais negócios, o fazem dentro da estratégia empresarial e de gestão de riscos corporativos da companhia, que são fatores que não são extraídos de uma análise isolada de um negócio jurídico específico, mas sim da forma de se projetar no mercado segundo os seus objetivos institucionais.

Vamos a um exemplo prático para elucidar este ponto. Muitas empresas estão sendo instadas a participar do enfrentamento das mudanças climáticas e passaram prever metas de redução e/ou de neutralização das emissões de carbono oriundas de suas atividades em prazos específicos. Como as metas são muito desafiadoras, sendo que em muitos casos dependem da oferta de tecnologias e disponibilidade de fontes de investimentos, as empresas podem se lançar em projetos com terceiros com alto potencial para o atingimento de tais metas e podem decidir por negociar cláusulas aparentemente menos favoráveis, a exemplo de uma cláusula de não

[354] BRASKEM. **Política global de gestão de riscos**. Disponível em https://www.braskem-ri.com.br/a-companhia/estatutos-e-politicas/. Acesso em: 24 dez. 2023.

indenizar, em benefício dos parceiros de negócio. Assim, uma empresa da indústria petroquímica pode topar adquirir uma tecnologia ainda incipiente capaz de contribuir para a redução das emissões de suas atividades industriais e aceitar que não buscará qualquer indenização junto ao fornecedor e/ou parceiro de negócio no caso de insucesso e/ou perdas causadas pela tecnologia. Trata-se de uma decisão associada à sua estratégia de gestão de riscos.

Do mesmo modo, uma empresa de outro segmento da indústria, interessada no atingimento de metas de redução de emissões de gases de efeito estufa, pode topar adquirir empresa de segmento capaz de contribuir de forma mais eficaz para o enfrentamento das mudanças climáticas e, consequentemente, na melhoria de seus indicadores de sustentabilidade, podendo o contrato de compra e venda de participação societária regular, como contrapartida à uma redução no preço, a ausência de indenização pelo vendedor ao comprador por perdas, passivos e contingências, operação costumeiramente denominada de "porteira-fechada"[355].

Os casos acima sugerem que o risco de não atingimento das metas de redução e/ou insuficiência dos indicadores de neutralização das emissões (probabilidade) é avaliado de tal maneira relevante por tais *players* (impacto), provavelmente já refletido em sua matriz de riscos corporativos, que pode resultar em planos de ação para a sua mitigação, abrangendo a compra de tecnologia ainda em fase de testes e/ou a aquisição de empresas mais sustentáveis por um preço com desconto, sem direito ou com limitação à indenização em ambos os casos. O risco da ausência ou limitação da indenização, nesses casos, é avaliado de forma menos relevante/estratégica do que o risco de não atingimento das metas de descarbonização. São decisões que fazem parte da gestão de riscos. E tal escolha, materializada por meio de uma cláusula de não indenizar, além de consubstanciar uma alocação de riscos para aquele contrato específico, também se insere num contexto estratégico maior de gestão de riscos corporativos.

Na perspectiva de alocação individualizada de riscos dentro de um ambiente contratual específico, os agentes econômicos, orientados pela política de gestão de riscos de sua organização empresarial, depositam grande esforço na negociação do clausulado contratual, em agendas marcadas pela participação dos mais diversos consultores especializados e por intensas negociações que podem se prolongar por extenso período de tempo. E fazem isso porque querem regular os riscos emergentes do negócio. Como explica Giovana Benetti, as operações

---

[355] PERLMAN, Marcelo; PEREIRA, Rafael Stoguti J. A cláusula de indenização nos contratos de M&A como mecanismo de alocação de riscos. **Migalhas de Peso**, [*s. l.*], 21 ago. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/332311/a-clausula-de-indenizacao-nos-contratos-de-m-a-como-mecanismo-de-alocacao-de-riscos. Acesso em: 30 set. 2023.

entre empresas "se desenvolvem em um ambiente de competitividade, de assunção de riscos inerentes ao negócio, de busca do lucro"[356].

É dentro deste contexto empresarial de gestão de riscos corporativos que a cláusula de não indenizar deve ser também analisada e interpretada, evitando-se a simples referência a dogmas absolutos sobre os requisitos de validade da estipulação usualmente destacados pela doutrina clássica tradicional, os quais, em muitas situações, estão divorciados da realidade econômica dos agentes e da prática empresarial.

Quando lançada em contratos empresariais exaustivamente negociados e celebrados por agentes econômicos em condições paritárias de negociação, ela tem a função de gestão do risco do inadimplemento contratual, distribuindo entre os seus partícipes as consequências de sua materialização, de modo que o credor ficará privado parcial ou totalmente do crédito indenitário, ao passo que o devedor restará isento ou responderá até o limite estabelecido na referida estipulação.

Assim, reforça-se a necessidade de compreender o regime jurídico da cláusula de não indenizar no âmbito de tais contratos empresariais de forma que a referida estipulação seja analisada dentro da estratégia de gestão de riscos corporativos de seus partícipes, consubstanciando, portanto, um dos mais diversos instrumentos de gestão de riscos postos à disposição dos agentes econômicos para o empresariamento de suas atividades. Esta constatação contribuirá para propor a revisão dos atuais requisitos de validade da cláusula de não indenizar.

2.7 Uma proposta metodológica de conceituação do risco: o binômio probabilidade-impacto

Ao longo deste Capítulo 2, buscamos explorar a origem histórica do risco e o desenvolvimento de sua evolução conceitual ao longo do tempo. Foi possível compreender que o risco integra as atividades humanas e o seio social, estando relacionado ao processo racional de tomada de decisão dos indivíduos em meio à incerteza sobre os acontecimentos futuros.

Explicou-se, ainda, que o fenômeno do risco se distingue da incerteza porque pode ser objeto de quantificação, o que não é possível num cenário de absoluta incerteza por ausência de dados, informações e evidências sobre aquele determinado evento. E este processo de

[356] BENETTI, Giovana. **Dolo no Direito civil**: uma análise da omissão das informações. São Paulo: Quarter Latin, 2019, p. 89.

dimensionamento do risco é resultado de uma análise de probabilidade e impacto sobre possíveis eventos adversos.

A quantificação do risco se dá por meio da aplicação das técnicas de probabilidade e impacto, permitindo ao seu analista uma tomada de decisão racional em meio à incerteza, segundo a utilidade por ele atribuída aos possíveis eventos adversos. Risco, portanto, é representado pelo binômio probabilidade-impacto, e integra o patrimônio jurídico de seu titular, sendo um direito patrimonial disponível.

As análises de probabilidade e impacto contêm componente de crença individual do analista do risco sobre a efetiva materialização. Esta crença deve partir de dados, informações e evidências de casos análogos ocorridos no passado que sugerem a possibilidade de ocorrerem novamente. Quanto maior a disponibilidade de tais insumos informacionais, melhores serão as análises a respeito de probabilidade e impacto conduzidas pelo seu analista.

Além das avaliações de probabilidade e impacto, o risco também deve ser analisado à luz de sua utilidade, isto é, a valoração individual do agente sobre os potenciais eventos adversos.

Como foi detalhadamente abordado, riscos podem ser criados, mitigados e/ou eliminados. Também podem ser livremente negociados entre os participantes daquela dada situação de risco, expediente que dá origem às expressões usualmente empregadas de alocação, segregação e/ou distribuição dos riscos, as quais, essencialmente, indicam que os agentes privados podem definir qual o risco a ser negociado, quem suportará e em qual ordem de grandeza, sendo certo que este processo está protegido pela autonomia privada, conforme expressa disposição legal constante da Lei de Liberdade Econômica, que conferiu concretude normativa ao princípio, especialmente no âmbito dos contratos empresariais.

As técnicas associadas à identificação, quantificação e gestão dos riscos já foi absorvida pelo mercado, compondo a moderna ciência de gestão de riscos corporativos, que orientam a tomada de decisão das grandes organizações empresariais.

Disso decorre que no âmbito dos contratos empresariais, os quais são caracterizados pelo intuito do lucro, os agentes econômicos, quando se lançam a negociar e celebrar negócios jurídicos, estão orientados pela política de gestão de riscos de suas organizações, sendo absolutamente conhecedores das circunstâncias negociais em que os contratos são entabulados e dos respectivos efeitos jurídicos, ainda que aparentemente desvantajosos, quando examinados numa ótica individual e isolada no limitado universo de um negócio jurídico específico.

Para a continuidade do presente trabalho, a despeito da polissemia do termo e da amplitude da sua aplicação nos mais diversos campos do conhecimento, é fundamental que seja

proposto um conceito objetivo do fenômeno do risco para que assim se torne possível alcançar com êxito o objetivo geral deste trabalho, qual seja, demonstrar a possibilidade de revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar em contratos empresariais a partir da compreensão do fenômeno do risco.

Com base nas premissas abordadas ao longo da presente dissertação, como metodologia de trabalho, propõe-se o seguinte conceito para o fenômeno do risco: o risco consiste no produto tangível e quantificável obtido pela análise científica de probabilidade e impacto de ocorrência de um ou mais eventos adversos futuros que podem recair sobre em uma dada situação sob análise, os quais são analisados a partir da utilidade atribuída pelo seu analista. Risco, portanto, se traduz pelo binômio probabilidade-impacto, e representa um direito patrimonial disponível.

Mais especificamente, o risco que será tratado com maior profundidade neste trabalho será àquele relacionado ao inadimplemento contratual, fazendo emergir a responsabilidade civil contratual, dando ensejo à indenização por perdas e danos. O enfoque de risco será este na medida em que a cláusula de não indenizar buscar regulá-lo concretamente, e isso revelará, ainda, a proposta de revisão dos requisitos de validade atribuídos pela doutrina tradicional à cláusula de não indenizar em contratos empresariais.

3 AUTONOMIA PRIVADA, CONTRATOS EMPRESARIAIS E NEGOCIAÇÃO DE RISCOS

Até o presente momento, já se discorreu sobre a cláusula de não indenizar, abrangendo suas modalidades, tipos, distinção a institutos afins, natureza jurídica e regime jurídico geral, com o destaque para os requisitos de validade atribuídos pela doutrina tradicional, cuja revisão é o objetivo geral desta tese. Também foi abordado, no Capítulo 2, o fenômeno fático-social do risco, diferenciando-o da incerteza, quando se concluiu que as suas dimensões são reveladas pelo binômio probabilidade e impacto, tornando este fenômeno algo tangível, mensurável. Essa passagem sobre o risco teve por objetivo específico demonstrar a forma de manifestação deste fenômeno para, ao longo do trabalho, explicar em que medida a sua revelação influencia na análise da estrutura dos negócios jurídicos, incluindo os requisitos de validade da cláusula de não indenizar, os quais devem receber a influência desta constatação hermenêutica.

Neste Capítulo 3, por sua vez, explorar-se-ão institutos importantes, cuja função deve elucidar o porquê os agentes econômicos empresariais, quando da celebração de contratos empresariais, devem gozar de plena autonomia para autorregramento de seus interesses jurídicos e econômicos, inclusive àqueles que consubstanciam riscos emergentes do contrato e da operação econômica que se busca regular. Esta prerrogativa se revela pelo princípio da autonomia privada, um pilar estrutural para demonstrar a necessidade de revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar.

Em sintonia com a abordagem sobre autonomia privada, este trabalho se concentrará em descrever os contratos empresariais, negócios jurídicos entabulados por agentes econômicos empresariais, que são orientados pela busca do lucro no ambiente de mercado. Não se busca trazer uma nova categoria contratual, mas sim evidenciar que esses contratos possuem uma lógica e racionalidade próprias, baseada na alocação de riscos e percepção de resultados pelos seus contraentes, de modo que as escolhas que fazem na negociação e celebração de contratos empresariais, inclusive quanto à pactuação de uma cláusula de não indenizar para as mais variadas situações, devem ser preservadas, sob pena de um ilegítimo dirigismo contratual. Ter isso presente é determinante para a compreensão sobre a proposta de revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar em contratos empresariais.

Após as digressões sobre autonomia privada e contratos empresariais, fazemos um escorço sobre a manifestação do risco, enquanto produto resultante das análises de probabilidade e impacto, nos negócios jurídicos, passando a fazer parte da sua razão concreta. Do mesmo modo, trazemos alguns exemplos de manifestação do risco em determinados

institutos, tudo a demonstrar como este fenômeno integra a análise dos negócios jurídicos, inclusive para determinar os seus requisitos de validade.

A expectativa é de concluir este Capítulo 3 com a exata compreensão sobre: (i) o alcance da autonomia privada, notadamente para a celebração da cláusula de não indenizar em contratos empresariais; (ii) a racionalidade dos contratos empresariais, que pressupõe a livre alocação de riscos; e (iii) a presença do risco na essência de negócios jurídicos, especialmente na cláusula de não indenizar, de modo a corroborar a compreensão segundo a qual os requisitos de validade deste instituto admitem a revisão proposta neste trabalho, que tem como lastro a noção fenomenológica de risco.

3.1 Autonomia Privada

Os indivíduos realizam negócios jurídicos para a satisfação de suas necessidades, abrangendo a comercialização de bens, serviços e regulação dos mais diversos interesses que emanam da vida em sociedade.

A prerrogativa de autorregulamentação de interesses privados visando a satisfação das necessidades humanas consiste em manifestação do preceito da autonomia privada, sendo reconhecida pela consciência social por meio da prática das diversas modalidades de negócios e convenções entre agentes privados[357].

A concepção de autonomia privada é resultado da evolução do que antes se denominava autonomia da vontade[358], expressão do liberalismo deflagrado pelas revoluções liberais, notadamente a revolução americana de 1776 e revolução francesa de 1789, cujos ideais de liberdade, propriedade e igualdade formal representavam valores fundamentais do

[357] "Os interesses que o direito privado disciplina existem na vida social, independentemente da tutela jurídica, e movem-se numa vicissitude perene, onde quer que seja reconhecido aos particulares um conjunto de bens que lhe pertençam, sob o impulso da iniciativa individual. Os próprios particulares, nas suas relações recíprocas, provem à satisfação das suas necessidades, de acordo com a sua livre apreciação, por meio da permuta de bens ou serviços, da associação de forças, da prestação de trabalho, do empréstimo ou da colocação de capitais em comum etc." (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 88).

[358] Diogo Leonardo Machado de Melo explica a evolução entre os conceitos, conforme se segue: "Essa concepção foi superada na medida em que os valores constitucionais e as normas de ordem pública passaram a limitá-la, e como já afirmado, concedendo aos particulares uma esfera: a da autonomia privada. Assim, a autonomia da vontade passa a ser exercida dentro do âmbito da autonomia privada. A vontade continua a ser de extrema importância, mas não mais numa concepção liberal exacerbada. Há que se consignar a necessidade da preservação da autonomia da vontade dentro da autonomia privada, pois o contrato tem que ser autorregulamentação, e nele tem de existir ao menos um mínimo de vontade." (MELO, Diogo Leonardo Machado. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). **Teoria geral dos contratos**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 83).

indivíduo[359]. A autonomia da vontade era, portanto, um poder inato do particular, livre para contratar como e com quem quiser[360].

Como decorrência, aos indivíduos particulares passou a ser garantida a liberdade de criar e produzir direito, a liberdade de contratar[361], notadamente por meio dos contratos, instrumentos vistos como expressões autênticas da vontade do indivíduo, que deveria ser preservada, sem interferências do Estado. A autonomia da vontade, neste contexto, foi elevada à categoria de princípio do Direito e de fonte das relações jurídicas[362].

O direito privado passou a ser o sistema exclusivo de normas de regulação de interesses privados, expurgando qualquer interferência do Estado. A sua emancipação foi refletida por outros Códigos na Europa[363], passando a consubstanciar a forma mais expressiva da liberdade burguesa.

---

[359] Segundo Otavio Luiz Rodrigues Junior, "o liberalismo tentava conciliar a liberdade formal e a segurança, conceitos que se qualificavam como verdadeiros alicerces das relações privadas. Se o *status* não mais importava, o novo ídolo era o contrato. A vontade era a fonte dos direitos e o contrato, sua forma excelsa de exteriorização" (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: normas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e Pós-Modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004).

[360] LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 22-23.

[361] Enzo Roppo expõe marcante contextualização desse período, como se depreende da seguinte passagem: "Os princípios ideológicos a que nos referimos podem ser reconduzidos a ulna única ideia: a ideia da liberdade de contratar. Com base nesta, afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juizo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se conclui-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controlos: não concluir um certo contrato, não inserir nele uma certa cláusula. Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo prego ou em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados." (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Almedina: Coimbra, 2009, p. 32-33).

[362] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: normas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e Pós-Modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, p. 118, jul./set. 2004.

[363] Franz Wieacker assim relata: "O *Code Civil* exerce forte impacto em diversas legislações. Em primeiro lugar, nos países tocados pela conquista napoleônica ou dos seus irmãos (Países Baixos, Itália, Espanha), ele afirmou-se ou serviu de modelo dos ulteriores códigos civis e comerciais, sobretudo na Itália (1865 a 1940), da Espanha, de Portugal, dos Estados latino-americanos, mesmo na Louisiana, este último caso servindo de testemunho digno de nota de codificação do tipo continental nos Estados Unidos da América; depois, na Bélgica, Luxemburgo, Holanda (por último em 1883); no fim do século XIX, com a derrocada do império otomano, também nos Bálcãs (Romênia 1865) e no Próximo Oriente (Egito, por volta de 1875/6). Ao lado do *Code Civil* a maior parte dos outros códigos napoleônicos foi adaptada integralmente com ligeiras adaptações. Só a pandectística e os modernos códigos da 'família jurídica alemã' que daqui provieram (o BGB de 1900 e o ScwZGB de 1907/11) fizeram parar e eventualmente recuar a expansão do *Code Civil*, sobretudo na Europa do sueste (Hungria, Grécia, Turquia), no Extremo Oriente (China, Japão, Sião) e em alguns Estados sul-americanos. A Itália, pátria da ciência jurídica europeia, constitui, neste plano, um caso especial. O *Codice Civile* italiano de 1865, fruto do movimento de

A concepção clássica da autonomia da vontade influenciou a elaboração do Código Civil francês de 1804, também conhecido como código napoleônico, e também do Código Civil brasileiro de 1916, integrando, ainda, a visão da doutrina tradicional do direito civil ao longo do século XX[364].

A semente para a reformulação da autonomia da vontade para autonomia privada foi justamente o seu reconhecimento expresso pelo Direito, enquanto um poder jurídico conferido pela ordem jurídica aos particulares para autorregulamentarem seus interesses. A autonomia da vontade passa, então, a estar circunscrita pelo próprio ordenamento jurídico, de onde deriva a sua validade. Antônio Junqueira de Azevedo contextualiza isso com clareza ao pontuar que "... é evidente, cai por terra a idéia da autonomia como poder de fato; tratar-se-ia, na verdade, de 'poder jurídico', isto é, autorização dada previamente pelo ordenamento, para que o indivíduo, respeitadas as regras legais, dê causa, por meio do negócio jurídico, a efeitos jurídicos"[365].

No plano social, contudo, o dogma da autonomia da vontade, fundada nos ideais do liberalismo, passou a gerar graves situações de desigualdade substancial, especialmente entre indivíduos que, apesar de livres para contratar e negociar o conteúdo das avenças, não estavam em situações equivalentes de negociação, o que levava a situações de flagrante injustiça. Esta realidade se agravou com o avanço da complexidade social, especialmente à época da Revolução Industrial[366].

---

unificação nacional, foi essencialmente copiado do *Code Civil*, cuja moldura jurídica e política se aparentava expressamente a Itália unificada. Pelo contrário, a florescente civilística italiana juntamente com a pandectística alemã inclinava-se muitas vezes para uma interpretação e um desenvolvimento histórico-romanístico que ultrapassavam cada vez mais o tipo francês no sentido da orientação típica da pandectística. No *Codice Civile* de 1942 esta evolução rematou-se num certo sentido. No entanto, esta nova codificação manteve-se ainda a ligação com a tradição legislativa do rissorgimento e da unificação nacional. Então, a ligação do direito civil italiano com a família jurídica francesa é garantida pela continuidade latina e pela consciência política da Revolução Francesa, que se tornou também na primeira revolução italiana" (WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 395).

364 Giovanni Ettore Nanni relata a adesão da doutrina tradicional ao conceito de autonomia da vontade, *in verbis*: "A doutrina tradicional insere a autonomia da vontade como princípio fundamental do direito contratual, ou ainda, numa visão mais ampla, como princípio na formação do negócio jurídico. A liberdade contratual das pessoas, atribuindo-lhes o poder de estipular livremente o acordo de vontades, disciplinando seus interesses, é colocada, pela autonomia da vontade, como poder de autorregulamentação dos interesses. É a liberdade de firmar obrigações. No entanto, essa colocação prestigia o individualismo exacerbado que marcou a concepção do Código Civil francês e também o brasileiro, na visão clássica do direito civil. É a pura demonstração do voluntarismo que colide com o que hodiernamente apreende-se com o avanço do direito das obrigações." (NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *In*: LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de Direito civil constitucional**: caderno 2. Curitiba: Juruá, 2001, p. 168).

365 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo: Edição do Autor, 1986, p. 15.

366 Wanderley Fernandes também descreve esse processo histórico ao pontuar que "essa ideologia desenvolveu-se em paralelo a um fenômeno inédito na história humana: a Revolução Industrial. Nunca o mundo progrediu tanto com a técnica e a produção ilimitada de bens e serviços desejados pela sociedade como depois desse advento. A máquina torna exponencial o esforço humano e uma classe abastada, a burguesia, não mais presa a privilégios de

Posteriormente, como o advento da sociedade de massas, percebeu-se ainda mais o esgarçamento entre os valores liberais e a realidade social. Os conflitos entre a classe trabalhadora e empresários, entre fornecedores e consumidores, dentre outras situações de desequilíbrio entre os partícipes da relação jurídica contratual, passaram a colocar em xeque a concepção meramente individualista da autonomia da vontade, baseada na liberdade contratual e igualdade formal entre os contratantes.

Enzo Roppo descreve este processo de fragilização da igualdade formal, fundamento inerente à ideia de autonomia da vontade:

> Mas desta forma esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades abstractas, igualdade de posições formais, a que na realidade podem corresponder e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força económico--social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem sendo da sua força de trabalho.[367]

Diante deste grave quadro social, diversas Constituições foram promulgadas ao longo do século XX para equilibrar o arranjo social. De um lado, assegurava-se a liberdade aos indivíduos, e, de outro, delimitava-se o conteúdo valorativo dessa liberdade, coibindo abusos e promovendo os valores sociais. O direito constitucional passa, então, a não mais se limitar ao regramento da organização política do Estado, passando a ter um papel mais abrangente, projetando a eficácia de suas normas diretamente às relações privadas, no que resultou na nova configuração hermenêutica de um direito civil-constitucional[368].

---

classe, mas sustentada pelo engenho comercial, emerge legitimada pelo princípio da igualdade." (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31).

[367] ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Almedina: Coimbra, 2009, p. 37.

[368] Em item específico sobre o Direito civil constitucional, Pietro Perlingieri destaca a possibilidade de aplicação das normas constitucionais às relações privadas, como se depreende da seguinte passagem: "O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê a aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional respeito às relações pessoais e socioeconômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (ainda que não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Logo, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea para incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores". (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 590).

Neste sentido, trazemos o escólio de Renan Lotufo:

> Os próprios Direitos individuais, nascidos na Constituição Americana e na francesa, com versões distintas, decorrentes de filosofias, formações culturais e valores éticos diferentes, impregnaram o mundo, mas só após a Segunda Grande Guerra é que ganharam a generalização constitucional e a preponderância no convívio internacional. Decorrência disso foi que as constituições passaram a ter conteúdo mais amplo, desvinculando-se da mera estruturação do Estado, o que levou a uma visão diferente do papel da Constituição. Hoje, no mundo dos sistemas jurídicos legislados, as constituições passaram a ter significado mais relevante e eficácia muito mais ampla.[369]

Pietro Perlingieri também indica que, no modelo civil-constitucional, as normas constitucionais passam a integrar a análise jurídica da situação concreta, como se depreende do trecho abaixo:

> Apesar de a norma constitucional aparentemente ser utilizada como instrumento hermenêutico de um enunciado ordinário, na realidade ela se torna parte integrante da própria normativo destinada a regular a concreta relação.
> […]
> As normas constitucionais, que ditam os princípios de relevância geral, são de direito substancial e não meramente interpretativas; o recurso a elas, também em sede de interpretação, se justifica, como qualquer outra norma, como expressão de um valor ao qual a própria interpretação não se pode subtrair. É importante constatar que os valores e os princípios constitucionais são normas.[370]

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 teve um papel fundamental para dar concretude normativa à autonomia privada, com influxos de valores sociais, de forma redefinir o arranjo legal dentro do qual a liberdade contratual poderá ser regularmente exercida.

Na visão clássica, a autonomia da vontade tinha como alicerces os valores liberais notadamente a liberdade econômica, a igualdade formal e a propriedade[371]. Já sob a perspectiva da autonomia privada, considerando, ainda, o revestimento social que foi proporcionado pela

---

[369] LOTUFO, Renan. **Direito civil constitucional**: caderno 1. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 9.

[370] PERLINGIERI, Pietro. **O Direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 579-580.

[371] Ana Prata explica a relação entre autonomia contratual e propriedade ao expor que "A inserção da propriedade no processo produtivo – indispensável pressuposto do funcionamento do modo de produção capitalista – foi operada, pois, pelo contrato: para essa indisso-ciabilidade económico-jurídica encontrou-se um fundamento filosófico comum. Assim, a propriedade e a autonomia contratual são vistas como os dois aspectos essenciais e incindíveis da liberdade humana – liberdade que é, como se sabe, natural e originária do homem – e partilham do carácter inatacável e sagrado dessa liberdade." (PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2016, p. 139).

Constituição, este preceito passa a ter os influxos de outros valores também por ela assegurados, notadamente a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III[372]), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, IV[373], 170[374],), solidariedade social (Art. 3º, I[375]), a função social da propriedade (Art. 5º, inciso XXIII[376]).

O Código Civil de 2002, por sua vez, já incorporando os valores constitucionais por meio dos princípios ordenadores da eticidade, socialidade e concretude[377], assegurou o preceito da autonomia privada, vinculando seu exercício aos contornos que se extraem pela função social, conforme se depreende do Art. 421[378] do referido diploma legal.

A autonomia privada emerge, então, como instituto de reformulação da concepção individualista de autonomia da vontade, consubstanciando um poder jurídico conferido pela ordem jurídica aos indivíduos para a autorregulamentação de seus interesses, os quais passam a ser tutelados não sob a perspectiva da vontade interna do indivíduo, mas sim do reconhecimento social de tais interesses como merecedores de tutela à luz dos princípios e valores constitucionais.

Autonomia da vontade e autonomia privada, portanto, não são expressões sinônimas. Abandona-se a concepção subjetiva e individualista da autonomia da vontade para a adoção de uma perspectiva objetiva, fundada no reconhecimento social da avença como apta a produção de efeitos jurídicos idôneos e merecedores de tutela com lastro no direito objetivo[379] - a autonomia privada.

---

372 "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: […]; III - a dignidade da pessoa humana; [...]".

373 "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: […]; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]".

374 "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]".

375 "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]".

376 " Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...]".

377 Paulo Nalin faz menção às referidas diretrizes axiológicas na reconfiguração do direito privado ao mencionar que "a principiologia, ao seu turno, compartilha espaços de interlocução com o direito codificado, na busca por melhor solução do caso concreto, cujo escopo, sempre lembrado pelos redatores do novo Código Civil, na medida em que este se funda nas diretrizes da socialidade, eticidade e concretude, alça o intérprete, sobretudo o juiz, à profunda análise do caso concreto, para preencher as cláusulas gerais anotadas na lei, que são muitas, em se tratando de direito contratual." (NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 105).

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

379 Orlando Gomes, um dos primeiros autores civilistas tradicionais a explorar o abandono do voluntarismo, acentua que "a noção de autonomia privada incorporou-se à teoria do negócio jurídico como ponto de partida da

Neste contexto, o conceito de autonomia privada consiste no poder jurídico conferido aos agentes particulares de autorregulamentação de seus interesses segundo os princípios e regras do ordenamento jurídico, sendo os negócios jurídicos instrumentos deste poder. Neste sentido, Ana Prata define a autonomia privada como "poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designamente, a sua actividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos"[380].

A autonomia privada abrange "a liberdade de contratar ou não, de fixar o conteúdo do contrato, determinando suas cláusulas, de escolher com quem contratar ou/e sob que forma contratar"[381].

Os negócios jurídicos emergem do exercício da autonomia privada. São realizados pelos indivíduos justamente para regular interesses recíprocos para a satisfação de alguma necessidade emergente da vida em sociedade. Emilio Betti assim explica a relação entre os negócios jurídicos e autonomia privada:

> Os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida de relações: surgem como actos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses das suas recíprocas relações, e desenvolvem-se, espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções econômico-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica.[382]

O negócio jurídico, portanto, é instrumento da autonomia privada, o qual é conferido pela lei aos particulares para que possam livremente organizar os interesses decorrentes das relações sociais[383].

Sendo um poder conferido pela ordem jurídica aos particulares, disso resulta que o exercício da autonomia privada deve se dar em conformidade com esta mesma ordem jurídica,

---

sua reelaboração. Com a decadência do voluntarismo, tornou-se necessária a explicação da categoria dos negócios jurídicos fora do dogma da vontade, levado às suas derradeiras consequências pela Escola dos Pandectas" (GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 42).

[380] PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 13.

[381] MELO, Diogo Leonardo Machado. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 83.

[382] BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 88-89.

[383] "O negócio é instrumento de autonomia privada, precisamente no sentido de que é posto pela lei à disposição dos particulares, a fim de que possam servir-se dele, não para invadir a esfera alheia, mas para comandar na própria casa, isto é, para dar uma organização básica aos interesses próprios de cada um, nas relações recíprocas" (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 102).

que define os seus contornos, de forma que a liberdade conferida aos indivíduos para autorregulamentação de interesses privados não seja realizada em contrariedade com a ordem social que o Direito busca proporcionar[384].

António Pinto Monteiro afirma que os limites da autonomia privada têm por objetivo, na verdade, reforçar este princípio, evitando, assim, o seu exercício abusivo. Sobre este ponto explorado pelo autor português, reproduzimos a passagem abaixo de seu livro:

> Deve notar-se, por outro lado, que, mais do que duma redução – quantitativa – do espaço reservado à actuação dos particulares, se deve realçar antes uma mudança de sentido do princípio da autonomia privada. Na verdade, os seus limites e restrições encontram a sua justificação na necessidade de defender a própria autonomia privada (a autonomia privada não está à disposição da autonomia privada), a fim de se evitar que do exercício – abusivo – da autonomia de uns resulte, afinal, a eliminação da autonomia de outros.[385]

Nesta ordem de ideias, do mesmo modo que assegura a autonomia privada, o ordenamento jurídico brasileiro também traça os contornos dentro dos quais ela pode ser regularmente exercida. Outrossim, o Art. 421 do CC/2002, já em sua redação dada pela Lei nº 13.874/19, dispõe que a liberdade contratual será exercida "nos limites da função social do contrato". O parágrafo único do Artigo 2.035 do CC/2002, por sua vez, dispõe que nenhuma convenção prevalecerá "se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

Depreende-se dos referidos dispositivos, assim, que a liberdade contratual garantida pela autonomia privada deve ser manejada em consonância com seus princípios ordenadores, dentre os quais se destacam a boa-fé objetiva (Art. 422[386]), o equilíbrio econômico-financeiro

---

[384] "Se os particulares, nas relações entre eles, são senhores de procurar atingir, graças à sua autonomia, os escopos que melhor correspondam aos seus interesses, a ordem jurídica continua, porém, a ser o árbitro para valorar tais escopos, segundo os seus tipos, de acordo com a relevância social, tal como ela a compreende, de harmonia com a socialidade da sua função ordenadora. Efectivamente, é óbvio que o direito não pode dar o seu apoio à autonomia privada para a consecução de qualquer escopo que ela se propunha atingir. São bem significativos, sob este aspecto, para o nosso direito positivo, mais do que as normas que estabelecem requisitos formais para algumas manifestações da autonomia privada (1325, 1350, 1351, 1992, 2206-7, 2249, 2296, 2328, etc.), as normas por meio das quais a fiscalização da autonomia privada se exerce, ao fazer inserir de direito no contrato certas condições gerais (§7) mesmo em substituição de cláusulas contrárias, apostas pelas partes [...], e as normas destinadas a conter a autonomia privada dentro dos limites impostos pelas necessidades elementares da convivência civil [...], como, também, as normas tendentes a circunscrever a autotutela privada dentro de limites que excluam os excessos por parte do contraente mais forte [...]. Também aqui a posição dos diversos direitos positivos varia segundo condições historicamente determinadas, que levam a satisfazer, de um modo mais ou menos urgente, as necessidades da sociedade." (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 105-106).

[385] MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 53.

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

e função social do contrato (Art. 421 e Art. 2.035, parágrafo único), bem como não poderá ser exercida em violação à ordem pública. Tais princípios, que se somaram aos princípios denominados clássicos do direito contratual, são expressões dos fundamentos e objetivos da república, notadamente a busca pelos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, IV e 170) e construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º, I). Passa-se, então, a discorrer sobre tais princípios ordenadores da autonomia privada.

Judith Martins-Costa afirma que boa-fé objetiva tem tríplice função: hermenêutica, corretora de condutas e geradora de deveres[387]. Teresa Negreiros, em construção semelhante, aponta que a boa-fé objetiva assume as funções interpretativa, integrativa, norma de criação de deveres jurídicos e limitativa de direitos subjetivos[388]. A função interpretativa encontra guarida normativa no Art. 113, *caput*, e §1º, inciso III, do CC/02[389]. A sua aplicação sob esta vertente tem por objetivo orientar a interpretação dos negócios jurídicos, investigando suas circunstâncias negociais, usos do lugar da celebração e os interesses em jogo, os quais devem ser merecedores de tutela. A interpretação com lastro na boa-fé objetiva busca perquirir o conteúdo e alcance das declarações negociais.

Vale ressaltar que o exercício hermenêutico cujo lastro seja a boa-fé objetiva não deve conduzir o operador do direito a um mero recurso retórico à sua violação, que deve se verificar concretamente, sob pena de afastamento do programa socioeconômico do contrato concebido

---

[387] Segundo Judith Martins-Costa: "Conquanto impossível – tecnicamente – definir a boa-fé objetiva, pode-se, contudo, indicar, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes (valendo então a expressão como forma metonímica de variados modelos de comportamento exigíveis na relação obrigacional), bem como discernir funcionalmente a sua atuação e eficácia como (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do alter, copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Ao assim atuar funcionalmente, a boa-fé serve como pauta de interpretação, fonte de integração e critério para correção de condutas contratuais (e, em certos casos demarcados em lei, inclusive para a correção do conteúdo contratual). (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 42).

[388] Neste sentido, explica Teresa Negreiros, *in verbis*: "Na promoção de uma ética de solidariedade contratual, o princípio da boa-fé opera de diversas formas e em todos os momentos da relação, desde a fase de negociação à fase posterior à execução, constituindo-se em fontes de deveres e de limitação de direitos de ambos os contratantes. A abrangência do princípio é contornada mediante uma tripartição das funções da boa-fé, quais sejam: (i) cânone interpretativo-integrativo; (ii) norma de criação de deveres jurídicos; e (iii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. Em comum, estas três funções atribuídas à boa-fé compartilham uma mesma concepção acerca da relação contratual como sendo uma relação de cooperação e de respeito mútuo (e não de perseguição egoísta da satisfação individual)." (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 118-119).

[389] "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: […]; III - corresponder à boa-fé; [...]".

dentro do interesse negocial legítimo das partes[390]. Foi justamente este tipo de expediente hermenêutico que a Lei de Liberdade Econômica buscou neutralizar[391].

No que tange à função integrativa, a despeito de seu parentesco com a função interpretativa, exerce papel de protagonismo em hipóteses de ausência de regulação convencional pelas partes. A boa-fé objetiva sob a vertente integrativa terá o papel de preencher os espaços deixados pelas partes, observando as circunstâncias que orbitam o negócio e os interesses das partes convenentes[392]. D'Ângelo, Monateri e Somma assim se pronunciam sobre as funções interpretativa e integrativa da boa-fé objetiva:

> *Queste precisazione, in consonanza con le indicazione expresse precedentemente, già delineano il confine e i rapporti dell'operazione di integrazione secondo buona fede rispetto a quella interpretativa: la seconda è volta a identificarei il significato dell'enunciato dele convenzione, dele singole clausole, e il complessivo asseto di interessi che esso esprime; la prima assume come dato tale significato ed è volta a determinare, per la soluzione di conflitti non risolti della convenzione, regole che questa non há disposto m ache siano coerenti, o quantomeno compatible, com il contenuto della medesima, resultando in tal modo la relazione di continuità e complementarietà tra le due operazioni; [...]*.[393]

A outra função é de criação de deveres jurídicos, prevista no Art. 422, indicando que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé." Por meio desta função, a boa-fé objetiva impõe aos contratantes a observância de determinados deveres, denominados anexos[394], que integram

---

[390] Paulo Nalin comenta esses aspectos sobre a função interpretativa. "Nesse sentido, a boa-fé empregada no viés de interpretação exige a rigorosa investigação do caso concreto, a avaliação das circunstâncias do negócio e dos usos do lugar da sua celebração. [...]. De outra parte, a interpretação recomendável não deve se afastar do programa socioeconômico do contrato, sob pena de contrariedade ao próprio interesse negocial das partes e, em última *ratio*, uma indesejável substituição da autonomia privada dos contratantes pela discricionária 'autonomia do juiz'". (NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 125).

[391] Francisco Paulo De Crescenzo Marino contextualiza o Art. 421-A do CC/02, indicando a crítica de parte da doutrina sobre intervenções judiciais indevidas, com base em fundamentação lasterada em princípios constitucionais abstratos: "A proclamação da natural simetria presente nos contratos empresariais buscou reagir à visão de árte da doutrina e da jurisprudência, tendente a admitir maior intervenção na autonomia das partes, sobretudo por meio de interpretação das normas jurídicas excessivamente calcada nos princípios jurídicos, notadamente os de índole constitucional." (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Comentário ao artigo 421-A do Código Civil: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coords). **Direito Privado na Lei de Liberdade Econômica: Comentários**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 514)

[392] *Idem, ibidem*, p. 126.

[393] D'ANGELO, Andrea; MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. ***Buona fede e giustizia conttratuale**: modelli cooperative e modelli conflituali a confronto*. Turim: Giappicheli, 2005, p. 19.

[394] Os deveres anexos, também denominados de laterais, instrumentais ou acessórios, ampliam o escopo contratual, e conferem concretude à função principiológica da boa-fé objetiva enquanto fonte autônoma de direitos e

a relação jurídica, como, por exemplo, o dever de informação, cooperação, lealdade, sigilo, dentre outros.

Por fim, a boa-fé pode assumir a função limitativa de direitos subjetivos, como se depreende do Art. 187, que consubstancia uma norma geral que veda o abuso de direitos, estabelecendo que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Todas as funções da boa-fé acima indicadas exercem influência na compreensão dos limites dentro dos quais a autonomia privada poderá ser regularmente exercida.

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro busca proteger justamente o equilíbrio da avença, e, no limite, a justiça contratual, preservando o perfil funcional do contrato, vedando, pois, que "as prestações contratuais expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contraentes […]"[395]. Sua base normativa no CC/02 pode ser encontrada nas regras relativas à lesão (Art. 157[396]), modificação da base econômica do contrato (Art. 317[397]) e resolução por excessiva onerosidade (Art. 478[398]) pelo CC/02[399].

---

obrigações no fenômeno contratual. Judith Martins-Costa exemplifica alguns desses deveres, conforme se segue: "[...] a) os deveres de cuidado, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os deveres de aviso e esclarecimento, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro de avisar a contraparte sobre riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como, *v.g.*, o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) os deveres de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares [...]" (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 439).

395 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155.

396 "Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta."

397 "Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação."

398 "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tomar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

399 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

No que pertine à função social, o CC/02 também foi categórico ao indicar, conforme Art. 421, que "a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato". Do mesmo modo, o parágrafo único do Art. 2.035 estipulou que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

O referido princípio tem por objetivo garantir que os contratos sejam utilizados como instrumentos de satisfação de interesses que sejam merecedores de tutela e que estejam de acordo com os princípios e valores que ordenam o Estado Social, dentre os quais se incluem a solidariedade e demais valores sociais que também devem incidir sobre as relações privadas. Em consequência, como já alertava Orlando Gomes, contratos que buscam regular interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos, não merecem proteção jurídica[400].

Os referidos princípios têm assento na CF/1988, como elucida Teresa Negreiros:

> Tais princípios encontram fundamento na Constituição, seja como desdobramentos da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1, III), seja como princípios instrumentais da ótica solidarista ali firmada (art. 3º, I), seja como corolários do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV), seja, enfim, na condição de princípios componentes da ordem econômica constitucional (art. 170 e ss.), da qual a ordem econômica contratual é parte integrante.[401]

Evidentemente, a compreensão do conteúdo normativo de tais princípios é de suma importância para compreender os limites definidos para o exercício legítimo da autonomia privada. Contudo, vale dizer que tais princípios não expurgaram do ordenamento jurídico brasileiro àqueles intitulados como "clássicos", são eles os princípios da força obrigatória dos contratos, do consensualismo e da relatividade. Na verdade, os denominados novos princípios contratuais deverão conviver harmonicamente com os princípios clássicos do direito privado, projetando uma nova forma de pensar o contrato[402].

Disso decorre que os princípios orientadores da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico-financeiro e da função social do contrato não podem servir como uma espécie de

---

[400] GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 24.

[401] NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 108.

[402] Diogo Leonardo de Melo assim arremata: "É dizer: a hipercomplexidade da atual teoria geral dos contratos é um fenômeno que explica a conjugação e a congregação entre velhos e novos princípios, submetidos ao programa constitucional, formando um novo modelo de pensar o contrato. Assim, a tarefa do intérprete será, portanto, conciliar os princípios clássicos de índole liberal com os princípios contemporâneos, de índole social e tutelar, num equilíbrio mais fiel possível ao compromisso que a esse respeito foi firmado na arena constitucional". (MELO, Diogo Leonardo Machado. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). **Teoria geral dos contratos**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 76).

carta branca a justificar intervenções para todo e qualquer tipo de relação jurídica, especialmente no que tange a contratos empresariais paritários (ou simétricos[403]), negociados racionalmente pelos agentes econômicos, em relação aos quais se presume, por expressa imposição da Lei de Liberdade Econômica[404], a simetria entre os contratantes.

Se estiverem lastreados em razões legítimas, com sólida racionalidade econômica, os negócios jurídicos celebrados por agentes empresariais devem ser compreendidos como merecedores de tutela, devendo ser privilegiado o conteúdo normativo da declaração negocial do negócio jurídico, com fundamento no princípio da autonomia privada. E isso não significa dizer que há um retrocesso hermenêutico, mas sim a aplicação do acervo principiológico segundo a lógica da ponderação dos interesses envolvidos e circunstâncias do negócio.

Além da delimitação imposta pelos princípios contratuais, a liberdade contratual assegurada pela autonomia privada não confere aos particulares a prerrogativa de afastar a incidência de normas cogentes e de ordem pública, como àquelas relativas ao estado da pessoa. Abordou-se há pouco sobre os princípios contratuais da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico-financeiro e da função social, os quais, via de regra, devem ser compreendidos pela noção de ordem pública que estamos a discorrer[405].

A autonomia privada deve ser analisada também sob a perspectiva do Direito enquanto um sistema de normas que podem ser classificadas de várias maneiras, a depender do critério a ser adotado, como o conteúdo, a vigência, etc.[406]. Uma primeira classificação é aquela relativa ao conteúdo, em que as normas são classificadas em preceptivas e proibitivas. As primeiras, em geral, regulam condutas que podem gerar penalidades para o caso de não serem atendidas[407]. O

---

[403] Pedro Eroles define como contratos simétricos aqueles em que as partes possuem condições e possibilidades semelhantes de negociação. (EROLES, Pedro. **Boa-fé objetiva nos contratos**: especificação normativa, cogência e dispositividade. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 132).

[404] O Art. 421-A do Código Civil de 2002, com redação atribuída pela Lei de Liberdade Econômica, dispõe que "os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais [...]".

[405] Em livro sobre o tema, Pedro Eroles discorre sobre a dispositividade do princípio da boa-fé objetiva, considerando o contexto contratual: "Já com relação ao princípio contratual da boa-fé objetiva, viu-se que sua incidência seria graduável e aplicável topicamente pelo juiz conforme o contexto contratual ou conforme a categoria contratual operativa (contratos existenciais ou de lucro, simétricos ou assimétricos etc). Nesse sentido, existe uma indeterminação *a priori* em relação ao grau de incidência do princípio contratual da boa-fé objetiva em determinado contexto contratual (indeterminação essa que poderia ser mitigada com a construção das categorias operativas). Desse modo, as regras derivadas do princípio contratual da boa-fé objetiva visariam a determinar o grau de incidência e concretude do princípio contratual da boa-fé objetiva em determinado caso, restringindo a imposição tópica dos deveres anexos por parte do intérprete/aplicador" (EROLES, Pedro. **Boa-fé objetiva nos contratos**: especificação normativa, cogência e dispositividade. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 140).

[406] PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 260.

[407] NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Introdução à ciência do direito privado**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 116.

legislador impõe determinados comportamentos, exigindo seu cumprimento[408]. As normas proibitivas, por sua vez, prescrevem uma abstenção, ou seja, um não fazer. Diferem das preceptivas pelo "modo de ordenar: positivo no primeiro caso, e negativo no segundo"[409]. As normas preceptivas e proibitivas devem ser sempre consideradas como imperativas[410] e, portanto, de ordem pública.

Por fim, as normas permissivas compreendem àquelas em que o legislador optou por autorizar uma determinada conduta, cabendo ao indivíduo optar por segui-la ou não, bem como as normas "destinadas a vigorar como subsidiárias da vontade manifestada pelas partes, preceitos que apenas suprem a deliberação dos interessados"[411]. As permissivas, portanto, compreendem aquelas que são dispositivas e supletivas.

Neste sentido, as normas permissivas, ao autorizarem expressamente determinada conduta, tendem a indicar a esfera de atuação onde os particulares poderão livremente operar. Sobre este ponto, transcrevemos o posicionamento de Pietro Perlingieri:

> Uma norma que permite um comportamento é um indício preciso de que o ato não só não é juridicamente indiferente, mas encontra no ordenamento uma valoração positiva típica. A norma permissiva é uma norma especificadora da autonomia dos sujeitos, da sua liberdade, e exprime uma valoração positiva legal de determinados atos e comportamentos, ditando, por vezes, as modalidades de realização da liberdade genérica.[412]

As normas também podem ser classificadas em cogentes ou dispositivas. As primeiras, por conterem um comando legal, são insuscetíveis de derrogação pelas partes e devem ser compreendidas pela noção de ordem pública. As normas preceptivas e proibitivas, acima explicadas, são cogentes. As normas derrogáveis, por outro lado, são aquelas em que admitem regulação diversa da legal, por meio da autonomia privada. Também podem ser denominadas de dispositivas. Tais normas se inserem no contexto da "(...) temática da autonomia negocial, isto é, do poder de regulamentar a relação jurídica de modo diverso daquele legalmente previsto"[413].

---

[408] PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 260.
[409] SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 41. v. 1.
[410] PERLINGIERI, Pietro. *Loc. cit.*
[411] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69.
[412] PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 262.
[413] PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263.

Pontes de Miranda esclarece essa forma de organização do Direito entre as normas cogentes e dispositivas:

> [...] quando a regra jurídica, em vez de impor ou proibir, sem margem à vontade, supõe aos interessados o construírem, como entendam, a ordem que os reja (= quando lhes deixa o imporem, ou proibirem, ou permitirem uns aos outros), diz-se que é regra dispositiva (supletiva) ou que é interpretativa. A cogência, a dispositividade ou supletividade (*lato sensu*) e a interpretatividade exaurem a técnica distributiva do direito. (a) dispositiva é a regra jurídica que somente incide, se os interessados não regrarem seus interesses no tocante ao suporte fático; de modo que essa regra jurídica se pode definir como a regra jurídica que incide, se o seu suporte fático não foi colorido pela vontade dos interessados: se houve essa vontade, o seu suporte fático tornou-se inadequado, por excesso. (b) interpretativa é a regra jurídica que somente incide, se o sentido daquilo, que o interessado ou interessados estabelecerem, é duvidoso. Ali, o direito evita o vazio, o não regramento; aqui, a ambiguidade, a vacilação no entendimento do que se pôs como vontade.[414]

A autonomia privada se insere no campo das normas permissivas, de forma que as disposições legais sobre contratos têm, em regra, caráter supletivo ou subsidiário, somente sendo aplicadas em caso de silêncio ou carência de regulação contratual[415].

Há algumas regras, contudo, que são cogentes, imperativas e inderrogáveis pela vontade negocial das partes. Isto porque se revestem de natureza de ordem pública, cuja observância é mandatória, consoante Art. 2.035, parágrafo único do Código Civil de 2002[416], com diálogo ao Art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[417]. Vale lembrar, ainda, que o Art. 166, VI[418], comina com a pena de nulidade o negócio jurídico quando "tiver por objetivo fraudar lei imperativa".

As normas de ordem pública, todavia, tem uma percepção mais abrangente do que apenas capturar as normas cogentes e imperativas. A noção de ordem pública usualmente é atribuída à proteção de interesses públicos consubstanciados na preservação de determinados valores que permitem "garantir e assegurar a existência do corpo social, base do ordenamento

---

414 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito privado**: parte geral. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: RT, 2012, p. 121.

415 MELO, Diogo Leonardo Machado. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). **Teoria geral dos contratos**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 84.

416 "Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

417 "Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes."

418 "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: […]; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; [...]."

jurídico"[419]. Seu conteúdo é dinâmico e contingente, passando por constante evolução axiológica e hermenêutica à medida do desenvolvimento do pensamento social estabelecido em cada período de sua história.

A regra no ecossistema contratual, vale dizer, é a derrogabilidade dos regimes legais, conferindo ampla margem de atuação em benefício dos agentes particulares[420].

Feita essa breve explicação sobre a classificação das normas, temos que, por força da norma permissiva relativa à autonomia privada, as partes podem regulamentar livremente seus interesses, abrangidos os riscos associados a eventos futuros. Nesta ordem de ideias, como regra, os agentes particulares estão autorizados a regular, no âmbito do contrato, os riscos que podem acometê-lo, distribuindo livremente as vantagens e desvantagens segundo sua livre conveniência. Riscos, mais uma vez, insiste-se, compreendidos como aqueles eventos sujeitos às análises de probabilidade e impacto.

A autonomia privada das partes, portanto, em matéria de alocação de riscos contratuais, deverá respeitar os limites da autonomia privada definidos pelo ordenamento jurídico de onde ela retira sua validade, o que inclui a observância às normas cogentes, as quais abrangem os princípios ordenadores do Direito privado.

Em suma, o que se buscou endereçar neste item do presente trabalho foi o conteúdo normativo da autonomia privada, que abrange, naturalmente, a prerrogativa de autorregramento de interesses econômicos privados, dentre os quais se inclui o fenômeno do risco, notadamente em contratos empresariais.

Com efeito, as partes contratantes em contratos empresariais efetivamente realizam juízos de expectativas e cálculos diversos para prever, no melhor de suas aptidões e com base nas evidências e informações disponíveis, o que pode ocorrer ao longo do contrato e o impacto desses potenciais eventos. A partir desse exercício prospectivo em relação ao contrato, optam por adotar mecanismos contratuais para regular o risco correspondente.

A inserção da cláusula de não indenizar, nesta medida, serve justamente para que as partes possam alocar o risco da indenização por inadimplemento, uma incerteza que, após o exame de probabilidade e impacto, se converte em risco objetivamente dimensionável. Assim as partes acordam livremente, considerando aquelas circunstâncias negociais, que devedor restará exonerado ou terá seu dever de indenizar limitado, ao passo que o credor, buscando

---

[419] SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1988, p. 48. v. 1.

[420] MELO, Diogo Leonardo Machado. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). **Teoria geral dos contrato**s, São Paulo: Atlas, 2011, p. 85.

alguma utilidade desta aparente desvantagem, terá seu crédito indenizatório neutralizado ou limitado. Havendo interesse jurídico merecedor de tutela, este acordo é plenamente legítimo. Este é o pano de fundo que deve ser considerado para o exame dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar em contratos empresariais.

O que se tem visto, contudo, a partir da retórica dogmática sobre os requisitos de validade tradicionalmente apontados pela doutrina clássica, é uma ausência de abordagem sobre esta lógica de alocação de risco, realidade esta que pode resultar no esvaziamento deste importante dispositivo contratual. Este trabalho propõe uma revisão de tais requisitos, introjetando-lhes a noção fenomenológica do risco na cláusula de não indenizar com enfoque nos contratos empresariais, sobre os quais falaremos no item a seguir.

3.2 Os Contratos Empresariais

O advento do Código Civil de 2002 promoveu a unificação do direito privado no que diz respeito à teoria geral das obrigações e dos contratos, não havendo, sob a perspectiva jurídico-dogmática, distinção técnica entre as obrigações civis e comerciais[421]. Isso não quer dizer, contudo, que os contratos empresariais, ou seja, estabelecidos por empresários, devam ser compreendidos e interpretados da mesma maneira que os contratos celebrados por outros sujeitos particulares, ainda que em condições paritárias de negociação.

Alguns doutrinadores falam da "redescoberta" dos contratos comerciais como categoria autônoma, "merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras gerais do direito civil e do direito consumerista".[422] Na Itália, propõe-se uma classificação tricotômica em (i) contratos civis; (ii) contratos com consumidores; e (iii) contratos comerciais[423]. Não é isso que se sugere neste trabalho.

---

[421] Neste sentido, posicionam-se Gabriel de Orleans e Bragança e Marcelo Barbosa Sacramone, *in verbis*: "A teoria da empresa foi consagrada inicialmente pelo Codice Civile italiano de 1942. Despido dessa concepção ideológica inicial e que informou o Código Civil de 1942, o Código Civil de 2002 (CC) revogou parcialmente o Código Comercial e passou a unificar o tratamento do direito privado, sob a concepção de empresa." (SACRAMONE, Marcelo Barbosa; BRAGANÇA, Gabriel de Orleans. O empresário no Código Civil: um conceito superado. *In*: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (Orgs.). **A evolução do direito empresarial e obrigacional**: 18 anos do Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 163-178, p. 168. v. 1).

[422] FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 37.

[423] "*Alla distinzione tra contratti comerciali e contratti civilli [...] sembra avvicendarsi perlomeno uma tripartizione: che core dai contratti civili a quelli commerciali passando atraverso i contratti dei consumatori*" (DI MARZIO, Fabrizio. Verso il nuovo diritto dei contratti. *In*: DI MARZIO, Fabrizio (Org.). ***Il nuovo diritto dei contratti***. Milano: Giuffrè, 2004, p. 4).

O que se pretende estabelecer é a premissa de que os contratos empresariais são celebrados em circunstâncias negociais peculiares, dentro do contexto do mercado[424], a partir do qual devem ser analisados.

Apesar de defender a autonomia de tais contratos, o que não se discute neste trabalho, Paula A. Forgioni explica com clareza este aspecto relacionado às características específicas dos contratos empresariais e sua inserção no mercado, conforme se depreende da seguinte passagem:

> Por mais incrível que possa parecer, esse método de análise da realidade do mercado descortina visão jurídica pouco usual entre nós, porquanto: [i] considera como objeto do direito comercial apenas os contratos celebrados entre empresas [ou contratos interempresariais, i.e., aqueles em que os partícipes têm sua atuação plasmada pela procura do lucro]; e [ii] coloca em relevo a necessidade do esboço de teoria geral que leve em consideração as peculiaridades dos contratos interempresariais no contexto do mercado [i.e., que visualize a empresa na teia contratual em que se insere e que ajuda a construir].[425]

Judith Martins-Costa também explica as particularidades dos contratos empresariais sob a perspectiva da boa-fé objetiva, deixando claro que os referidos negócios jurídicos devem ser interpretados segundo a lógica da atividade negocial empresária, *in verbis*:

> Recorde-se serem as relações empresariais estabelecidas comumente entre sujeitos empresários (empresários individuais e sociedades empresárias), isto é: entre centros de organização polarizados pela noção de atividade negocial empresária que requer a conjugação entre o dinamismo (ínsito às noções de mercado e de atividade) e a previsibilidade e segurança que o Direito – como Ordenamento que é – deve proporcionar para essa atividade, cabendo sustentar, pois, que a noção de mercado não é meramente naturalista, mas jurídica. Por essa razão, essa atividade está sujeita às normas jurídicas. Dentre elas, a boa-fé que nela incide, mas recebe, concomitantemente, o seu influxo, proveniente de certas características dessa atividade acima, já brevemente enunciadas, a saber: o peso da praxis, a informalidade dos instrumentos e a aptidão para a atipicidade que incluiu o trânsito muito dinâmico de modelos provindos do ambiente internacional.[426]

---

[424] Segundo Judith Martins-Costa, mercado "é o espaço (para alguns, o 'não-lugar', no sentido físico-geográfico) de uma 'instituição' onde se desenvolvem relações de mercado. Como instituição, o mercado é regulador de comportamentos, configurando um modelo complexo de comportamento e submetido a uma difusa aceitação social. Mas é também, em vários graus e medidas (dependendo do tipo de interação entre Estado e mercado) regulado por normas jurídicas". (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 283).

[425] FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 28.

[426] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 285.

Com efeito, a Lei de Liberdade Econômica reforçou a necessidade de tratamento hermenêutico especializado dos contratos empresariais, conforme se depreende da nova redação do Art. 421-A, *caput*[427], do Código Civil de 2002, ao mencionar separadamente os negócios civis e os empresariais; e do Art. 3º, inciso VIII, da Lei de Liberdade Econômica de acordo com o qual se regula que constitui um direito de toda pessoa, natural ou jurídica, "ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública". Ou seja, a lei indica um tratamento específico aos contratos intitulados como empresariais paritários.

O anteprojeto de revisão do CC/02 também se dedicou a reforçar a lógica própria que os contratos empresariais possuem. Com efeito, o referido anteprojeto (i) reforçou a presunção de paridade e simetria dos contratos empresariais (Art. 421-C), (ii) a prerrogativa das partes de fixar e dispor a respeito de alocação de riscos e seus critérios (Art. 421-D, III), (iii) a aplicação subsidiária dos princípios que regulam da atividade empresária (Art. 421-F), dentre os quais se incluem a autonomia privada e força obrigatória das convenções (Art. 966-A)[428].

E o que são os contratos empresariais? São os contratos em que as partes são empresários, nos termos do Art. 966[429] do CC/02, sendo aqueles que exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Para os fins deste trabalho, as partes contratantes dos contratos empresariais serão apenas as sociedades empresárias sob as formas de limitada ou sociedade anônima, com exclusão de todos os demais regimes.

Em tais contratos, as partes contratantes são agentes econômicos racionais que realizam suas atividades pela busca do lucro[430] e assunção de riscos, circunstância esta que imprime aspecto próprio e determinante dos contratos empresariais e que contribui para entender o porquê são estabelecidos. Paula A. Forgioni explica o conceito, *in verbis*:

---

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

[428] BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de revisão do Código Civil de 2002**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/txtmat?codmat=159721. Acesso em: 25 abr. 2024.

[429] "Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços."

[430] Segundo Sylvio Marcondes, a lucratividade integra a dimensão econômica da atividade empresária, já que "[i]ndubitavelmente, na concepção de empresa comercial, um substrato econômico, consistente na organização dos fatores da produção, realizada pelo empresário, no sentido da atividade empreendedora, visando à obtenção de lucro e correndo o risco correspondente". (MARCONDES, Sylvio. Do conceito de empresa. *In*: MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 39).

> O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua 'vontade comum' e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar.
> Por um lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Porém, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade do ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados.[431]

Além do perfil de seus contratantes e da finalidade do lucro por eles perseguida, os contratos empresariais têm o risco como vetor essencial, já que envolvem "a possibilidade de que, por razões previsíveis ou imprevisíveis, restem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio".[432] No mesmo sentido, Judith Martins-Costa afirma que "nas relações contratuais comerciais, o sentido da boa-fé orientado pela prevalência do viés confiabilidade, credibilidade e previsibilidade, valorizando-se a posição do emissário da declaração bem como as possibilidades do cálculo dos riscos"[433].

Paula Greco Bandeira, ao falar sobre as relações paritárias, gênero que abrange os contratos empresariais, reforça que "a equação econômica estabelecida pelos contratantes por meio da alocação de riscos há de ser observada em toda a vida contratual". A justificativa, segundo a autora, decorre da realidade de que "a repartição dos riscos traduzirá a finalidade almejada pelos contratantes com o concreto negócio, os quais buscam satisfazer os seus interesses por meio daquela específica alocação de riscos".[434]

No ambiente empresarial, considerando as incertezas mercadológicas presentes, os agentes econômicos se valem de contratos para reduzi-las, de modo a buscar mais previsibilidade e segurança[435]. Assim, diante da percepção que possuem sobre a probabilidade e impacto de eventos adversos que podem acometer seus interesses, lançam-se na tarefa de

---

[431] FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 39.
[432] *Idem, ibidem*, p. 153.
[433] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 290.
[434] BANDEIRA, Paula Greco. O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 195-208, jan./mar. 2016.
[435] "*Much if the future we face is uncertain, but one way of partially reducing that uncertainty is to obtain binding promises from other people that they will perform [or refrain from performing] certain acts in the future. A contract is often a reciprocal allocation of specified risks and an efficient system of contract law should facilitate risk-sharing by upholding the allocation of risks made by the contract*" (HARRIS, Donald R.; VELJANOVSKI, Cento G. The use of economics to elucidate legal concepts, the law of contract. *In*: DAINTITH, Terence; TEUBNER, Gunther (Eds.). ***Contract and organization****: legal analysis in the light of economic and social theory*. Berlin-New York: De Gruyter, 1986. p. 109-120).

alocar, dividir e/ou distribuir os riscos predeterminados. Como explica Ripert, "risco profissional, risco da propriedade, risco criado, são fórmulas de atribuição."[436]

Nesta perspectiva, deve-se compreender que os agentes econômicos empresariais que realizam contratos empresariais têm por objetivo a percepção de lucro, inclusive quando se propõem a negociar estipulações contratuais que buscam distribuir os riscos predeterminados conscientemente identificados pelas partes em seus respectivos escopos contratuais, passando a integrar a causa concreta do contrato, ou seja, a sua função prático-social[437]. Os contratos empresariais se revestem de função econômica[438] traduzida pelos interesses das partes na referida avença, os quais são movidos pela maximização do lucro em benefício de seus acionistas e não pelo simples prazer da troca de declarações de vontade[439].

Esta premissa deve nortear o jurista quando da definição acerca dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar inserta em contratos empresariais, cuja principal função econômica é regular o risco consubstanciado no inadimplemento e indenização por perdas e danos dele resultante. Assim, não parece que deva ser aplicada indistintamente, sem compreensão mais aprofundada sobre as circunstâncias negociais em que tais contratos são estabelecidos, especialmente no que diz respeito a influência da percepção de risco, as concepções dominantes sobre os requisitos de validade da cláusula de não indenizar quando se está diante de negócio jurídico estabelecido por agentes empresariais, senhores de suas próprias razões[440], que, cientes das repercussões jurídicas e econômicas de suas escolhas contratuais, optam por regular os riscos correspondentes por meio das mais variadas estipulações.

---

436 RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução de Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 213.

437 Em mais uma oportunidade, Paula Greco Bandeira assinala: "A alocação de riscos no contrato revela, portanto, o equilíbrio econômico do negócio perseguido pelas partes contratantes e mediante o qual as partes visam a concretizar seus objetivos econômicos. Tal repartição de riscos insere-se, assim, na causa concreta do contrato, isto é, nos efeitos essenciais que o negócio pretende realizar, ou, em outras palavras, na sua função econômico-individual ou função prático-social, que exprime a racionalidade desejada pelos contratantes, seus interesses perseguidos in concreto, com base na qual se interpreta e se qualifica o negócio, em procedimento único e incindível" (BANDEIRA, Paula Greco. O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 195-208, jan./mar. 2016).

438 "As partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade. Ao se vincular, as empresas têm em vista determinado escopo, que se mescla com a função que esperam que o negócio desempenhe; todo negócio possui uma função econômica." (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 120).

439 No original, "*Le parti non stipulano contratti per il piacere di scambiarsi dichiarazioni di volontà; ma in vista di certe finalità pel conseguimento dele qualli entrano reciprocamente in rapporto*" (CHIOVENDA, Giuseppe. ***Istituzioni di diritto processuale civile***. Napoli: Jovene, 1993, p. 188. v. 2).

440 A expressão é de Paula A. Forgioni, que se posiciona da seguinte maneira: "Partindo-se do paradigma comportamental do agente econômico ativo e probo, o sistema jurídico considera-o o melhor senhor de suas próprias razões, que não está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei, como estatui a Constituição Federal, em seu art. 5º, II. Essa diretriz assume inúmeros desdobramentos, desde o princípio da livre iniciativa, passando pela livre concorrência, pela relatividade dos pactos, até a proibição de o juiz negociar

Desta maneira, os repetidos pressupostos de validade da cláusula de não indenizar que são invocados pela doutrina tradicional para negar validade à estipulação podem admitir a revisão sobre sua aplicação no caso concreto para que possam a ser analisados sob a perspectiva do inadimplemento enquanto uma incerteza emergente da convenção, que, após examinada sob a sua probabilidade e impacto, passa a ser compreendida como um risco mensurável. Sendo uma unidade de medida econômica, é regularmente alocado pelas partes, agentes econômicos que livremente decidem por inserir a cláusula de não indenizar em contratos empresariais para neutralizar ou mitigar o referido risco predeterminado e quantificado. A utilidade dessa convenção pode ser traduzida numa vantagem no próprio negócio jurídico e/ou refletida em algum outro benefício tangível ou intangível valorado pelo sujeito exposto ao risco de não ser indenizado total ou parcialmente. Trata-se de um expediente que revela interesses jurídicos merecedores de tutela.

Diferentemente do movimento marcado pela Revolução Industrial, que trouxe novos contornos à liberdade contratual em ambientes contratuais marcados por severos desequilíbrios, os contratos empresariais seguem como expoentes da autonomia privada, sendo certo que os princípios do *pacta sunt servanda*, do consensualismo, da relatividade e da liberdade contratual são vetores de orientação das relações jurídico-contratuais entre tais agentes[441]. Esta percepção vem sendo reconhecida pela jurisprudência nacional[442].

Os referidos contratos se inserem, pois, na clássica categorização proposta por Antônio Junqueira de Azevedo acerca dos contratos de lucro, celebrados por empresários, com a finalidade precípua de percepção de lucro, ambiente em que a autonomia privada ganha maior

---

pela parte. Pode-se presumir que a empresa, por visar o lucro, procura fazer o seu melhor e ser o mais eficiente possível, até mesmo porque a pressão pela sobrevivência tende a estimular a competência." (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 128).

[441] FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 119. Segundo Forgioni: "Paralelos a todo esse movimento [e por ele às vezes impactados], seguem os contratos entre empresas, ou seja, entre agentes econômicos que hão de ser presumidos diligentes e probos. Os autores que trataram daquela nova visão do contrato tinham em mente questões hoje relacionadas ao direito econômico [intervenção do Estado na economia], ao consumerismo e ao direito do trabalho – e não os negócios interempresariais".

[442] "Nos contratos empresariais deve ser conferido especial prestígio aos princípios da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda*, reconhecendo-se neles verdadeira presunção de simetria e paridade entre os contraentes, sendo imprescindível observar e respeitar a alocação de riscos definida pelas partes" (STJ. REsp n. 1.910.582/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021). "2. O controle judicial sobre eventuais cláusulas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia. 3. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa". (STJ. AgInt nos EDcl no REsp n. 1.902.149/DF, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 3/4/2023, DJe de 27/4/2023).

relevo. Com efeito, fazemos referência à obra do referido professor acerca dos contratos de lucro, gênero do qual os contratos empresariais são espécie:

> [...] estou propugnando por uma nova dicotomia contratual – contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do século XXI – porque essas duas categoriais contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são 'descartáveis' e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc., de forma que as cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, 'descartadas', do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou do exercício das profissões; o princípio pacta sunt servanda tem que ter aí maior força. [...] Especialmente nas situações limítrofes como as de pessoas naturais, que mesmo fora do exercício profissional, visam lucro, ou as de empresas muito pequenas, etc. Outro ponto interessante seria a exposição analítica das diferenças de efeitos entre as duas categorias de contrato, por exemplo, quanto à boa-fé, quanto à função social, quanto ao dano moral (a nosso ver, cabe dano moral nos contratos existenciais, mas não nos contratos de lucro) etc.[443]

Evidentemente, isso não significa que a autonomia privada se converte em direito absoluto no âmbito dos contratos empresariais, os quais também continuam sujeitos à perquirição de sua integridade jurídica em todos os planos. No entanto, os referidos contratos devem ser examinados levando em consideração suas circunstâncias negociais e demais fatores que orbitam sobre sua celebração[444], inclusive no que tange aos riscos identificados e conscientemente alocados nas respectivas esferas contratuais, expediente que passa a integrar a racionalidade econômica do programa contratual e consubstanciar interesse jurídico merecedor de tutela.

---

[443] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, abr./jun. 2008.

[444] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 282. A autora assim explica a relação dialética da autonomia privada e boa-fé nos contratos empresariais, destacando alguns traços destes: "Consequentemente, embora o Direito Empresarial seja operacionalizado, em sua maior parte, por regras e institutos civis, e hoje as obrigações civis e comerciais tenham sido unificadas no Código Civil, a incidência do princípio da boa-fé é, neste campo, peculiarizada por alguns traços que vale a pena destacar, na medida em que infletirão nas tonalidades que aqui o revestirão. Sinteticamente, são eles: (i) a noção de mercado; (ii) o dinamismo coerente à noção de atividade empresarial (art. 966) que está no núcleo da *fattispecie* empresário; (iii) o forte impacto que a *praxis* tem nesse campo, coligando imediatamente boa-fé e usos do setor e às práticas das partes; (iv) a informalidade e a atipicidade; e (v) a dinâmica circulação/apropriação de modelos provindos da praxe internacional ou da experiência comparatista."

A este respeito, fazemos novamente menção à Lei de Liberdade Econômica, diploma normativo que teve por propósito essencial reforçar a necessidade de preservação dos pactos, com destaque àqueles celebrados por agentes empresariais, deixando claro, ainda, que, a alocação de riscos definida por tais sujeitos de direito deve ser respeitada.

3.3 Liberdade Contratual para Alocação Convencional de Riscos segundo a Lei de Liberdade Econômica

Neste capítulo foi exposto que a autonomia privada, enquanto expressão da livre iniciativa (Art. 170, CF/1988[445]), consubstancia um princípio de Direito privado, que assegura aos agentes particulares o direito de autorregulamentação dos mais diversos interesses privados merecedores de tutela.

A autonomia privada abrange a liberdade de contratar e a liberdade contratual, cuja função é permitir que os particulares possam definir livremente o conteúdo do contrato. No exercício desta liberdade as partes regulam os direitos e obrigações associados à avença, num exercício que contém análise dos riscos que podem acometer o negócio. Aline de Miranda Valverde Terra salienta este ponto, *in verbis*:

> Por essa razão, os contratantes podem valer-se do contrato, instrumento vocacionado à gestão de riscos nas operações negociais, para distribuir, de forma diversa, os resultados positivos e negativos dele decorrentes, de modo a atender mais eficazmente aos seus interesses. As partes, no exercício da autonomia privada, anteveem, no momento da celebração do contrato, os riscos passíveis de atingir o negócio e os alocam entre si, de sorte que cada um, ao assumi-los, passa a responder por suas consequências.[446]

Como medida de reforço axiológico à autonomia privada, foi publicada, em 30/04/2019, a Medida Provisória nº 881/2019, posteriormente convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, intitulada de "Lei de Liberdade Econômica", que instituiu a "Declaração de Direitos de Liberdade Econômica"

Como se depreende da exposição de motivos da Medida Provisória nº 881/2019, o objetivo central foi de promover a liberdade econômica, por meio do fomento à atividade

---

[445] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]."
[446] TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 52.

empresária e facilitação de negócios, incluindo regras de preservação dos contratos[447]. Entende-se que as alterações poderiam contribuir para melhorar alguns dos graves indicadores econômicos do País[448].

Amanda Flavio de Oliveira destaca a importância da referida Lei como instrumento normativo de regulamentação da livre iniciativa assegurada pelos Arts. 1º, IV e 170, *caput* e parágrafo único da CF/1988, como se depreende da passagem abaixo:

> Preceito da Ordem Jurídico-Econômica Constitucional que é, assim como fundamento da República, a livre-iniciativa ainda não contava, mais de três décadas após a promulgação da Constituição, com um marco legal claro, dentro do limite que se faz necessário. [...]. Mas, na realidade contemporânea, em que sofisticadas expressões de exercício da atividade econômica convivem com também inéditas expressões de atuação estatal, definir esse conteúdo revela-se necessário. Nesse contexto, deixar de regulamentar o conteúdo do princípio da liberdade econômica importa em negligenciá-lo e em abrir espaços para abusos regulatórios. Note-se que a regulação econômica, desde a sua consagração no Texto de 1988, mereceu a produção de inúmeras normas infraconstitucionais e administrativas. Sem um diploma normativo a concretizar a liberdade econômica, essas normas regulatórias, não raro, descambaram para o excesso.[449]

Dentre as alterações promovidas pela Lei de Liberdade Econômica no Código Civil de 2002, destacamos as àquelas realizadas nos Arts. 113, 421 e 421-A do CC/02, *in verbis*:

---

[447] "8. Senhor Presidente, propõe-se a adoção de instrumentos diferentes para garantir a eficácia desta iniciativa. Diversas medidas de controle e diminuição do aparelho burocrático buscam aproximar o Brasil do mesmo ambiente de negócios de países desenvolvidos. O objetivo desta Medida Provisória diferencia-se das tentativas do passado por inverter o instrumento de ação, ao empoderar o Particular e expandir sua proteção contra a intervenção estatal, ao invés de simplesmente almejar a redução de processos que, de tão complexos, somente o mapeamento seria desgastante e indigno, considerando que os mais vulneráveis aguardam por uma solução." (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037exposicaodemotivos-157846-pe.html. Acesso em: 15 maio 2024).

[448] "3. Existe a percepção de que no Brasil ainda prevalece o pressuposto de que as atividades econômicas devam ser exercidas somente se presente expressa permissão do Estado, fazendo com que o empresário brasileiro, em contraposição ao resto do mundo desenvolvido e emergente, não se sinta seguro para produzir, gerar emprego e renda. Como resultado, o Brasil figura em 150º posição no ranking de Liberdade Econômica da Heritage Foundation/Wall Street Journal, 144º posição no ranking de Liberdade Econômica do Fraser Institute, e 123º posição no ranking de Liberdade Econômica e Pessoal do CatoInstitute. 4. Esse desempenho coaduna com a triste realidade atual de mais de 12 milhões de desempregados, a estagnação econômica e a falta de crescimento da renda real dos brasileiros nos últimos anos. A realidade urge uma ação precisa, mas cientificamente embasada, de caráter imediato e remediador." (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037exposicaodemotivos-157846-pe.html. Acesso em: 15 maio 2024).

[449] OLIVEIRA, Amanda Flavio de. Lei de Liberdade Econômica: constitucionalidade apontamentos acerca da constitucionalidade material da Lei n. 13.874/2019. *In:* SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 192.

> Art. 113.
> §1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:
> I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;
> II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;
> III - corresponder à boa-fé;
> IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e
> V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.
> §2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.
>
> Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
> Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.
>
> Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:
> I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;
> II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e
> III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Além das modificações no Código Civil de 2002, a Lei de Liberdade Econômica trouxe alguns importantes regramentos em matéria de liberdade econômica, com destaque para o fomento à autonomia privada. Com efeito, o Art. 1º, § 2º, dispõe que "interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas." O Art. 2º, por sua vez, veicula os princípios ordenadores da lei, dentre os quais se incluem a liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas (Art. 2º, I), a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas (Art. 2º, III). O Art. 3º, inserido no capítulo intitulado "Da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica", estipulou em seu inciso V, a interpretação em benefício da autonomia privada, e no inciso VIII, a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação pelas

partes, deixando as regras legais do direito empresarial como recurso subsidiário, com ressalva para a ordem pública.

No que tange às modificações promovidas nas disposições gerais dos contratos (Título V, Capítulo I), é de se salientar, para efeitos deste trabalho, (i) a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual (Art. 421, parágrafo único); (ii) a presunção de simetria nos contratos civis e empresariais; e, especialmente, (iii) a garantia da preservação da alocação de riscos definida pelas partes. Em matéria de interpretação dos contratos, por sua vez, chama atenção a referência à negociação inferida da racionalidade econômica das partes (Art. 113, §1º, inciso V).

Apesar das duras críticas da doutrina[450] e dos questionamentos sobre a sua constitucionalidade[451], é do nosso entender que a norma busca reforçar a necessidade de equilíbrio axiológico que deve nortear a análise de coexistência entre os princípios clássicos e contemporâneo-sociais que orientam a teoria geral dos negócios jurídicos, considerando as circunstâncias de cada ambiente contratual e a ponderação dos interesses em jogo.

A Lei de Liberdade Econômica também vem influenciando o anteprojeto para revisão e atualização do CC/02, que busca endereçar normas que conferem substrato axiológico à autonomia privada, especialmente nos contratos empresariais. Assim, o anteprojeto destaca (i) a presunção de paridade e simetria dos contratos empresariais (Art. 421-C), (ii) a prerrogativa das partes de fixar e dispor a respeito de alocação de riscos e seus critérios (Art. 421-D, III), (iii) a aplicação subsidiária dos princípios que regulam da atividade empresária (Art. 421-F), dentre os quais se incluem a autonomia privada e força obrigatória das convenções (Art. 966-A)[452].

Disso decorre que em contratos nos quais sejam verificadas concretamente situações de vulnerabilidade e desequilíbrio entre os convenentes, a exemplo daqueles regidos pelo Código de Defesa do Consumidor e dos contratos de adesão, é natural se compreender a incidência de um maior controle normativo e judicial do interesse subjacente, de modo a proporcionar uma maior proteção à parte vulnerável nessas relações.

---

[450] TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Lais. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei n. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. *In:* SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 487-510.

[451] BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019). *In:* SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. p. 123-152.

[452] BRASIL. Senado Federal. **Comissões**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/txtmat?codmat=159721. Acesso em: 25 abr. 2024.

Por outro lado, em contratos cujos participantes estejam em condições equivalentes de negociação, notadamente os contratos empresariais, sem que exista elemento concreto que afaste esta constatação, não há, via de regra, razão jurídica que justifique qualquer intervenção judicial no negócio jurídico, devendo prevalecer a autonomia privada entre as partes, sob pena de caracterização de um ilegítimo dirigismo contratual. Neste sentido, em contratos empresariais as regras da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão assumem protagonismo relevante[453].

Como apontamos acima, outro ponto de destaque da alteração trazida pela Lei da Liberdade Econômica diz respeito ao Artigo 421-A, inciso II, no CC/2002, no Título V que regula os temas dos contratos em geral, em que se estipulou que "a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada". O anteprojeto de revisão do CC/02 também disciplinou a prerrogativa das partes de fixar e dispor a respeito de alocação de riscos e seus critérios (Art. 421-D, III).

É inegável que os agentes econômicos empresariais fazem uso de contratos para regular riscos das mais diversas formas. Tais agentes econômicos têm suas atividades governadas por um sistema de gerenciamento de riscos, conforme explorado no Capítulo 2. Nas palavras de Aline de Miranda Valverde Terra o ato de contratar é "por si só, uma situação de risco"[454].

Neste diapasão, numa perspectiva geral, por meio dos contratos, as partes reduzem a complexidade inerente à relação jurídica e operação econômica subjacente, organizando as expectativas e prescrevendo as condutas e/ou situações jurídicas alocadas nas respectivas esferas contratuais de cada parte, trazendo previsibilidade, segurança e estabilidade dentro de um ambiente de inexorável de incerteza[455]. Uma vez verificada a situação regulada pelo

---

[453] Neste sentido, ressaltam Gustavo Tepedino e Lais Cavalcanti: "O campo interempresarial não é apenas paritário, no sentido de que não há flagrante desequilíbrio entre as partes a ser corrigido pela atividade jurisdicional, mas se caracteriza, ainda, pela presença de pessoas jurídicas, que, em situação de equilíbrio econômico e jurídico, negociam direitos e obrigações, de forma puramente patrimonial e até matemática. Desse modo, a aquisição de cada direito corresponde o custo que, de uma forma ou de outra, acaba incorporado ao preço da operação." (TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Lais. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 498-499.

[454] TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 50.

[455] Peter L. Bernstein ao abordar a relação entre contratos e incerteza, defende que contratos não seriam escritos se considerássemos uma economia sem um passado ou futuro, concluindo que os contratos protegem as partes contra consequências indesejadas num cenário de incerteza. É o que se depreende da seguinte passagem: "*In 1971, Keneth Arrow, in association with fellow economist Frank Hahn, pointed up the relationships between money, contracts and uncertainty. Contracts would not be written in money terms if we consider an economy without a past or a future. But the past and the future are to the economy what woof and warp are to a fabric. We make no decision without reference to a past that we understand with some degree of certainty and to a future about which*

contrato, caberá ao intérprete "recorrer ao regime contratual de previsão/distribuição dessas consequências para identificar a quem cabem os ganhos ou prejuízos" [456].

A avaliação sobre os riscos emergentes do contrato e da operação econômica contratualmente regulada orbita perante todo o programa contratual, desde a definição das partes no preâmbulo, percorrendo pela negociação de seu conjunto de cláusulas até as disposições gerais. Aline de Miranda Valverde Terra destaca este ponto, como se extrai da passagem abaixo:

> Entendido como a consequência econômica de um evento incerto, ou a plausibilidade de prejuízo financeiro proveniente de acontecimentos incertos, o risco sempre esteve vinculado ao resultado dos pactos. Ao contratar, as partes ignoram as vicissitudes que podem atingir o contrato e desconhecem se o seu desfecho lhes será favorável ou não. Por isso mesmo, a materialização dos riscos que orbitam o negócio assombra diuturnamente os contratantes, que podem ter seus interesses não satisfeitos por razões alheias à sua conduta.[457]

Trata-se, portanto, de típico expediente de gestão positiva da álea normal dos contratos, em que as partes distribuem os riscos no âmbito do contrato, conforme explica Paula Greco Bandeira:

> No âmbito dos mecanismos de alocação de riscos, como visto, as partes distribuem os riscos econômicos previsíveis a partir das cláusulas contratuais, efetuando a gestão positiva da álea normal. Tal alocação de riscos, identificada a partir da vontade declarada pelos contratantes, define, portanto, o equilíbrio econômico do negócio. Essa equação econômica, que fundamenta o sinalagma ou a correspectividade entre as prestações, há de ser respeitada no decorrer de toda a execução contratual, em observância aos princípios econômico e da obrigatoriedade dos pactos.[458]

A livre negociação sobre riscos, na perspectiva ora trazida, é uma prerrogativa assegurada pela autonomia privada, dentro da liberdade contratual, e que pode ser manejada para a celebração de negócios jurídicos diversos, instrumentos daquela, para regular a sua alocação. E é esta prerrogativa que o Artigo 421-A, inciso II, busca exprimir, de forma que a lógica da distribuição dos riscos acordada entre as partes seja observada. O dispositivo se

---

we have no certain knowledge. Contracts and liquidity protect us from unwelcome consequences even when we are coping with Arrow's clouds of vagueness." (BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods**: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 205).

[456] ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público Privada (PPP)**: risco e incerteza. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 55-56.

[457] TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 50.

[458] BANDEIRA, Paula Greco. **Contratos incompletos**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 174-175.

mostra, pois, como uma regra dirigida preponderantemente ao juiz, que deverá orientar-se pela preservação do arranjo alocacional de riscos definido pelas partes.

Vale destacar que o exercício de alocação dos riscos pressupõe uma análise racional das partes sobre os componentes do risco, notadamente os aspectos relacionados à probabilidade e impacto do evento adverso, e a distribuição das consequências antevistas. A partir desta complexa análise, as partes conseguem reduzir a incerteza, que se converte em risco quantificável, o qual pode ser alocado, gerido, controlado. A decisão sobre o risco dependerá do perfil do sujeito a ele exposto, considerando utilidade depreendida, isto é, da valoração das vantagens *versus* os custos acerca de cada rota decisória. Este exercício alocativo passa a fazer parte da racionalidade econômica do negócio, atraindo também a incidência da regra de interpretação prevista no Art. 113, §1º, V, CC/02, que é expressa ao referenciar a "racionalidade econômica das partes" no contexto dos negócios jurídicos.

Contudo, neste item sobre a liberdade contratual acerca das convenções alocacionais de riscos emergentes da convenção, faz-se importante resgatar alguns conceitos já tratados no Capítulo 2 desta tese sobre os riscos que efetivamente podem ser distribuídos entre as partes convenentes.

Cada modelo contratual típico regulado pela legislação já traz consigo um arranjo de riscos inerentes ao próprio arquétipo contratual, e isso é considerado pelas partes no momento da formação do negócio jurídico. Na compra e venda, por exemplo, prevalece a fórmula geral segundo a qual a coisa perece com o dono (*res perit domino*) nas situações em que se analisa o risco de perda ou deterioração da coisa (impossibilidade superveniente de cumprir a obrigação), por se considerar a relação direta entre a titularidade e o encargo de suportar o risco associado à condição de perda ou deterioração do bem. Neste sentido, o Art. 234 do Código Civil dispõe que "se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos."

Outrossim, havendo perda ou deterioração da coisa, deverá ser analisado se houve a transferência de propriedade da coisa para se identificar qual sujeito de direito que a lei atribuiu o encargo de suportar a perda, compreendida também como um risco. Se não houve a transferência do bem, suportará o devedor o risco de perda ou deterioração, não podendo exigir o pagamento do preço. Por outro lado, tendo a perda ou deterioração se consumado após a transferência do bem, suportará o comprador o risco, podendo o devedor exigir o pagamento do preço.

Logo, no modelo típico do contrato de compra e venda, a distribuição legal do risco da perda associa-se ao fenômeno da transferência de propriedade, que, por sua vez, determina quem deverá suportá-lo, se devedor ou credor[459].

Com efeito, as partes podem se valer dos denominados contratos típicos, em relação aos quais o plano de distribuição de riscos, consubstanciado dos direitos e deveres associados ao referido tipo contratual, já é estabelecido pela norma, cabendo aos partícipes da relação jurídica acolher e/ou modificar, dentro do espaço autorizado pela ordem jurídica, o referido arquétipo *standard* de riscos inerentes ao tipo.

Numa outra abordagem, podem as partes celebrar contratos atípicos, sem uma prévia definição de um plano de distribuição dos riscos, os quais passam a ser concebidos estritamente por elas[460], dentro da criatividade permitida pela autonomia privada. Em ambos os casos, o plano de distribuição dos riscos está sujeito a controle de merecimento de tutela, segundo os cânones principiológicos da lei civil.

Nesta ordem de ideias, é forçoso reiterar que todo o contrato, típico ou atípico, contém os riscos inerentes à própria operação regulada, os denominados riscos ordinários; como também riscos extraordinários, ou, melhor dizendo, incertezas que escapam completamente à sua moldura de álea ordinária, por sua absoluta imprevisibilidade (o que impede sua quantificação – aspecto essencial do risco). Em relação aos eventos inegavelmente extraordinários, que escapam qualquer análise de percepção racional de riscos segundo o binômio probabilidade-impacto, as partes estarão sujeitas, salvo estipulação em contrário, aos institutos legais que os governam, a exemplo da lesão, do caso fortuito e da força maior, da revisão e da resolução por excessiva onerosidade.

Trazendo os conceitos acima para uma situação hipotética, pensemos num contrato de empreitada sob o regime de *EPC Turn Key Lump Sum*, pactuado entre o dono da obra e o

---

[459] "Para o contrato de compra e venda, a transferência do risco da coisa para o comprador significa que, embora a impossibilidade do dever de prestação não seja imputável a nenhuma das partes, o vendedor poderá exigir o preço (contraprestação) e o comprador está obrigado a pagá-lo, ou seja, o dever de prestação do vendedor extingue-se, mas o do comprador subsiste." (MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 40).

[460] Assim esclarece Judith Martins-Costa: "Nos contratos atípicos ou naqueles que, embora socialmente tipicizados, não encontram nos usos o respaldo firme de uma disciplina, maior atenção será exigida do intérprete. Nos modelos atípicos podem as partes programar com liberdade inocorrente nos contratos típicos o 'programa de riscos'. (MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 49.

construtor (também denominado de "Epecista")[461]. Ao construtor cabe a entrega do empreendimento em operação comercial pelo preço global ajustado, assumindo todos os riscos associados à construção do empreendimento, ao passo que ao dono da obra se exige o pagamento da remuneração, além de outros expedientes (liberação das áreas, obtenção das licenças etc.)[462]. Entende-se, neste regime contratual, o Epecista se converte num ponto focal de responsabilidade pela conclusão do empreendimento (*single point responsability*), assumindo os riscos associados[463].

Para assumir os riscos de construção e entrega do empreendimento em operação, observada a matriz de risco definida entre as partes, o Epecista realiza, previamente à contratação, análises de probabilidade e impacto dos mais diversos eventos possíveis que podem acometer a execução do empreendimento, considerando informações e evidências disponíveis, muitas delas oferecidas pelo dono da obra, para dimensionar o risco e refleti-lo no preço a ser ofertado ao dono da obra para execução do escopo contratual proposto. Dados como variações históricas dos preços dos insumos, pluviometria, greves, sondagens de solo etc, além de experiências de outros projetos semelhantes, fazem com que o Epecista possa dimensionar o conjunto de incertezas, por meio de análises probabilísticas e de impacto, convertendo-as em riscos tangíveis, que passam a ser objetivamente dimensionados, contingenciados e integrados ao preço da empreitada.

Do mesmo modo, em contratos de venda de sociedades, é comum o acordo por meio do qual se estipule que os passivos e contingências verificados até a data do fechamento sejam assumidos pelo vendedor, que deverá indenizar o comprador, caso se materializem após a data do fechamento; ao passo que as contingências verificadas após o referido marco temporal,

---

461 Sobre os contratos EPC, Leonardo Toledo da Silva assim explica: "A perspectiva de escopo pode ser inferida pela própria sigla EPC (do inglês, *engineering*, *procurement* and *construction*), que se refere à atribuição em um único agente de toda a responsabilidade pelo escopo de implantação do empreendimento, desde a fase de engenharia e suprimento até a total construção, montagem (quando for o caso) e o início de operação do empreendimento, em conformidade com os requisitos técnicos de qualidade, segurança e desempenho estabelecidos pelo dono da obra. Evita-se, dessa forma, que, falhas de uma fase de implantação, especialmente a fase de engenharia, impactem o custo e o cronograma de implantação das fases seguintes, as quais são a ela, engenharia, intrinsecamente vinculadas." (TOLEDO DA SILVA, Leonardo. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. *In:* TOLEDO DA SILVA, Leonardo (Coord.). **Direito e infraestrutura**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 24).

462 AZEVEDO, Ciro Rangel. Notas sobre Contratos EPC. **Âmbito Jurídico**, [*s. l.*], v. 198, 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/notas-sobre-contratos-epc/. Acesso em: 20 set. 2023.

463 TOLEDO DA SILVA, Leonardo. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. *In:* TOLEDO DA SILVA, Leonardo (Coord). **Direito e infraestrutura**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 24. O autor reforça essa alocação de riscos ao Epecista ao afirmar que "por conta dessa alocação de diversos riscos a um único agente agregador, menciona-se que o modelo EPC distingue-se em função do chamado *single point responsability* ('ponto único de responsabilidade'). O *single point responsability* é o aspecto que, mais que qualquer outro, diferencia essa modalidade de contratação em comparação a outra utilizada para implantação de empreendimentos complexos."

devem ser suportados pelo comprador, sem ônus ao vendedor. As contingências conhecidas podem ser deduzidas do preço final da transação, de forma que, posteriormente, se materializadas, não serão indenizáveis, sob pena de se indenizar algo que já foi previamente absorvido no preço.

Nessas operações, as partes podem, ainda, acordar o modelo conhecido como "Porteira Fechada", em que as partes acordam que o vendedor não indenizará o credor por perdas, passivos e contingências anteriores ao fechamento, estipulação essa que serve de base para a obtenção de desconto no preço da transação, já que o comprador renunciou o direito a potenciais indenizações emergentes desse período, assumindo o risco correspondente[464].

Os arranjos de indenização em tais operações consubstanciam "[...] autêntico mecanismo de alocação de riscos entre as partes, com propósito de viabilizar e otimizar o valor da operação, bem como incentivar comportamentos saudáveis das partes no tratamento de contingências e prejuízos".[465] Por esta razão, são adequadamente precificados e integram a racionalidade econômica do negócio.

É possível afirmar, pois, que com o advento da Lei de Liberdade Econômica, que promoveu alterações no CC/02, de modo a incluir o Art. 421-A, inciso II, do CC/02, a alocação de riscos definida pelas partes passou a ter previsão expressa, reforçando a autonomia negocial conferida aos agentes econômicos empresariais. Disso resulta que, no âmbito dos contratos empresariais a autonomia privada na gestão positiva dos riscos emergentes do contrato deverá ser preservada, incidindo, ainda, os preceitos da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão, sob pena de descaracterização do arranjo de alocação de riscos que a norma buscou proteger.

A autonomia privada sobre alocação de riscos faz despertar reflexão e análise crítica se os requisitos de validade da cláusula de não indenizar como tradicionalmente atribuídos pela doutrina clássica estão aderentes a este valor, expressamente contemplado na Lei de Liberdade Econômica. Com efeito, quando as partes, agentes econômicos empresariais, se engajam em

---

464 "A operação com porteira fechada, em geral, implica em uma dedução do valor global que seria pago pelo comprador pelo ativo adquirido considerando as contingências (materializadas ou não, já exigíveis ou não) mapeadas durante o processo de diligência (legal, trabalhista, tributária, contábil, financeira e/ou técnica), resultando em um preço de aquisição inferior ao que seria pago caso tais contingências não existissem. Nesse tipo de contratação, o vendedor não se comprometeria a indenizar contingências relativas ao período em que foi responsável pela empresa alienada". (RIBEIRO, João Ricardo de Azevedo; MACIEL, Cristina Rangel. Indenização por perdas pós-fechamento e contratos de compra e venda de participação societária. **Revista de Direito Societário e M&A**, São Paulo, v. 2, p. 2, jul./dez. 2022.

465 PERLMAN, Marcelo; PEREIRA, Rafael Stoguti J. A cláusula de indenização nos contratos de M&A como mecanismo de alocação de riscos. **Migalhas de Peso**, [*s. l.*], 21 ago. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/332311/a-clausula-de-indenizacao-nos-contratos-de-m-a-como-mecanismo-de-alocacao-de-riscos. Acesso em: 30 set. 2023.

negociação para a celebração de um contrato empresarial, elas performam análises prospectivas sobre possíveis ocorrências e perturbações que podem ocorrer ao longo da execução do contrato, fazendo um juízo de valor acerca da probabilidade e impacto de cada um desses eventos mapeados. Sendo um evento de alta probabilidade e impacto, a tendência é que a parte mais afetada busque mecanismos contratuais para mitigá-lo, sob pena de estar sujeita às severas consequências antevistas. Por outro lado, constatando-se que se trata de um risco de baixa probabilidade e/ou imaterial, a parte poderá simplesmente absorvê-lo, sem grandes reflexos no clausulado contratual.

E é isso que ocorre quando da estipulação da cláusula de não indenizar em tais contratos. Ou seja, o devedor, compreendendo que imputações de inadimplemento podem ser dirigidas a ele no curso do programa contratual com razoável frequência (probabilidade) e que tais imputações podem gerar efeitos indenizatórios severos (impacto), insta o credor a pactuar uma cláusula de não indenizar, podendo haver o interesse de abranger as hipóteses de alegações de prática de dolo (em sua vertente de descumprimento deliberado), culpa grave, inadimplemento de obrigação essencial do contrato e danos extrapatrimoniais emergentes do inadimplemento (eventos compreendidos como incertezas passíveis de conversão em risco objetivamente quantificável). O credor, em contrapartida à renúncia total ou parcial do crédito indenizatório, exige um desconto no preço ou, por exemplo, um direito de preferência para ter a prioridade em participação de outros projetos liderados pelo devedor. O credor, ainda, confia em outros instrumentos de tutela do crédito, como a execução forçada do contrato e a contratação, pelo devedor, de um seguro de responsabilidade civil, tendo o credor como beneficiário. Uma estipulação como essa, pactuada por sociedades empresárias assessoradas por escritórios de advocacia, conscientes dos riscos envolvidos, deve ser reputada como nula? Não nos parece que seja o caso e vamos apresentar ao longo deste trabalho as razões que motivam a revisão de tais requisitos.

Neste contexto, tendo por base a autonomia privada, cujo valor axiológico se mostra ainda mais denso nos contratos empresariais, especialmente quando se compreende o exercício alocativo de riscos, esta tese busca demonstrar que os requisitos de validade da cláusula de não indenizar tradicionalmente propostos pela doutrina especializada tradicional merecem a revisão aqui proposta.

3.4 Risco e Interesse Jurídico nos Negócios Jurídicos

O Direito privado brasileiro regula o fenômeno do risco de maneira abrangente. O Código Civil de 2002 faz uso do vocábulo "risco" em diversas ocasiões, aplicando-se para diferentes situações jurídicas, abrangendo as patrimoniais e extrapatrimoniais. No Capítulo II, sobre os Direitos da Personalidade, por exemplo, dispõe em seu Art. 15[466] que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Já no Título II, Capítulo I, relativo às Pessoas Jurídicas, regula o Art. 49-A, acerca da segregação de riscos proporcionada pela constituição da pessoa jurídica. Por fim, no Título IX, Capítulo I, que traz o regime da responsabilidade civil e consequente dever de indenizar, o Art. 927, parágrafo único, erige o risco como causa de atribuição ou imputação da responsabilidade objetiva[467]. Há diversas outras referências, como lembra a doutrina[468].

Interessa a este trabalho, todavia, delimitar a questão relativa ao tratamento do risco no âmbito dos negócios jurídicos paritários estabelecidos por agentes econômicos por meio de contratos empresariais, com destaque ao risco consubstanciado no inadimplemento e nas perdas e danos. Isto porque, em tais casos, as partes contratantes se lançam ao expediente de negociação e celebração de tais contratos tendo como premissa o balanço de riscos que a avença irá proporcionar, seja pela simples seleção do arquétipo contratual previsto nos contratos típicos, que já é produtor de um conjunto inerente de riscos; seja também pela regulação convencional de um novo arranjo de riscos, especialmente por meio dos negócios atípicos[469]. Risco, então, passa a ter uma dimensão de interesse jurídico e econômico que pode ser objeto de negócio jurídico, como veremos mais adiante.

---

466 "Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica."

467 FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45-58; MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 37.

468 "O Código Civil reproduz o termo "risco" cinquenta e quatro vezes. Nem sempre o risco está atrelado a questões patrimoniais. A esse exemplo, o Código refere-se a riscos relacionados à vida (arts. 15, 1.540, 1.542, §2º), à saúde (Art. 1.557, III) e à segurança (arts. 1.287, 1.305, parágrafo único, 1.306, 1.346, 1.936). Em razão de sua polissemia, o risco possui diversas funcionalidades no Código Civil. Na responsabilidade civil, o risco é associado à ocorrência de um perigo ou sinistro causador de dano ou de prejuízo, suscetível de acarretar reparação. Nesse sentido, a noção de risco da atividade empregada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil". (GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 28-39).

469 Em sentido semelhante, Alexandre Junqueira Gomide afirma: "Isso porque quando as partes firmam contratos, fazem-no pensando nos benefícios que a contratação pode resultar, o que nem sempre acontece. Em alguns casos, quando esse risco é calculado e o contratante reconhece a possibilidade de o evento negativo tornar economicamente desinteressante a avença, costumamos dizer que 'o contratante assumiu tal risco'". (GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 41).

Já se destacou que a autonomia privada abrange a prerrogativa conferida aos particulares para autorregulamentação de seus interesses privados por meio de negócios jurídicos. Agora pretendemos nos debruçar sobre a relação entre a noção de risco e interesse jurídico no âmbito dos negócios jurídicos, instrumentos de concretização da autonomia privada.

Numa primeira dimensão, o conceito de interesse está associado ao instituto dos bens, dada a ideia subjacente de que estes se identificam como instrumentos de satisfação das necessidades humanas. Giovanni Ettore Nanni explica a relação de interesses e bens da seguinte forma:

> O conceito de interesse é ligado ao de bem, que lhe é pressuposto, o qual é facilmente determinado, considerando que se identifica como tudo que se pode satisfazer uma necessidade. Necessidade, por sua vez, é uma exigência proveniente da carência de qualquer coisa. E, para realizá-la, se postula um bem. Naturalmente, a utilidade própria do bem constitui uma utilidade humana, enquanto o bem seja idôneo a solver o desejo humano.[470]

Contudo, a noção de interesse, ao contrário do aspecto tangível dos bens, pressupõe uma valoração do indivíduo sobre o objeto de direito, a qual pode ter conotações de ordem econômica, social ou até mesmo ideal, tudo a depender da percepção de valor que o sujeito tem sobre o objeto[471]. Assim, segundo Emilio Betti, os interesses "são valorados sempre em referência aos sujeitos, e tendo em atenção a sua específica aptidão para satisfazer necessidades da vida de relação"[472].

Neste diapasão, a noção de interesse está associada à percepção individual de valor atribuída pelo particular a determinado objeto de direito. É com base em tal valoração que os sujeitos de direito realizam as mais diversas operações econômicas destinadas a satisfação das necessidades da vida econômica e social.

Como aduzimos no Capítulo 2, a compreensão sobre risco, por sua vez, está diretamente associada a aferição de probabilidade e impacto de ocorrência de eventos adversos, exame este que decorre de crenças e julgamentos individuais acerca das informações, dados e evidências de casos análogos já verificados e que, por inferência, sugerem que podem ocorrer

---

[470] NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 236-237.

[471] *Idem, ibidem*, p 237. O autor destaca que "Bens são coisas do mundo externo, corpóreas ou incorpóreas, e são ainda qualidades internas das pessoas, de natureza biológica, espiritual ou afetiva. Interesse é a relação que liga uma pessoa aos bens, a qual pode estar ligada a objetivos econômicos (isto é, patrimoniais), mas pode também ser de natureza ideal; num caso ou no outro, é preciso que o interesse seja considerado legítimo. O dano é o prejuízo gerado num bem, isto é, numa coisa, ou no corpo ou alma de uma pessoa."

[472] BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 160.

novamente. Como decorrência das técnicas de probabilidade e impacto, o risco passa a ser uma unidade de medida objetivamente quantificável.

Abordamos, ainda, que o risco pode ser tratado pelos agentes por ele impactados de diversas maneiras, desde a sua completa absorção até a adoção de medidas de mitigação e eliminação. A escolha que o agente fará sobre o risco dependerá do seu perfil de risco dentro da lógica de tomada de decisão, considerada também a utilidade esperada, isto é, do valor por ele atribuído acerca das vantagens e desvantagens associadas aos possíveis resultados antevistos no bojo da análise de risco.

Também aduzimos brevemente o processo por meio do qual o risco, após ser identificado e dimensionado, pode ser alocado em um ou mais sujeitos, segundo critérios e ordem de grandeza por eles definidos, resultando na distribuição ou segregação das vantagens e perdas potencialmente decorrentes da materialização do risco predeterminado.

Neste sentido, podemos dizer que risco e interesse partilham da mesma essência – a percepção subjetiva, ou valoração individual, depositada pelos agentes particulares sobre o fenômeno em análise.

Dentro desta lógica, os negócios jurídicos servem como mecanismos lícitos de tratamento do risco, permitindo aos indivíduos a celebração de contratos típicos e atípicos, bem como ajustar cláusulas contratuais que busquem refletir seus interesses acerca dos riscos mapeados. E fazem isso dentro da órbita da autonomia privada[473], que compreende a autonomia negocial ou contratual[474].

Eros Roberto Grau explica a relação entre negócios jurídicos e regulação de risco, *in verbis*:

> Os contratos, ao projetarem efeitos para o futuro, implicam certo 'congelamento' de interesses. As partes, no momento da vinculação, acomodam suas pretensões, calculando os desdobramentos futuros das

[473] Sobre a autonomia privada, Emilio Betti assim se posiciona: "Necessidade e justificação do reconhecimento jurídico, é, em regra, como se disse (§2), a identidade entre o sujeito do negócio e o sujeito do interesse regulado pelo negócio: identidade na qual se exprime a própria essência da autonomia privada. Na verdade, se o negócio serve para imprimir a determinados interesses privados uma base vinculativa, é normal que o poder de cria-los pertença ao indivíduo, na medida em que se trate de interesses próprios. Só a respeito de interesses próprios pode, normalmente, ter valor preceptivo a disposição do particular" (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 160).

[474] Jorge Morais Carvalho explica a relação entre os conceitos de autonomia privada, autonomia contratual e Liberdade contratual ao dispor que "as expressões autonomia contratual e liberdade contratual traduzem apenas uma das manifestações da autonomia privada, talvez a principal, conferindo às pessoas a possibilidade de celebração dos contratos que entenderem e a sua livre conformação. Trata-se ainda de manifestações de um conceito mais geral, o d autonomia Negocial (ou Liberdade Negocial), que permite a celebração de negócios jurídicos em geral, abrangendo quer os negócios jurídicos unilaterais que os contratos." (CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 16-17).

> obrigações assumidas. Esse cálculo, obviamente, leva em conta vários cenários fáticos, eventos futuros e razoáveis do contexto existente quando da contratação. Enfim: todo negócio implica risco, cada contrato tem o seu 'risco típico'; o risco é inerente [=caracteriza] à atividade empresarial. Ao contratar, as partes estão obrigadas a considerar esse risco, sob pena de serem impelidas ao prejuízo. Essa projeção, esse cálculo sobre o futuro, baseia-se em um estado mais ou menos normal de coisas; a parte que desconsidera o risco normal do negócio é sancionada no próprio jogo do mercado. O agente econômico que despreza o risco, 'errando' a sua jogada ou previsão, sofre perdas econômicas. Igualmente, a parte pode frustrar-se porque o cenário futuro que concebeu no momento da contratação não se verificou. Tudo isso faz parte da dinâmica do mercado.[475]

Neste contexto, considerando esses diversos aspectos relacionados à ideia de risco, podemos depreender que os sujeitos de direito enxergam este fenômeno como um interesse jurídico e econômico que pode ser regulado para atendimento de suas necessidades. Ilustrativamente, quando um particular contrata um seguro para veículo automotor de sua propriedade, há o "interesse" de mitigar o risco da perda do bem em razão de um potencial sinistro. A mitigação se dá com a garantia do pagamento de uma indenização substitutiva a ser paga pelo segurador. Trata-se, nesta medida, de um interesse sobre um risco concreto por ele valorado.

Enzo Roppo afirma que o contrato, enquanto instrumento de concretização de negócios jurídicos, pressupõe uma operação econômica que lhe confere razão de existir, e que é revestida da patrimonialidade. O risco, enquanto produto tangível resultante do binômio probabilidade-impacto, consubstancia parte integrante da operação econômica, ou seja, um interesse que o contrato deve regular[476]. E mais do que isso: risco é um direito patrimonial disponível que faz parte do patrimônio do sujeito de direito.

Com efeito, os agentes econômicos podem ter sobre o risco (depreendido da análise de probabilidade e impacto), uma valoração individual que lhes desperta o interesse de seu regramento, em busca da utilidade esperada no contexto da tomada de decisão. A regulação

---

[475] GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. **Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração, teoria da imprevisão e fato do príncipe, o Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112-113.

[476] "Muito simplesmente, pode dizer-se que existe operação económica – e portanto possível matéria de contrato – onde existe circulação da riqueza, actual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (naturalmente, falando de 'riqueza' não nos referimos so ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as «utilidades» susceptíveis de avaliação económica, ainda que não sejam «coisas» em sentido próprio: nestes termos, até a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém, representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria como adianta melhor se verá)." (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Almedina: Coimbra, 2009, p. 13).

negocial do risco, por sua vez, encontra-se acobertada pela autonomia privada, princípio contratual garantido pelos Arts. 421[477], 421-A, inciso II [478], e 425[479] do CC/2002.

O exemplo mais marcante que ilustra o risco como um interesse a ser regulado por negócios jurídicos é o já mencionado contrato de seguro. Neste sentido, o Art. 757 do CC/2002 expressamente erige o risco como interesse objeto de negócio jurídico ao dispor que "o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados". Na operação securitária, pois, o risco é o objeto do contrato, e o seu contratante enxerga sobre a "garantia" proporcionada pelo seguro como a utilidade que ele espera com a operação econômica.

O risco também pode ser apenas um aspecto inerente ao negócio e operação econômica regulada, considerando as características do respectivo negócio jurídico e das estipulações livremente acordadas pelas partes. Por exemplo, ao celebrar um contrato de compra e venda, o comprador se obriga ao pagamento do preço, ao passo que o vendedor se obriga a consumar a transferência do bem. Os riscos estão presentes nesta operação, na medida em que o vendedor, ao se obrigar a transferir o bem, assume o risco de perda da coisa até a tradição (Art. 237[480], CC/2002; Art. 492[481], CC/2002).

Diversos outros institutos do CC/2002 podem ser regulados tendo em vista o interesse dos agentes privados sobre os mais variados riscos, a exemplo da solidariedade passiva convencional prevista no Art. 265[482] do CC/2002, em que os devedores solidários assumem reciprocamente os riscos de satisfação integral da dívida; da evicção, cujo risco de perda da coisa pode ser reforçado, diminuído ou excluído por acordo entre as partes[483].

Em adição às diversas disposições legais que indicam o interesse dos particulares no regramento do risco, o Art. 421-A, inciso II, introduzido pela Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) deixou claro que "a alocação de riscos definida pelas partes deve ser

---

[477] "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual."

[478] "Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: […]; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; [...]."

[479] "Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código."

[480] "Art. 237. Até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação."

[481] "Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador."

[482] "Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes."

[483] "Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção."

respeitada e observada". Tal dispositivo, indubitavelmente, materializa o regramento normativo que confere ao risco o *status* de interesse que pode ser livremente objeto de relações jurídicas, podendo ser distribuído segundo a racionalidade econômica das partes (Art. 113, § 1º, V). O anteprojeto de revisão do CC/02 também caminha na mesma direção ao regular a prerrogativa das partes de fixar e dispor a respeito de alocação de riscos e seus critérios (Art. 421-D, III).

O referido dispositivo foi inserido por meio da Lei de Liberdade Econômica que também modificou outros dispositivos do CC/2002, com o objetivo de dar concretude normativa ao princípio da autonomia privada, preservando o autorregramento de interesses privados, especialmente nos contratos empresariais.

Como se depreende do supratranscrito Art. 421-A, inciso II, os riscos são tratados como um aspecto sob o domínio das partes, ou seja, que pode ser livremente alocado na esfera jurídica dos agentes contratantes, segundo seu juízo e conveniência. A expressão "definida pelas partes" constante do dispositivo é clara neste aspecto.

Do ponto de vista jurídico-dogmático, é impossível relacionar todas as situações de risco que podem ser objeto de regramento pelas partes. Isto porque, o risco, enquanto fenômeno fático, se manifesta sob diferentes formas e tem impactos diferentes para cada indivíduo.

O que importa observar é que os agentes econômicos podem ter interesses legítimos no regramento de riscos, podendo fazer uso dos negócios jurídicos, sem que exista obstrução da ordem jurídica para esta finalidade. É o que ocorre também com a cláusula de não indenizar e suas diversas modalidades com relação ao risco do inadimplemento, mas especificamente do seu efeito de deflagração da obrigação de indenização por perdas e danos. Este trabalho tem seções específicas para demonstrar como o inadimplemento e a indenização dele resultante são compreendidos como riscos contratuais passíveis de regulação privada.

Outra dimensão do conceito de interesse diz respeito ao controle de valor que o intérprete deve realizar para aferir se determinado ato jurídico, gênero do qual os negócios jurídicos são espécie, é merecedor de tutela jurídica. Aqui não estamos mais falando da noção de interesse ligada ao instituto dos bens como já explorado, mas do interesse que, aferido axiologicamente, é certificado como aderente aos valores e princípios tutelados pelo ordenamento jurídico. Trata-se do interesse jurídico merecedor de tutela jurídica. Pietro Perlingieri assim explica o referido instituto:

> Não basta que o ato seja lícito, mas é necessário que ele, mesmo quando típico, seja merecedor de tutela naquele contexto particular (em consideração daqueles sujeitos, daquele momento, daquela cláusula acrescida, etc.). As particularidades e, portanto, as diversidades podem ter incidido sobre a função

> e o interesse contratual, de modo a tornar indispensável o controle de valor por parte do juiz.
> [...]
> O ato negocial é válido não tanto porque desejado, mas se, e apenas se, destinado a realizar, segundo um ordenamento fundado no personalismo e no solidarismo, um interesse merecedor de tutela. De modo que a alternativa, reduzir o controle à falta de ilicitude, ou então, estendê-lo ao merecimento de tutela o conteúdo do contrato, típico ou atípico que seja, se revela fruto de uma polêmica de caráter metodológico e, ao mesmo tempo, axiológico.[484]

O interesse jurídico merecedor de tutela consiste, portanto, no controle de valor axiológico a ser realizado pelo intérprete de modo que possa avaliar se determinado ato jurídico é aderente aos valores e princípios que formam o ordenamento jurídico. Isso quer dizer que quando os particulares se lançam no expediente de regular determinados riscos, devem conduzir o processo de maneira a satisfazer interesses que sejam legítimos e em conformidade com os princípios e normas constitucionais.

Os exemplos trazidos neste item demonstram claramente que os agentes econômicos empresariais, quando se projetam na tarefa de regular riscos, o fazem em busca de satisfação de interesses inegavelmente merecedores de tutela jurídica, já que resguardados por princípios e valores salvaguardados pelo ordenamento, notadamente a liberdade contratual e a boa-fé objetiva.

E como o tema dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar se insere nesta digressão a respeito do risco e interesse jurídico? Explica-se. A cláusula de não indenizar consiste na disposição segundo a qual as partes estabelecem a exoneração ou a limitação da indenização decorrente de eventual inadimplemento contratual. Desta forma, buscam a estipulação contratual para regular de forma legítima um risco específico, que é a indenização pela inexecução do contrato. É absolutamente compreensível entender, segundo a primeira dimensão, que há interesse das partes em regular este risco. Para o devedor, no sentido de conter os efeitos da indenização caso o incumprimento seja a ele imputado. Para o credor, o interesse pode residir em alguma utilidade objetivamente valorada, como um eventual desconto no preço, em contrapartida à concessão relacionada à não fruição integral da indenização a que teria direito. Como empresários que são orientados pela persecução do lucro e atuam no melhor interesse de suas organizações empresariais, presume-se que a operação é vantajosa para a geração e captura de algum valor.

---

[484] PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 370-371.

Do mesmo modo, em linha com a outra dimensão proposta neste trabalho, entendemos que o regramento do risco por agentes econômicos empresariais relacionado a eventual inadimplemento contratual representa um interesse jurídico merecedor de tutela, pois é aderente aos valores e princípios constitucionais e infralegais, notadamente a livre iniciativa (Art. 1º, IV c/c 170, *caput* e parágrafo único, CF/1988), a autonomia privada (Art. 421-A, inciso II, CC/2002) e a boa-fé objetiva (Art. 3º, I, CF/1988 c/c Arts. 113, *caput*, e inciso III, 421 e 421-A e ss, todos do CC/02).

Sendo o risco um interesse jurídico e econômico merecedor de tutela, esta constatação tem o condão servir de fundamento para reforçar a tese aqui proposta de revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar como proposto pela doutrina tradicional. A inoponibilidade da estipulação para as hipóteses envolvendo obrigações ditas essenciais e/ou para os casos de dolo ou culpa grave do devedor, por exemplo, são requisitos que merecem revisão a partir desta compreensão do risco enquanto fenômeno fático-social e, mais do que isso, como interesse jurídico e econômico passível de livre regulação pelas partes contratantes, especialmente nos contratos empresariais.

No item a seguir, demonstrar-se-á como o risco integra a causa de determinados negócios jurídicos, reforçando o conceito segundo o qual o risco materializa um interesse jurídico e econômico merecedor de tutela que pode e dever ser objeto de negócios jurídicos. Conhecer esse universo, ainda que delimitado, de institutos que têm o risco em sua essência, será fundamental para atingir o objetivo geral deste trabalho, que consiste na revisão dos requisitos de validade atribuídos pela doutrina tradicional à cláusula de não indenizar em contratos empresariais a partir da noção fenomenológica de risco.

3.5 Risco e Causa nos Negócios Jurídicos

Nos itens anteriores, destacamos a questão do risco enquanto interesse jurídico e econômico merecedor de tutela jurídica e que pode ser objeto de negócios jurídicos, bem como a possibilidade de sua livre regulação como prerrogativa assegurada pela autonomia privada dos participantes da relação jurídica contratual, o que foi reforçado pela nova disposição contida no Art. 421-A, inciso II, do CC/02, com redação atribuída pela Lei de Liberdade Econômica.

Além de tais perspectivas, é de se notar também que o risco integra a noção de causa dos negócios jurídicos.

Certamente um dos temas mais desafiadores na teoria geral dos negócios jurídicos é àquele atinente ao papel da causa. O instituto divide os entendimentos da doutrina, havendo

àqueles adeptos à teoria subjetiva e àqueles que adotam a teoria objetiva, que atribui à causa a definição de função econômico-social do negócio jurídico[485].

A causa somente tem relevância jurídica nos negócios jurídicos denominados causais, que são os negócios em que a causa exerce papel de justificação e objetivo do negócio jurídico. Por outro lado, nos negócios jurídicos abstratos, os quais são caracterizados pela preponderância da forma, e não pelo conteúdo, a causa é elemento indiferente[486].

Não é objetivo deste trabalho examinar as diversas vertentes doutrinárias acerca da causa, análise esta já realizada por trabalhos renomados aos quais nos reportamos[487]. O propósito deste item consiste em demonstrar, especificamente, em que medida o risco, fenômeno sobre o qual discorremos no Capítulo 2, integra a noção de causa de determinados negócios jurídicos causais, gênero do qual a cláusula de não indenizar é espécie. Uma vez fixado este conceito, depreender-se-á que os requisitos de validade da cláusula de não indenizar, quando confrontados com a noção de risco, enquanto produto tangível da análise de probabilidade e impacto, que se faz presente na causa deste negócio jurídico, merecem a revisão proposta neste trabalho.

Segundo Judith Martins-Costa, "a causa, função econômico-social do contrato, é o resultado jurídico objetivo que os contratantes visam a obter quando o estipulam"[488]. Nas palavras de Emilio Betti, a causa do negócio é "a função econômico-social que caracteriza o tipo desse negócio como facto de autonomia privada (típica, neste sentido), e lhe determina o conteúdo mínimo necessário"[489]. Massimo C. Bianca, por sua vez, aponta que a causa consiste na razão concreta do contrato, permitindo saber a função prática que as partes efetivamente atribuíram ao seu acordo[490].

---

[485] Antonio Junqueira de Azevedo assim explica: "Há dois significados da palavra 'causa' que estão hoje suficientemente esclarecidos e podem ser afastados sumariamente, nessa altura de exposição, por sua pouca pertinência ao que ora nos interessa; são eles o de causa-motivo (como na expressão 'causa ilícita', que somente pode ser entendida como o 'motivo determinante ilícito', conforme já vimos) e o de causa-fato jurídico (*causa efficiens*), como, por exemplo, na expressão *causa obligationis*, em que a palavra 'causa' equivale ao fato jurídico que dá origem à obrigação. Esses são facilmente inteligíveis e dispensam maiores comentários. Predomina, atualmente, na verdade, o que se chama de sentido objetivo da causa, isto é, um terceiro sentido da palavra, pelo qual se vê, na causa, a função prático-social ou econômico-social do negócio." (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 153).

[486] *Idem, ibidem*, p. 140-141.

[487] MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 45, p. 213-244, 1989; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[488] MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 234.

[489] BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 352.

[490] BIANCA, C. Massimo. ***Diritto civile: il contratto***. Milano: Giuffrè, 1998, v. 3, p. 425.

A causa não se confunde com os motivos do negócio jurídico[491], estes atinentes à esfera subjetiva do indivíduo e, portanto, irrelevantes para análise da validade do negócio jurídico, salvo quando expressos como razão determinante, nos termos do Art. 140[492] do CC/02.

Segundo a perspectiva dominante, a noção de causa se depreende de uma percepção objetiva, em que se analisa uma justificação que atribua àquele interesse regulado uma necessidade prática legítima, reconhecida como um interesse digno de tutela. Sobre este ponto, trazemos a referência à obra de Emilio Betti:

> No significado mais recente, para o qual o direito justinianeu serve de ponte, e que encontra adequado desenvolvimento no direito comum e no ambiente social moderno, as causas de negócios são típicas no sentido de que, embora não sendo taxativamente indicadas pela lei, devem, porém, no geral, ser admitidas pela consciência social, como correspondendo a uma necessidade prática legítima, a um interesse social duradouro, e, como tais, são considerados dignas de tutela jurídica.
> [...]
> Então, para o lugar da rígida tipicidade legislativa, baseada num número limitado de denominações, entra uma outra tipicidade, que desempenha também sempre a função de limitar e orientar a autonomia privada, mas que, em comparação com aquela, é muito mais elástica na configuração dos tipos, e, na medida em que se realiza, remetendo para as valorações económicas ou éticas da consciência social, poderia chamar-se-lhes tipicidade social.[493]

Para Antônio Junqueira de Azevedo, a causa, enquanto função econômico-social do negócio jurídico, pode se verificar enquanto fato lógico anterior ao negócio e que o justifica, assumindo a feição de causa pressuposta; como também uma causa final, isto é, quando se refere a um fato futuro a qual tende. A depender da configuração da causa como pressuposta ou final, a sua influência será diversa num e noutro caso[494].

---

491 "a causa, enquanto razão e função econômico-social do negócio jurídico, não se confunde com o escopo individual, o impulso que induz o sujeito ao negócio, isto é, com o motivo" (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito civil**: parte geral do Código civil e direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 199. v. 1).

492 "Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante."

493 BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 372-374.

494 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 147. "Continuando no exame do elemento categorical inderrogável objetivo, próprio de todos os negócios causais, quer-nos parecer que ele pode ser típico, ora por se referir a um fato logicamente anterior (ainda que cronologicamente não o seja) ao próprio negócio e que o justifica (causa pressuposta), ora por se referir a um fato futuro ao qual tende (causa final). Se a *summa divisio* dos elementos categoriais inderrogáveis era, pois, em formais, dando origem a negócios abstratos, e objetivas, dando origem a negócios causais, estes últimos elementos, conforme consistam ou em uma referência a fatos anteriores, que justificam o negócio, ou em uma referência a fatos futuros, que são fins a atingir pelo negócio, podem subdividir-se em elementos objetivos com causa pressuposta e elementos objetivos com causa final. A influência da causa será diversa num e noutro caso, como veremos nos dois títulos seguintes".

Ora, o risco, enquanto fenômeno fático presente nas relações humanas depreendido de análise de probabilidade e impacto, consiste num aspecto exógeno que representa a justificação para a celebração de determinados negócios jurídicos que têm o risco como seu pressuposto. Com efeito, o risco passa a representar o núcleo essencial do negócio[495].

Alexandre Junqueira Gomide explica que "o risco contratual é elemento essencial na relação jurídica, de modo que a alocação dos riscos construída pelas partes insere-se na causa concreta do contrato ou na racionalidade desejada pelos contratantes."[496]

Vejamos o exemplo do contrato de seguro. O segurado apenas contrata o segurador em razão de interesse jurídico, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados, nos exatos termos do Art. 757[497] do CC/02. Aliás, neste contrato típico, uma vez desaparecido o risco, o contrato de seguro perde a sua eficácia jurídica. Tanto isso é verdade que o Art. 773[498] estipula o segurador deverá pagar em dobro o prêmio pago pelo segurado se expede a apólice sabendo "estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir". E a razão é evidente: uma vez inexistente o risco, desaparece a causa justificadora para o contrato de seguro e pelo pagamento da remuneração correspondente. Vários outros institutos e contratos típicos previstos no CC/02 encontram no risco a sua justificação.

De maneira semelhante opera a cláusula de não indenizar. Isso porque, as partes, ao estipularem este negócio jurídico, estão cientes da existência de risco potencial de indenização por inadimplemento, e negociam a sua distribuição nos termos da avença, seja para limitar ou excluir o montante indenizatório. Tal risco, portanto, é a causa justificadora da pactuação da cláusula de não indenizar.

A compreensão do fenômeno do risco como componente da causa da cláusula de não indenizar será fundamental para entender a revisão de seus requisitos de validade, conforme objetivo geral deste trabalho. Isto porque, a partir do momento em que se estabelece que a cláusula de não indenizar tem como núcleo essencial o risco do inadimplemento, o operador do direito terá aptidão de compreender o arranjo distributivo desse risco que está nela contido, em que o credor, agente econômico empresarial plenamente consciente de sua declaração negocial, passa a suportar o risco de não ser indenizado total ou parcialmente, muito provavelmente

---

[495] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 466-470.

[496] GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 21.

[497] "Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados."

[498] "Art. 773. O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado."

porque busca auferir algum benefício compreendido como de maior utilidade em comparação ao risco de não ser indenizado em sua plenitude, numa típica análise de risco-retorno própria do ambiente de mercado empresarial em que tais contratos são usualmente estabelecidos. E esta cláusula poderá abranger as hipóteses que são tidas como vedadas em razão da definição, pela doutrina tradicional, de determinados requisitos de validade, como as hipóteses de inadimplemento de obrigação essencial do contrato, de dolo e culpa grave, e até mesmo para danos extrapatrimoniais emergentes do inadimplemento.

Nos itens a seguir, selecionamos institutos negociais específicos do Direito privado para demonstrar o papel do risco na estrutura e função de tais arranjos contratuais, que passa a fazer parte da análise de sua validade e eficácia. Esses institutos servem de base comparativa, dentro de suas particularidades, para reforçar a necessidade de revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar com base na mesma noção ontológica de risco que os justificam, especialmente no ambiente dos contratos empresariais.

3.5.1 Seguro

Os seguros consubstanciam a prática empresarial que melhor traduz o expediente de contratualização de riscos. Numa perspectiva histórica, apesar do ápice de seu desenvolvimento ter sido alcançado no século XVIII, a sua formulação como um negócio antecede o referido período[499]. A contratação de seguros ganhou muita propulsão na época das grandes navegações, em que as viagens ao desconhecido também poderiam ser seguradas por agentes denominados de *underwriters*[500].

Como o tempo, a sua prática foi se desenvolvendo e se sofisticando, até culminar na complexa organização empresarial que se observa nos dias de hoje, com grandes instituições seguradoras que passaram a ter a contratação de seguros como objeto principal, sendo esta atividade regulada em diversas jurisdições, dado ao seu caráter sistêmico e a sua integração à ordem econômica e financeira.

---

[499] BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 91. O autor faz esta contextualização histórica ao assim expor: "*Insurance achieved its full development as a commercial concept only in the eighteenth century, but the business of insurance dates back beyond the eighteenth century*."

[500] Ainda, Peter L. Bernstein (*op. cit.*, p. 90) *in verbis*: "*Then as now, anyone who was seeking insurance would go to a broker, who would then hawk the risk to the individual risk-takers who gathered in the coffee houses or in the precints of the Royal Exchange. When a deal was closed, the risk-taker would confirm his agreement to cover the loss in return for a specified premium by writing his name under the terms of the contract; soon these one-man insurance operators came to be known as 'underwriters'*".

O segurador atua como um gestor profissional de portfólio de riscos, garantindo os interesses segurados por meio de sofisticada equação matemática e estatística para buscar o equilíbrio atuarial entre a percepção dos prêmios pagos pelos segurados e pagamento das indenizações pelo segurador ao referido conjunto de segurados.

Sob égide do Código Civil de 1916, o seguro era tratado como indenização, como se depreendia do Art. 1.432[501]. Com o advento do Código Civil de 2002, no entanto, o seguro passou a ser tratado como garantia, como se extrai do já mencionado artigo 757 do Código Civil de 2002[502]. Ou seja, do ponto de vista legal, o seguro é compreendido como uma espécie de garantia em benefício do segurado. Segundo a doutrina especializada, "a ideia segundo a qual o seguro é negócio que provê garantia para um interesse é nuclear para a teoria jurídica do seguro"[503].

Indubitavelmente, entre os contratos típicos regulados pelo CC/02, arriscamos dizer que o contrato de seguro é aquele que melhor explica a noção do risco como objeto do negócio jurídico. De acordo com o Art. 757 do CC/02, "pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados." Caio Mário da Silva Pereira explica que ele é o objeto, ou seja, a própria causa do contrato de seguro[504]. No mesmo sentido, Bruno Miragem afirma que "o risco é o elemento que justifica a existência do seguro, integra sua causa."[505] Nesta perspectiva, o seguro só existe porque há perigo, possibilidade de dano; porque há incerteza em relação ao futuro[506]. Os potenciais impactos decorrentes dessas desvantagens são transferidos pelo segurado ao segurador.

Nesta ordem de ideias, o seguro consiste no contrato por meio do qual "o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados", nos termos do Art. 757 do Código Civil de 2002. Nas palavras de Pedro Alvim, "seguro é o contrato pelo qual o segurador, mediante o

---

501 "Art. 1.432. Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizar-lhe o prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato."
502 "Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados."
503 TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flavio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro de acordo com o novo Código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.
504 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. 10. ed. São Paulo: Forense, 2001, p. 305. v. III.
505 MIRAGEM, Bruno. Seguro de grandes riscos: disciplina jurídica no Direito brasileiro atual. *In*: TZIRULNIK, Ernesto; SANSEVERINO, Paulo de Tarso; SILVA, João Nuno Calvão da; OLIVEIRA, Inaê Siqueira de (Orgs.). **Direito do Seguro: II Congresso Internacional de Direito do Seguro VIII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho CJF/STJ/IBDS**. São Paulo: Roncarati, 2022, p. 889.
506 EWALD, François. *Insurance and risk*. *In*: BURCHELL, Graham; GORDON, Colin; MILLER, Peter. ***The Focault effect***. Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 199.

recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagamento de uma prestação, se ocorrer o risco a que está exposto"[507]. O risco, que é transferido de uma pessoa a outra, é o principal elemento deste negócio jurídico[508].

Atualmente, entende-se que o seguro é composto por cinco elementos essenciais: garantia, interesse, risco, prêmio e empresarialidade[509]. Trata-se de negócio jurídico bilateral, oneroso, tipicamente aleatório e sua forma de contratação é por adesão[510], salvo algumas situações específicas envolvendo contratação de seguros para grandes riscos, nos termos da Resolução 407/2021 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)[511].

O CC/02 disciplina os seguros de dano e de pessoa, sendo que em ambos os casos o objeto do contrato é a transferência do segurado ao segurador, mediante contraprestação pecuniária consubstanciada no prêmio, dos riscos predeterminados relacionados à probabilidade de ocorrência de eventos adversos a coisas ou pessoas, conforme o caso.

O interesse legítimo que a norma faz referência é a proteção contra potenciais riscos predeterminados, e este interesse é merecedor de tutela jurídica.

Não é propósito deste trabalho discorrer detalhadamente sobre o regime jurídico dos contratos de seguro. Contudo, entender o que representa o objeto deste tipo de contrato é de extrema utilidade aos propósitos desta pesquisa, especialmente no que tange à demonstração da noção de risco enquanto interesse tutelado pela ordem jurídica e fator componente da estrutura de negócios jurídicos paritários, especialmente no que pertine aos requisitos de validade. Essa constatação nos conduzirá ao reexame dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar no momento oportuno.

Enquanto fenômeno fático, o risco é compreendido como a possibilidade de ocorrência de um evento futuro e incerto capaz de gerar uma perda ou desvantagem[512] ao segurado ou a terceiros beneficiários. Dan Borge afirma que "*risk means being exposed to the possibility of a bad outcome*"[513]. Franz Josef Bruseke também relata que a expressão "risco" usualmente

---

[507] ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 113.
[508] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 476. v. III.
[509] TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flavio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro de acordo com o novo Código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.
[510] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 478. v. III.
[511] Sobre o tema: MIRAGEM, Bruno. Seguro de grandes riscos: disciplina jurídica no Direito brasileiro atual. *In*: TZIRULNIK, Ernesto; SANSEVERINO, Paulo de Tarso; SILVA, João Nuno Calvão da; OLIVEIRA, Inaê Siqueira de (Orgs.). **Direito do Seguro: II Congresso Internacional de Direito do Seguro VIII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho CJF/STJ/IBDS**. São Paulo: Roncarati, 2022, p. 889-904.
[512] Segundo o Dicionário Jurídico de Plácido e Silva, risco "é o perigo de perda ou de prejuízo". (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1238.
[513] BORGE, Dan. ***The book of risk***. New York: John Wiley & Sons, 2001, p. 4.

aparece em explicações que se destinam a demonstrar possíveis consequências negativas em diversos fenômenos e processos[514]. No Capítulo 2, definimos o risco como produto tangível e quantificável obtido pela análise científica de probabilidade e impacto de ocorrência de um ou mais eventos adversos futuros que podem recair sobre em uma dada situação sob análise. Risco, portanto, se traduz pelo binômio probabilidade-impacto.

Assim sendo, quando se busca um seguro, o contratante, ciente da eventual probabilidade de suportar os impactos de um determinado risco que julga ser relevante, aqui entendido como um evento futuro adverso, propõe transferir o mencionado risco a um terceiro – o segurador – um agente privado cuja atividade empresarial consiste justamente em gerir, mediante remuneração, um portfólio de riscos, comprometendo-se a pagar a indenização correspondente, caso este risco se materialize na figura do sinistro.

As seguradoras atuam objetivamente na gestão dos recursos provenientes de prêmios pagos pelos segurados que não sofreram sinistro em benefício daqueles que sofreram. Nas palavras de Peter L. Bernstein, "*insurance companies use the premiums paid by people who have not sustained a loss to pay off people who have*"[515].

O segurador consiste no agente empresarial autorizado pela SUSEP, nos termos do Art. 36, alínea "a" do Decreto-Lei nº 73/1966[516] e demais obrigações dispostas em regulamentações esparsas emitidas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a própria SUSEP, que tem por atividade gerir os recursos dos prêmios pagos pelos segurados para garantir o pagamento de indenizações devidas por eles a terceiros, conforme pactuado nas respectivas apólices de seguro.

Desta forma, o segurador realiza uma complexa atividade de equilíbrio atuarial, buscando conciliar a percepção dos prêmios pagos pelos segurados com a expectativa de pagamento de indenizações, segundo cálculos probabilísticos definidos em seu modelo de negócio. Faz parte do trabalho atuarial e estatístico da seguradora prever, tendo como base suas análises e estudos técnicos, a frequência e severidade dos riscos.

---

514 BRUSEKE, Franz Josef. Risco e contingência. ***Societec e-prints***, [*s. l.*], v.1, n. 2, p. 37, 2005.
515 BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996, p. 93
516 "Art 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras: a) processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de contrôle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sôbre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP; [...]".

Renato Macedo Buranello descreve como funciona a atividade das seguradoras:

> A atividade desenvolvida pelas seguradoras consiste em estimar, mediante cálculos atuariais, a possibilidade da ocorrência de certo fato, normalmente um evento de consequências danosas para os envolvidos. De posses desses cálculos, a seguradora procura aceitar a cobertura dos riscos em questão, contra o pagamento do prêmio. Com o produto do prêmio que recebe de seus segurados, se corretos os cálculos atuariais que realizou, a seguradora não só disporá dos recursos necessários ao pagamento das prestações devidas, em razão dos eventos segurados que se verificarem, como também cobrirá as despesas administrativas e operacionais relacionadas ao seu funcionamento, e obterá lucro.[517]

O segurador exerce um protagonismo essencial para o desenvolvimento dos mais diversos setores da atividade econômica, cujos agentes empresariais se valem dos contratos de seguro, incluída a modalidade de seguro de responsabilidade civil, para mitigar os potenciais riscos a que estariam sujeitos em razão da sua atividade empresarial.

Por meio deste negócio, o segurado converte a incerteza relacionada à possibilidade de ocorrência do evento adverso potencial que poderia lhe causar uma perda, em risco objetivamente quantificável, que passa a ser um custo materializado na contratação do seguro. Livra-se o segurado total ou parcialmente, pois, dos impactos decorrentes da materialização do risco. Especificamente no caso do seguro de responsabilidade civil, o segurado transfere ao segurador o risco de ser obrigado a indenizar terceiros em razão dos eventos cobertos pela apólice[518].

A título de exemplo, em contratos de construção de grandes obras, é usual a contratação, pelo construtor, de seguro de responsabilidade civil perante terceiros, de forma que o risco de reparação civil decorrente de danos causados pela execução das obras passe a ser suportado pelo segurador. O risco de reparação é mitigado e se converte numa despesa, que poderá ser integrada ao preço a ser cobrado junto ao dono da obra.

Para exercer esta atividade de maneira sustentável, o segurador conta com técnicos especializados para a realização de cálculos matemáticos que têm como objetivo encontrar a equação atuarial, baseada na estatística e probabilidade, para equilibrar, de um lado, a percepção dos prêmios pagos pelos segurados e, de outro lado, o pagamento das indenizações contratadas para cobrir os riscos predeterminados a ele transferidos. O segurador, pode, ainda, transferir os

---

[517] BURANELLO, Renato Macedo. **Do contrato de seguro**: o seguro garantia de obrigações contratuais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.121.

[518] AZEVEDO, Ciro Rangel; LEON, Gustavo Amado. Seguro de responsabilidade civil como instrumento de gestão de riscos do segurado. **Revista Jurídica de Seguros**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 135-152, nov. 2022.

riscos contratados para um outro agente segurador, prática conhecida como resseguro, permitindo a diluição dos riscos geridos pelo conjunto de seguradores. Com efeito, os seguradores também se valem de mecanismos de mitigação de riscos. É o que se dá pela prática do resseguro, regulada pela Lei Complementar 126 de 2007 e Resolução CNSP 168 de 2007, além de outras regulamentações do CNSP e SUSEP, em que os seguradores contratam outros seguradores para diluir e distribuir os riscos associados ao pagamento das indenizações[519].

Indiscutivelmente o seguro representa importante instrumento de gestão de riscos contratuais, pois, para o segurado, representa um mecanismo de alocação de risco para um terceiro – a entidade securitária, convertendo o risco numa despesa associada ao seu modelo de empresariamento. Para o segurador, a sua atividade em si já tem em sua essência a gestão dos riscos do grupo de segurados, cabendo-lhe realizar o pagamento das indenizações nas situações reguladas na apólice contratada.

Em suma, o seguro representa mais um dos variados instrumentos disponíveis na legislação para servir como instrumento de gerenciamento de riscos, função esta que, por consequência, contribui de forma determinante para o fomento da atividade econômica e inovação.

Neste sentido, podemos concluir que o contrato de seguro consiste em negócio jurídico que tem por objeto justamente a transferência do risco do segurado ao segurador, reforçando o conceito que se tem defendido ao longo deste trabalho, no sentido de que o risco é um interesse jurídico tutelado pela ordem jurídica que é objeto de negócios jurídicos.

O mesmo ocorre em relação à cláusula de não indenizar, em que devedor transfere ao credor, total ou parcialmente, o risco consubstanciado na indenização resultante de eventual inadimplemento do contrato, evento futuro e incerto que as partes submetem a exame de probabilidade e impacto e alocam entre si as consequências antevistas. Este expediente, a exemplo do que ocorre no seguro, é plenamente legítimo e merecedor de tutela. Uma vez solidificado o entendimento de que o risco da indenização por inadimplemento materializa a razão de existir também da cláusula de não indenizar, teremos um substrato normativo para justificar a necessidade de revisão de seus requisitos de validade, conforme proposta estabelecida neste trabalho.

---

[519] Segundo Carlos Roberto Gonçalves, "o resseguro consiste na transferência de parte ou de toda responsabilidade do segurador para o ressegurador. A finalidade é distribuir entre mais de um segurador a responsabilidade pela contraprestação." (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 477. v. III).

3.5.2 Evicção

Em sequência aos institutos que regulam risco, passamos a falar sobre a evicção, que consiste em sistema especial de responsabilidade[520] atribuído ao alienante junto ao adquirente pela eventual perda da coisa em razão de decisão administrativa ou judicial[521]. Segundo a doutrina clássica, a evicção seria "a perda da coisa, por força de sentença judicial, que a atribui a outrem, por direito anterior ao contrato aquisitivo"[522]. Trata-se de instituto aplicável apenas aos contratos onerosos, conforme Art. 447, que é explícito ao dispor que "os contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública".

O instituto regula o risco associado à ocorrência, após a consumação da compra e venda, de evento de perda total ou parcial do bem por uma decisão judicial ou ato administrativo que impeça ou restrinja o uso, posse ou propriedade do referido bem, em caráter definitivo[523]. Segundo a doutrina, a evicção se revela como "cláusula legal de garantia prevista para a hipótese de concretizar-se o risco de privação da coisa"[524].

A evicção se manifesta quando o comprador se vê privado definitivamente de seu direito de uso, posse ou propriedade da coisa em razão de direito anterior ao contrato de compra e venda que lastreou à transferência de titularidade sobre o bem.

---

[520] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Evicção e processo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.

[521] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 227. O autor explica que o instituto, em sua concepção clássica, apenas compreendia a perda do bem em razão de sentença judicial transitada em julgado. Esta compreensão, explica o autor, foi modificada por evolução jurisprudencial para assegurar o direito de evicção para atos administrativos e decisão judicial sem trânsito em julgado, *in verbis*: assinala que "Tendo em vista as regras constantes da codificação privada material e a interpretação doutrinária e jurisprudencial, a evicção pode ser conceituada como sendo a perda da coisa diante de uma decisão judicial ou de um ato administrativo que a atribui a um terceiro. Quanto aos efeitos da perda, a evicção pode ser total ou parcial. A matéria está tratada entre os arts. 447 a 457 do atual Código Civil. De toda sorte, é interessante deixar claro que o conceito clássico de evicção é que ela decorre de uma sentença judicial. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a evicção pode estar presente em casos de apreensão administrativa. [...]. Seguindo em parte esse último entendimento, a mesma Corte Superior, em acórdão mais recente, deduziu que a evicção não exige o trânsito em julgado da decisão para o devido exercício do direito."

[522] Caio Mário da Silva Pereira atribui tal definição a Clóvis Beviláqua. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições**: contratos. 23. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2019, p. 119. v. III). O requisito da sentença judicial para o reconhecimento da evicção vem sendo flexibilizado pelo Superior Tribunal de Justiça.

[523] Roberta Mauro Medina Maia alerta que a evicção só tem lugar em caso de perda de titularidade do domínio ou do direito à posse de modo definitivo, não se aplicando o instituto, por exemplo, em caso de decisões proferidas em juízo possessório, dado o caráter perfunctório de tais decisões (MAIA, Roberta Mauro Medina. Critérios para alocação dos riscos de evicção de direito nos contratos imobiliários. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coords.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 172).

[524] COSTA, José Eduardo da. **Evicção nos contratos onerosos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 91.

De acordo com o Art. 449[525] do CC/02, o evicto tem direito a receber o preço que pagou, se desconhecia o risco da evicção, ou, se dele informado, não o assumiu. Este dispositivo, lido em conjunto com o Art. 457[526], basicamente delimita a garantia da evicção apenas para as hipóteses de desconhecimento do risco ou, ainda que dele informado, o adquirente não tenha assumido.

A evicção se assenta, portanto, na boa-fé do adquirente, em sua feição subjetiva, isto é, o comprador "ignorava o vício ou obstáculo que impedia a aquisição do direito". Assim, se o adquirente conhecia que a coisa era alheia ou litigiosa, este perde o direito à garantia legal da evicção, consoante já mencionado Art. 457.

O Art. 450[527] do CC/02 disciplina os efeitos da evicção, se configurada, o que inclui, salvo disposição em contrário, a restituição integral do preço, a indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; a indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção; e as custas judiciais e aos honorários do advogado pelo evicto.

Como temos indicado, não é objeto deste trabalho explorar todo o regime jurídico da evicção, mas apenas os aspectos relacionados à negociação do risco enquanto fenômeno que pode ser objeto de negócios jurídicos entre agentes econômicos paritários.

Primeiramente, cabe esclarecer que a evicção é um risco ínsito aos contratos onerosos. Com efeito, a evicção, compreendida como a potencial perda definitiva da posse ou domínio sobre o bem, se revela como um evento futuro que pode acometer contratos onerosos. Trata-se, portanto, de uma incerteza, que pode ser objeto de avaliação sob as perspectivas da probabilidade e impacto, convertendo-se, assim, em risco emergente de convenções onerosas, o qual se encontra alocado, por distribuição definida legalmente, no alienante[528].

---

[525] "Art. 449. Não obstante a cláusula que exclui a garantia contra a evicção, se esta se der, tem direito o evicto a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu."
[526] "Art. 457. Não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa."
[527] "Art. 450. Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou: I - à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; II - à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção; III - às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído."
[528] É o que explica Roberta Mauro Medina Maia: "No entanto, antes de qualquer aprofundamento no tema, é importante esclarecer, a respeito desse último aspecto, que a evicção será cláusula de garantia enquanto correspondente a mero risco ínsito ao contrato. Uma vez consumado o evento que a caracteriza, restará deflagrado o sistema especial de responsabilidade contratual, atribuindo-se ao evicto a restituição integral do preço ou das quantias que pagou, sem prejuízo de ser indenizado pelas despesas e custas descritas nos incisos e no parágrafo único do art. 450 do Código Civil." (MAIA, Roberta Mauro Medina. Critérios para alocação dos riscos de evicção de direito nos contratos imobiliários. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coords.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 168).

Sendo um risco reconhecido pela lei, é imprescindível trazer à tona o teor do Art. 448 do CC/02, em que a lei dispõe que as partes, por cláusula expressa, podem "reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção". O mencionado dispositivo permite, assim, que o vendedor e comprador negociem o risco de perda total ou parcial da coisa por decisão judicial ou por ato administrativo, seja para reforçar, diminuir ou excluir seus efeitos jurídicos, incluindo a indenização resultante.

Desta forma, admite a doutrina que o comprador pode exigir o dobro do valor da coisa como medida de reforço à garantia da evicção[529]. Já no que tange à possibilidade de diminuição ou exclusão da responsabilidade pela evicção (*non praestaenda evictione*), tais prerrogativas foram expressamente admitidas pelo legislador, autorizando que vendedor e comprador pactuem, por exemplo, a exclusão ou a limitação da indenização resultante do reconhecimento da evicção. Especificamente sobre a cláusula de exclusão da garantia da evicção, ressalva a lei que, o evicto conservará o direito à restituição do preço se não soube do risco da evicção ou, se dele informado, não o assumiu, nos termos do Art. 449[530] do CC/02[531].

O Art. 450[532] também confirma a possibilidade de as partes regularem os efeitos da evicção, ao fazer menção expressa de eventual estipulação em contrário à regra segundo a qual o evicto tem direito, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou, à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir, à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção e às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído. Assim, as partes podem excluir ou limitar o direito de indenização que resulta da evicção.

Os dispositivos legais supramencionados não deixam margem de dúvidas sobre a possibilidade de as partes, até mesmo no que tange aos efeitos indenizatórios da garantia da evicção, regularem convencionalmente o risco emergente deste instituto, de forma que lhes é autorizado, inclusive, a diminuir, reforçar e até mesmo excluir os efeitos da evicção, observadas as demais regras legais do instituto.

---

529 DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 426.

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

531 "Fica claro que este autor segue o entendimento dominante pelo qual o alienante somente ficará totalmente isento de responsabilidade se pactuada a cláusula de exclusão e o adquirente for informado sobre o risco da evicção (sabia do risco e o aceitou)." (TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 229).

532 "Art. 450. Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou: I - à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; II - à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção; III - às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído."

No exercício desta prerrogativa, é factível que as partes negociem os efeitos da evicção dentro da composição do preço da operação, de forma que o referido risco seja adequadamente precificado, passando a integrar a racionalidade econômica do negócio, nos termos do Art. 113, § 1º, inciso V, do CC/02.

Assim, por exemplo, quando vendedor e credor negociam um contrato de compra e venda de um bem gravado com garantia em benefício de terceiros ou com ação reivindicatória já proposta, pode o comprador solicitar o abatimento do preço para livremente assumir o risco de perda da coisa decorrente de eventual excussão da garantia ou perda da coisa no juízo petitório, o que lhe impedirá, posteriormente, de demandar pela evicção, pois, além de ciente, obteve o benefício de um preço mais competitivo decorrente da potencial materialização do risco. O objeto mediato deste negócio é essencialmente risco (sendo o imediato a coisa), qual seja, o risco decorrente da evicção e de seus efeitos correspondentes, abrangida a indenização, que é uma das repercussões jurídicas da evicção, nos termos do Art. 450.

Para fins deste trabalho, em que se busca propora uma revisão dos requisitos da cláusula de não indenizar, a possibilidade de regulação dos efeitos da evicção, sendo admitida a exclusão e limitação desta garantia legal que se insere num sistema especial de responsabilidade, incluindo as perdas e danos eventualmente resultantes do evento, demonstra indubitavelmente como as partes podem, dentro dos contornos da autonomia privada, regular um risco objetivamente verificável, indicando, portanto, a presença de um interesse legítimo merecedor de tutela que pode ser objeto de negócios jurídicos paritários. Esta constatação do risco como interesse é fundamental para elucidar a revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar, os quais foram concebidos e apresentados com base em razões divorciadas de seu elemento essencial que é a compreensão do risco do inadimplemento.

3.5.3 Caso Fortuito e Força Maior

Os institutos do caso fortuito e da força maior se inserem nos fatos excludentes da responsabilidade civil, suspendendo ou exonerando o devedor de suas obrigações contratuais. De acordo com o Art. 393, *caput*, do CC/02, "o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado." O parágrafo único do Art. 393, por sua vez, define o caso fortuito ou de força maior como o "fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."

Não é novidade o desafio relacionado à distinção dogmática entre o caso fortuito e força maior. Agostinho Alvim chama a atenção para a dificuldade ao afirmar que "os autores,

geralmente, acham difícil definir caso fortuito ou força maior"[533]. Como não é objeto do presente trabalho a análise aprofundada dos institutos do caso fortuito e da força maior, e, ainda, considerando a uniformidade de tratamento que a lei confere aos referidos institutos, nos limitaremos a fazer referência ao texto legal que é expresso ao regular o caso fortuito ou força maior como o "fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir", nos exatos termos do parágrafo único do Art. 393 do CC/02. Trataremos tais expressões como sinônimas, como admite a doutrina clássica[534].

Chama a atenção na referida definição que, para a configuração do caso fortuito ou força maior, o critério é a inevitabilidade ou inviabilidade de seu impedimento, isto é, o evento precisa ser inevitável ou impossível de ser impedido para que o devedor possa se valer desta excludente de responsabilidade.

Outrossim, o evento de caso fortuito ou de força maior deve se configurar num evento inevitável ou impossível de ser impedido, ou seja, um fato que o devedor não poderia ter evitado por meio da adoção das diligências ordinárias para evitar a sua ocorrência.

A consequência legal do reconhecimento do caso fortuito ou força maior é a exoneração do devedor de sua obrigação contratual, na hipótese de impossibilidade definitiva da prestação. Sendo parcial a impossibilidade, a utilidade da parcela da prestação ainda passível de cumprimento para o credor deverá ser aferida, sendo ela ainda útil, mantém-se o contrato; tornando-se inútil, ocorre o efeito liberatório definitivo. Caso a impossibilidade seja temporária, isto é, obrigação ainda pode ser viável, salvo se ocorrer a perda da utilidade da prestação ao credor aferida objetivamente, a consequência será pela suspensão da prestação, que ficará em estado latente, até o exaurimento dos efeitos do caso fortuito ou da força maior, momento em que a prestação recuperará plena eficácia[535].

A partir da obra de Agostinho Alvim, doutrina e jurisprudência têm diferenciado as situações de fortuito interno e externo, também denominadas de intrínsecas e extrínsecas[536], sendo o primeiro àquele que é inerente ao círculo obrigacional e de riscos assumidos do devedor[537]; ao passo que o segundo seria, realmente, uma situação absolutamente fora do

---

[533] ALVIM. Agostinho. **Da inexecução contratual e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 348.
[534] FONSECA, Arnoldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 113 *et seq*.
[535] FERNANDES, Wanderley. Caso fortuito e força maior: um assunto antigo que permanece moderno. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 355.
[536] *Idem, ibidem*, p. 349.
[537] "Com efeito, o caso fortuito interno, entendido como fato imprevisível e inevitável ocorrido no momento da realização do serviço e ligado com a organização e/ou execução do negócio, como é o caso de problemas no

controle das partes, não guardando qualquer relação com a organização do negócio[538]. O fortuito interno não afasta a responsabilidade, ao passo que o fortuito externo atrai a incidência do Art. 393 do CC/02[539]. Judith Martins-Costa esclarece que "fortuito interno" seria o fato inevitável que se liga à organização da empresa, ao passo que o "fortuito externo" é estranho à organização do negócio[540].

Os institutos do caso fortuito e da força maior têm uma relação direta com o fenômeno do risco sobre o qual falamos no Capítulo 2. Isto porque ambos os institutos lidam com a incerteza relacionada à possibilidade de ocorrência de um evento futuro inevitável, decorrente de ação humana ou da natureza, que pode impactar a relação jurídico-contratual.

Mas tal relevante componente desses institutos, a incerteza relacionada à possível ocorrência de um evento futuro inevitável, não obsta a livre negociação entre as partes acerca da sua configuração e efeitos. Como se depreende do *caput* do Art. 393 do CC/02, a lei autoriza que as partes regulem esse risco ao dispor que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior salvo "se expressamente não se houver por eles responsabilizado". Isto significa dizer que a lei, em mais uma oportunidade, conferiu as partes a prerrogativa de regular o risco decorrente do caso fortuito ou da força maior, permitindo que o devedor possa assumir contratualmente este risco[541].

E fazem esta regulação a partir de percepções individuais sobre a probabilidade de ocorrência e impacto do potencial evento adverso e inevitável a ocorrer no futuro. Trata-se de uma forma lícita de regulação convencional de riscos que podem acometer o contrato.

---

mercado de trabalho no ramo de construção civil, na elaboração e execução do projeto de construção, influências climática nas obras em andamento e exigências da administração pública, não se revela apto a excluir a responsabilidade do fornecedor, porque tem relação com o risco da atividade desenvolvida" (STJ. AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.062.721/BA, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/9/2022, DJe de 4/10/2022"

538 "Nos termos da jurisprudência desta Corte, a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros é contratual e objetiva, somente podendo ser elidida por fortuito externo, força maior, fato exclusivo da vítima ou por fato doloso e exclusivo de terceiro - quando este não guardar conexão com a atividade de transporte. Precedentes." (STJ. AgInt no AgInt no AREsp n. 2.152.026/CE, relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 16/10/2023.)

539 A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "o fortuito interno, entendido como o fato imprevisível e inevitável ocorrido no momento da prestação do serviço ou da fabricação do produto, não exclui a responsabilidade do fornecedor, pois relaciona-se com a atividade e os riscos inerentes ao empreendimento" (STJ. AgInt no AREsp 1.703.033/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/05/2021, DJe de 28/05/2021).

540 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil**: arts. 389 a 420. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 201. v. V. t. II.

541 Neste sentido, Wanderley Fernandes destaca a importância dessas estipulações como mecanismo de alocação eficiente de riscos, como se depreende da seguinte passagem: "embora a lei tenha estipulado solução padrão, ao liberar o devedor do cumprimento da prestação, no caso fortuito ou força maior, as partes podem alocar os riscos entre si, conforme disposto na parte final do artigo 393 do Código Civil brasileiro. No que tange à alocação de riscos, já nos debruçamos sobre o tema no item 1.4. deste capítulo, tomando como critério básico a alocação do risco ao agente capaz de evitá-lo ou de mitigá-lo com mais eficiência." (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60-61. *e-book*).

A respeito da negociação dos riscos potencialmente advindos do caso fortuito ou de força maior, é comum a negociação em contratos, notadamente em contratos de empreitada de obras de grande porte, de cláusula específica que regule os eventos que caracterizam caso fortuito ou de força maior, e àquelas situações expressamente excluídas deste conceito. Tais estipulações têm por objetivo reduzir o espaço de divergência e interpretação judicial sobre as hipóteses que caracterizam ou não um evento de força maior, tratando-se, portanto, de uma típica cláusula de negociação de riscos relacionados à ocorrência de eventos futuros em relação aos quais poderia surgir controvérsia sobre seu enquadramento como fato excludente de responsabilidade (vide explicações sobre incerteza no Direito no Capítulo 2). É o caso, por exemplo, quando dono da obra e construtor acordam que greves restritas ao pessoal do construtor não serão caracterizadas como caso fortuito e força maior. Neste caso, compreende-se que a recorrência de tais greves impossibilita que sejam tratados como eventos imprevisíveis ou inevitáveis, de modo que são considerados eventos dentro do curso regular dos negócios do empreiteiro. Tudo, vale frisar, com base em percepções objetivas de probabilidade e impacto.

Vale dizer que os efeitos da configuração de caso fortuito ou de força maior têm grandes impactos às relações contratuais. Faz-se alusão novamente ao contrato de empreitada. Caso seja reconhecida eventual alegação de caso fortuito ou de força maior em benefício do construtor, provavelmente o cronograma da obra será afetado, bem como os custos construtivos, repercussões essas que, na ausência de estipulação em sentido contrário, serão suportados pelo dono da obra, enquanto titular do empreendimento e riscos associados. Por outro lado, se as partes convencionam que o evento em referência não será considerado caso fortuito ou força maior, suportará o construtor as consequências do evento, sem ônus ao dono da obra.

Por esta razão, pode-se dizer, ainda, que a negociação acerca dos riscos emergentes do caso fortuito e da força maior partem de análises objetivas de probabilidade e impacto, passando a integrar a racionalidade econômica do contrato, o que também deve ser observado, nos termos do Art. 113, § 1º , inciso V, de acordo com o qual a interpretação do negócio jurídico deve "corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração."

A livre negociação dos riscos decorrentes do caso fortuito e da força maior encontra guarida legal no Art. 393, *caput*, do CC/02, bem como no Art. 421-A, inciso II, do CC/02, segundo o qual a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada.

Neste contexto, depreendemos que a negociação acerca dos riscos do caso fortuito e a força maior tem previsão no CC/02, reforçando o entendimento segundo o qual o risco

configura um interesse legítimo das partes que pode ser objeto de negócios jurídicos, assim como ocorre com a cláusula de não indenizar. Nesta oportunidade, em que uma vez mais se demonstrou um exemplo prático de regulação convencional do risco, transmite-se a ideia segundo a qual o risco deve influenciar na análise da função dos institutos, inclusive a cláusula de não indenizar, cujos requisitos de validade merecerem revisão pois não levam em consideração o risco, em sua feição fenomenológica, enquanto causa justificadora da referida estipulação contratual.

3.5.4 Revisão Contratual e Resolução por Onerosidade Excessiva

Segundo o princípio da força obrigatória dos contratos, revelado pela expressão do brocardo latino "*pacta sunt servanda"*, as convenções devem ser cumpridas nos exatos termos em que foram pactuadas entre as partes.

Sucede que, especificamente nos contratos de execução continuada ou diferida, espécies do gênero dos contratos de trato sucessivo, as circunstâncias que outrora motivaram a celebração da avença podem se alterar substancialmente ao longo do programa contratual, fazendo com que o equilíbrio do contrato seja abalado, e impactando o cumprimento das prestações pactuadas.

Em razão deste fenômeno, erige-se o instituto revelado pela expressão "*rebus sic stantibus"*, de acordo com a qual os contratos só podem ser mantidos como pactuados se o estado de coisas permanecer inalterado como quando da celebração, conceito que consubstancia a teoria da imprevisão[542].

[542] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 182. Segundo o autor: "Vale dizer, os pactos de execução continuada e dependentes do futuro entendem-se como se as coisas permanecessem como quando da celebração. Em outras palavras, o contrato só pode permanecer como está se assim permanecerem os fatos. Tal cláusula (*rebus sic standibus*) consagra a teoria da imprevisão, usual em nossas páginas de doutrina e corriqueira nos julgados de nossos tribunais."

Diversas teorias foram desenvolvidas para embasar a revisão contratual, notadamente a teoria da pressuposição[543], as teorias da base do negócio (objetiva e subjetiva)[544], a teoria da imprevisão[545], sendo esta última acolhida pelo CC/02[546].

A revisão do contrato encontra guarida nos Arts. 478[547] e 317[548] do CC/02, com as respectivas particularidades[549]. Apesar de o primeiro dispositivo tratar apenas da resolução contratual, estando inserido na Seção IV, Capítulo II, do CC/02, sob a denominação de "Da resolução por Onerosidade Excessiva", doutrina e jurisprudência reconhecem a sua incidência também no campo da revisão dos contratos, já que "se a lei autoriza ao magistrado resolver o

---

543 FONSECA, Arnoldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 209. O autor esclarece que a teoria da pressuposição foi desenvolvida por Windscheid, "quem manifesta uma declaração de vontade sob certo pressuposto, quer, da mesma forma que aquele que a emite condicionada, que o efeito jurídico venha a existir somente dado um certo estado de relações. Se aquele subsiste sem verificar-se a pressuposição, isso não corresponde ao querer verdadeiro do autor da declaração de vontade, o qual, assim prejudicado, se poderia defender contra o beneficiado, tanto com uma exceção, como instituindo, por sua vez, uma ação tendente a fazê-lo cessar […] A pressuposição agiria assim como autolimitação da vontade, dando vida a uma *conditio* e a uma *exception*. E poderia referir-se tanto a uma circunstância futura, como presente ou passada, tanto o fato positive como negativo."

544 Catarina Monteiro Pires distingue as teorias subjetiva e objetiva, afirmando que a primeira diz respeito "[…] às representações de ambas as partes ou de uma delas mas pelo menos conhecida da outra parte" e, em relação à segunda, aduz que corresponde "às circunstâncias de cuja existência ou permanência depende a subsistência do negócio jurídico, como regulação provida de significado, à luz do fim típico ou do fim conferido no conteúdo contratual". (PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 356).

545 Paulo Carneiro Maia apresenta os seguintes critérios que entende desejáveis para delimitar a aplicação da Teoria da imprevisão: "1º) O acontecimento determinante da mudança de cisrcunstâncias deve ser imprevisível ao tempo da celebração do contrato de execução sucessiva ou diferida; 2º) Este acontecimento deve ser anormal, no âmbito da álea extraordinária, fundando-se na lesão subjetiva, o que se previsível, não teria levado as partes à conclusão do contrato; 3º) Não basta qualquer mudança, mesmo as não previstas de ordinário, mas sim é preciso que ela tenha sido extraordinária e altere profundamente o equilíbrio das prestações, ocasionando a ruína ou prejuízo sobremaneira gravoso para uma das partes". (MAIA, Paulo Carneiro. **Da cláusula *rebus sic stantibus***, Tese de Concurso de Professor Titular, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1959, p. 258-259).

546 Posicionam-se no sentido de que o Código Civil de 2002 adotou a teoria da imprevisão: AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; Teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva – "*Laesio enormis*". *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004, p. 9. v. 2; LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227; TARTUCE, Flavio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 183. v. 3. Em sentido distinto, no sentido de que o Código Civil acolheu a Teoria da Onerosidade Excessiva: MARTINS-COSTA, Judith; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coords.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 245. v. V, t. I.

547 "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação".

548 "Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação."

549 Vale ressaltar que o Código Civil de 2002 também regula a possibilidade de revisão do contrato em caso de reconhecimento de lesão, nos termos do Art. 157, §2°.

contrato, por lógica também deve permitir a revisão, que seria uma intervenção judicial menos invasiva na liberdade contratual e na obrigatoriedade do contrato"[550].

Esta conclusão foi acolhida pelo Enunciado 176 da III Jornada de Direito Civil CJF/STJ, segundo o qual "em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual."

A reforçar a aplicabilidade do Art. 478 à revisão contratual, o Art. 479[551] estipula que a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se a contraparte a modificar as condições do contrato.

Acerca da legitimidade para requerer o pedido revisional, diverge a doutrina se o devedor poderia deduzir o pedido revisional, considerando que o Art. 478 apenas autoriza o pedido de resolução. A corrente majoritária, acompanhada por farta jurisprudência, é no sentido de admitir que o devedor possa formular o pedido de revisão do contrato, não estando adstrito, portanto, ao pedido de resolução do contrato[552].

O entendimento predominante foi acolhido pelo Enunciado 367[553] da IV Jornada de Direito Civil CJF/STJ.

Do ponto de vista estritamente legal, são requisitos para a revisão contratual com base no Art. 478: (i) contrato de execução continuada ou diferida; (ii) onerosidade excessiva para a prestação de uma das partes; (iii) extrema vantagem para a outra parte; (iv) verificação de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

---

[550] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil**: contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 33. Em sentido contrário, no sentido de não reconhecer que a revisão contratual tenha por base o Art. 478, embora reconheça que a prática cível impõe a sua menção: TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 188: "A partir dessa conclusão, fizemos proposta de enunciado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça (2004), no sentido de que a revisão contratual por fato superveniente estaria prevista no art. 317 e não no art. 478 do CC. Entretanto e infelizmente, a proposta não foi aprovada naquele evento. [...]. Para a prática cível, é necessário que fique claro que o enunciado deve ser considerado, ou seja, o art. 478 do Código Civil também deve ser utilizado para a revisão do contrato."

[551] "Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato."

[552] Acompanham este entendimento: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 163; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil**: contratos. teoria geral e contratos em espécie. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 533. Em sentido contrário, não admitindo que o devedor possa formular pedido de revisão do contrato com base no Art. 478: MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020, p. 72: "o poder de modificar as bases do contrato não é conferido ao devedor, muito menos, ex officio, ao juiz."

[553] "Enunciado 367 – Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório."

Outro dispositivo que também regula a revisão contratual é o Art. 317, de acordo com o qual, se, por motivos imprevisíveis, "sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação."

Diverge a doutrina sobre o alcance do dispositivo. Uma vertente sustenta que o instituto se limita às prestações exclusivamente pecuniárias[554], ao passo que o entendimento preponderante é no sentido de que o artigo pode ser aplicado para todas as prestações[555].

Neste contexto, como se depreende do Art. 478, assumindo que o referido dispositivo pode ser manejado para o pedido revisional, a parte interessada deve demonstrar que, por motivos extraordinários e imprevisíveis, a prestação de uma das partes se tornou excessivamente onerosa, com extrema vantagem à outra parte, embora esta última exigência venha sendo flexibilizada pela jurisprudência[556], com forte aderência doutrinária[557].

---

[554] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020, p. 25; MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. Crise e perturbações no cumprimento da obrigação. **Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quarter Latin, 2020, p. 204.

[555] Adotando este posicionamento: TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 214. v. 3; LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 228-229. v. II; SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 316 *et seq.*, entre outros.

[556] No REsp nº 2.070.354-SP, a Relatora, Min. Nancy Andrighi destacou que "Por sua vez, os demais requisitos da Teoria da Onerosidade Excessiva também se mostram presentes em tese. Isso porque, (I) a obrigação, correspondente ao pagamento de prestação pecuniária parcelada, configura relação obrigacional, comutativa e de trato sucessivo; (II) é possível, em tese, constatar a excessiva onerosidade para a parte que precisou continuar a pagar o mutuante nos moldes originalmente ajustados, flexibilizada a exigência de extrema vantagem para a outra parte." (STJ. REsp n. 2.070.354/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023.)

[557] Neste sentido, Marcos de Almeida Villaça Azevedo afirma: "O artigo 478 do Código Civil vincula, ainda, a sua aplicação à ocorrência de "extrema vantagem" em favor de um dos contratantes, concomitantemente à onerosidade excessiva experimentada pelo outro. Porém há situações de onerosidade excessiva para uma das partes que não conferem, necessariamente, enriquecimento ou vantagem acentuada e injustificada para a outra. A título ilustrativo, um inesperado aumento substancial do preço de insumos e, consequentemente, dos custos de produção torna excessivamente oneroso o cumprimento de eventual obrigação que uma empresa fabricante de produtos tenha assumido. Nesse caso, apesar da onerosidade excessiva gerada à empresa fornecedora não haverá 'extrema vantagem' ao comprador que a contratou. Daí porque esse requisito pode acabar limitando ainda mais as hipóteses de revisão contratual, como já o fez a restritiva teoria da imprevisão. É preferível, em realidade, como entende a Doutrina alemã, que se exija apenas a ocorrência de repentina e acentuada alteração da base objetiva do negócio." (AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 168-169). No mesmo sentido, Anderson Schreiber, "As críticas ao requisito da extrema vantagem mostram-se tão contundentes que parcela dos autores brasileiros chega a sugerir que seja simplesmente ignorada. Nessa direção, na IV Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado n. 365, com o seguinte teor: "A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como um elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena". Como "elemento acidental" que dispensa "demonstração plena", a extrema vantagem deixaria, a rigor, de integrar o rol de requisitos do art. 478 do Código Civil, interpretação que afasta as dificuldades inerentes à sua verificação, mas tem o grave "inconveniente" de divergir inteiramente da linguagem da norma em comento. Para tentar superar esse obstáculo, parte da doutrina brasileira que se ocupa do tema tem sustentado que, embora se trate inegavelmente de um requisito exigido pelo Código Civil, a extrema

Já no que tange ao pedido revisional formulado também com base no Art. 317, a parte interessada deverá demonstrar, por motivos imprevisíveis, a ocorrência de desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução.

Havendo a conjugação dos referidos dispositivos, o devedor deverá demonstrar a presença de todos os requisitos acima mencionados.

Embora a digressão acima tenha tido por enfoque a revisão contratual, todos os comentários são aplicáveis à resolução do contrato por onerosidade excessiva, instituto também abordado neste item. Com efeito, a doutrina também admite que, além do Art. 478, que regula expressamente a resolução contratual por onerosidade excessiva, o Art. 317 pode ser manejado também para o pedido resolutório[558].

Como temos advertido ao longo deste Capítulo, não temos a pretensão de exaurir todo o regime jurídico da revisão contratual e da resolução por onerosidade excessiva. No entanto, interessa-nos perquirir em que medida os referidos institutos dialogam com a temática deste trabalho, qual seja, a livre regulação do risco, que consubstancia um interesse legítimo que pode ser objeto de negócios jurídicos.

Nesta ordem de ideias, os institutos fazem alusão à extraordinariedade (Art. 478) e à imprevisibilidade (Arts. 478 e 317) do (s) evento (s) como causas externas de um desequilíbrio contratual que teria tornado a prestação de uma das partes excessivamente onerosa e/ou desproporcional, quando comparado o valor da prestação e o momento de seu pagamento.

Pelo que exploramos no Capítulo 2 deste trabalho, a relação dos institutos da revisão contratual e da resolução por onerosidade excessiva se comunicam diretamente com o fenômeno do risco, na medida em que regulam a incerteza relacionada aos eventos futuros qualificados que sejam capazes de afetar as prestações voluntariamente assumidas no contrato, de modo a dar azo a um pedido revisional ou resolutivo, conforme o caso.

---

vantagem seria mero reflexo da onerosidade excessiva: verificado que esta última incide sobre um dos contratantes, o outro contratante estaria *ipso facto* diante de uma extrema vantagem, na medida em que estaria na iminência de obter uma prestação por valor inferior ao valor que seria necessário para obter a mesma prestação naquele momento, à luz das condições de mercado." (SCHREIBER, Anderson [*et al.*]. **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021). Este entendimento do reproduzido na IV Jornada de Direito Civil, Enunciado 365, de acordo com o qual "a extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena".

[558] Cristiano Farias e Nelson Rosenvald defendem que "quando caracterizado fato superveniente determinante da desproporção manifesta da prestação (fato descrito no art. 317) e se revelar insuportável para a parte prejudicada a modificação das circunstâncias, caberá, sim, a resolução do contrato – quer isto dizer que, embora esteja caracterizada a situação exposta no art. 317, que determina a revisão, ainda que não contenha todos os requisitos do art. 478, a melhor solução ao caso concreto é a aplicação da resolução." (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil**: contratos, teoria geral e contratos em espécie. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 554).

Mas do que se tratam os eventos extraordinários e imprevisíveis aos quais os dispositivos mencionados se referem? São aqueles que não eram passíveis de previsão pelas partes no momento da conclusão do contrato, notadamente pela ausência de evidência, informações e dados a respeito da probabilidade e impacto de sua ocorrência e/ou pela singularidade do evento em questão. Abrangem também os eventos que, embora previsíveis, tiveram consequências imprevisíveis, como destacam os Enunciados 17[559], da I Jornada de Direito Civil CJF/STJ, e 175[560], da III Jornada de Direito Civil CJF/STJ.

Os referidos eventos aptos a deflagrar os institutos da revisão contratual e da resolução por onerosidade excessiva devem ser àqueles inseridos no campo da incerteza não quantificável, conceito que exploramos no Capítulo 2 deste trabalho, cujo conceito tem como expoente o economista Frank H. Knight.

Por outro lado, eventos futuros que sejam passíveis de previsão pelas partes e/ou que integram o plano de distribuição legal dos riscos do próprio contrato, permitindo a sua quantificação pelos métodos de probabilidade e impacto, não consubstanciam fatos extraordinários ou imprevisíveis que servem de base para o pedido revisional ou resolutório. Esta conclusão foi acolhida pelo Enunciado 366[561] da IV Jornada de Direito Civil.

A aferição acerca da capacidade de previsão deve levar em conta diversos aspectos, como, por exemplo, a *expertise* das partes, a existência de dados e informações acerca da ocorrência e impacto do aludido evento, o plano de distribuição de riscos emergentes do próprio contrato, dentre outros fatores.

A partir da explicação acima, pode-se afirmar que a referência que usualmente se faz a riscos ordinários deve ser restrita àqueles eventos previsíveis pelas partes mediante a adoção das técnicas de probabilidade e impacto, ao passo que o conceito de riscos extraordinários deve ser relacionado com a incerteza a que nos referimos anteriormente, que não é passível de previsão alguma, por se situar no campo da total incerteza.

Neste sentido, Pedro Melo explica que "o risco, para além de incerto, deve corresponder a um evento previsível na exata medida em que, como é facilmente inteligível, não se podem assumir as consequências de algo que é imprevisível. Ou seja, o risco tem

---

559 "Enunciado 17: A interpretação da expressão 'motivos imprevisíveis' constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tantas causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis."

560 "Enunciado 175: A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz."

561 "Enunciado 366: O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação."

forçosamente de consistir num evento representável." E prossegue o autor: "Assim, por exemplo, se a ocorrência de um determinado evento não era representável, isto é, não era previsível quando certo negócio jurídico foi celebrado, não se pode falar rigorosamente em risco, mas antes num acontecimento imprevisto"[562].

Desta forma, para efeitos do preenchimento do requisito relativo ao advento do acontecimento extraordinário e imprevisível à que alude o Art. 478 e aos motivos imprevisíveis do Art. 317, apesar das críticas de parcela da doutrina acerca de tais requisitos para motivar o pedido de revisão ou resolutório[563], a parte interessada deverá demonstrar que se tratava de um acontecimento revestido de relevante componente de incerteza, sendo, portanto, impossível de ser previsto pelas partes.

Partindo dessas premissas, pergunta-se se a incerteza relacionada à ocorrência desses eventos extraordinários e imprevisíveis pode ser controlada pelas partes e convertida em risco, podendo ser gerido livremente por elas? Entendemos que sim, por meio de negócios jurídicos que tenham por objeto a definição dos pressupostos para a revisão e resolução contratual, abrangendo a possibilidade de arranjo sobre quais eventos que podem ser compreendidos como extraordinários e imprevisíveis e àqueles que estão excluídos deste conceito, de forma semelhante ao praticado em relação ao caso fortuito e da força maior. A este respeito, vale destacar a redação do Art. 421-A, inciso I, no sentido de que "as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução". A lei é clara neste sentido.

Neste exercício, as partes poderão acordar que determinados eventos, pela sua recorrência e probabilidade, que sugerem previsibilidade, não podem ser classificados como extraordinários ou imprevisíveis, pois as partes podem calcular a probabilidade de sua ocorrência e quantificar o risco associado, que passará a fazer parte da sua matriz de riscos e, consequentemente, do racional econômico do negócio. Por outro lado, os eventos que sejam revestidos de absoluta imprevisibilidade, dada a incerteza e ausência de evidências, informações e dados sobre eles, podem sim motivar a revisão ou a resolução contratual, uma vez que simplesmente extrapolam a capacidade de previsão e regulação pelas partes.

Em contratos de construção, por exemplo, é de se esperar que ocorram greves dos trabalhadores do empreiteiro no curso da empreitada, dado que este tipo de evento é recorrente

---

[562] MELO, Pedro. **A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 74.

[563] TARTUCE, Flávio. Revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/2002. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2003. v. 1.

em obras. Por outro lado, uma pandemia em escala mundial representa um evento absolutamente fora do curso ordinário, podendo se encaixar, portanto, dentro do conceito de evento extraordinário e imprevisível apto a motivar a revisão ou resolução do contrato, desde que afete a capacidade de cumprimento regular da avença. Logo, podem as partes estipular que as greves do construtor não consubstanciarão evento apto a justificar uma revisão ou resolução contratual, podendo ser admitido tratamento distinto para o caso da pandemia global.

Do mesmo modo, podem as partes não somente indicar os eventos, como também o grau de impacto associado que seja capaz de deflagrar os efeitos jurídicos da revisão ou resolução, conforme já sinalizado pelos Enunciados 17[564], da I Jornada de Direito Civil CJF/STJ, e 175[565], da III Jornada de Direito Civil CJF/STJ. Neste sentido, podem as partes, num contrato de empreitada, estipular que greves dos trabalhadores que superem sessenta dias passam a integrar o conceito de extraordinário e imprevisível, considerando a baixa probabilidade de greves com tamanha longevidade.

Com efeito, tendo as partes convenentes a prerrogativa de definir os pressupostos de revisão ou resolução, consoante o já mencionado Art. 421-A, inciso I, parece-nos claro que poderão livremente afastar eventos que compreendem não ter o condão de afetar as condições econômico-financeiras do contrato, sendo que em muitos casos os riscos associados já terão sido adequadamente precificados, passando a integrar a matriz de risco do contrato e a sua racionalidade econômica, fazendo incidir, por consequência, o Art. 113, § 1º, V, do CC/02, que orienta a interpretação dos contratos empresariais.

Do mesmo modo, podem as partes estabelecer de antemão, os eventos que julgam, embora nomeados, como absolutamente imprevisíveis e, portanto, aptos a deflagrar os efeitos legais e/ou contratuais estipulados para a hipótese. Além de tais prerrogativas legais, as partes estão autorizadas, ainda, a dispor que na hipótese de ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, as partes deverão renegociar de boa-fé suas condições, não se aplicando, automaticamente, as disposições legais que regulam a revisão ou a resolução, numa típica cláusula de *hardship*, concebida justamente para regular estes potenciais riscos emergentes do contrato[566].

---

564 "Enunciado 17: A interpretação da expressão 'motivos imprevisíveis' constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tantas causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis."

565 "Enunciado 175: A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz."

566 BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de revisão do Código Civil de 2002**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/txtmat?codmat=159721. Acesso em: 25 abr. 2024. O anteprojeto de lei para

Tais estipulações possíveis assumem maior robustez e intangibilidade no ambiente dos contratos empresariais, na medida em que consubstanciam instrumentos legítimos de gestão e alocação de riscos contratuais relacionados ao potencial advento de eventos extraordinários que podem trazer impactos ao contrato. As partes, agentes econômicos empresariais, ao se debruçarem na negociação de cláusulas desta natureza, que buscam qualificar os riscos e seus efeitos, assumem que o arranjo final definido passou a integrar a racionalidade econômica da operação econômica, o que, via de regra, impede a intervenção judicial, sob pena de desconfigurar o pacto livremente estabelecido por entidades que tomam decisões no exercício de sua livre iniciativa em busca da persecução do lucro.

Neste contexto, tendo em vista as disposições contidas nos Arts. 421, 421-A, *caput* e inciso 1, e Art. 113, § 1º, V, todos do CC/02, é permitido às partes regular o risco consubstanciado na possibilidade de ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis que sejam aptos a deflagrar a revisão ou a resolução contratual, conforme o caso. A lei civil, em mais esta oportunidade, reforçou o conceito segundo o qual o risco representa um interesse legítimo conferido às partes convenentes, fazendo parte de contratos empresariais.

Do mesmo modo, a cláusula de não indenizar pactuada em contratos empresariais deve ter o exame de seu regime jurídico e definição de seus requisitos de validade analisados a partir do risco do inadimplemento e da indenização resultante, de forma que as partes possam livremente negociá-lo. Esta revisão dos requisitos da cláusula de não indenizar com base na noção fenomenológica de risco em contratos empresariais consubstancia o objetivo geral deste trabalho.

3.5.5 Cláusula Resolutiva Expressa

Os contratos são celebrados visando o regular cumprimento das obrigações pactuadas. Disso decorre a conclusão de que a forma natural e esperada para a extinção dos contratos é por meio do cumprimento integral das obrigações avençadas, que se dá essencialmente pelo pagamento, nos termos do Art. 320[567] do CC/02.

---

revisão e atualização do Código Civil previu expressamente a cláusula de *hardship* ao prever a inserção da nova redação do Art. 480, *in verbis*: "As partes podem estabelecer que, na hipótese de eventos supervenientes que alterem a base objetiva do contrato, negociarão a sua repactuação."

[567] "Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante."

Sucede que durante a execução do contrato podem ocorrer infortúnios que obstam o seu regular cumprimento, os quais compreendem os atos de inexecução voluntários e àqueles involuntários. Os primeiros são aqueles que decorrem do inadimplemento culposo do devedor, ao passo que os últimos resultam de fatos não oponíveis ao devedor, a exemplo do caso fortuito e da força maior (Art. 393[568], CC/02). Ambas as modalidades de incumprimento representam eventos futuros e incertos, portanto, passíveis de conversão em risco para a sua adequada alocação segundo a lógica econômica do programa contratual concebido pelos contraentes.

Especificamente sobre o inadimplemento absoluto, a lei confere à parte lesada o direito de resolver o contrato, ou exigir-lhe o cumprimento pelo equivalente, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos, consoante Art. 475[569] do CC/02.

Quando o contrato regula as hipóteses de resolução por inadimplemento, estar-se-á diante da cláusula resolutiva expressa; sendo a convenção silente, a cláusula resolutiva é presumida pela lei, que subentende a existência da cláusula resolutiva, sendo denominada, neste caso, de tácita ou implícita. Carlos Roberto Gonçalves explica as cláusulas resolutivas expressas e tácitas, conforme abaixo:

> Quando as partes a convencionaram, diz-se que estipulam a cláusula resolutiva expressa ou pacto comissório expresso, cuja origem remonta à *lex commisoria romana*, que protegia o vendedor contra o inadimplemento do comprador. Naquela época, sendo as prestações independentes, o vendedor, que confiara no comprador, estava sujeito a perder a coisa sem receber o preço, vindo daí a utilidade da cláusula. Na ausência de estipulação, tal pacto é presumido pela lei, que subentende a existência da cláusula resolutiva. Neste caso, diz-se que é implícita ou tácita.[570]

O Art. 474[571] regula os requisitos para a produção de efeitos de cada uma das modalidades de cláusula resolutiva, de forma que sendo ela expressa, opera-se de pleno direito a resolução, ao passo que se for tácita depende de interpelação judicial. A grande vantagem da cláusula resolutiva expressa, pois, é a "possibilidade de resolver extrajudicialmente, sem delongas, sem surpresas, nos termos pactuados no contrato, a relação obrigacional"[572]. Essa

---

[568] "Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."

[569] "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."

[570] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 158. v. III.

[571] "Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial."

[572] TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 168.

vantagem, contudo, ainda vem sendo inadequadamente tolhida por alguns julgados, como relata a doutrina[573].

Feita essa breve digressão conceitual sobre o instituto da cláusula resolutiva, vamos nos concentrar aqui, sem caráter de exaustão, nas cláusulas resolutivas expressas, tendo por enfoque os aspectos relacionados à negociação do risco do inadimplemento subjacente a essas cláusulas, reforçando que a regulação privada deste fenômeno consubstancia interesse legítimo merecedor de tutela, à semelhança do que ocorre na estipulação da cláusula de não indenizar, que igualmente tem por função a regulação sobre este mesmo evento adverso, com enfoque na repercussão indenizatória do inadimplemento. Esta análise reforçará na demonstração dos fundamentos que contribuem para justificar a revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar.

Neste sentido, as cláusulas resolutivas expressas consistem em estipulações contratuais por meio da qual os contraentes regulam "o direito de romper a relação contratual no caso de suceder fato de incumprimento por eles, como tal, previsto"[574].

Assim, além da previsão legal que admite a resolução do contrato por inadimplemento absoluto, nos termos do Art. 389[575], as partes podem convencionar cláusula resolutiva expressa, à luz das circunstâncias negociais e do programa contratual, para detalhar hipóteses que, se verificadas, autorizam o remédio resolutivo, como, por exemplo, o descumprimento de obrigações específicas, de modo que a parte lesada poderá fazer valer a resolução contratual de forma imediata[576].

Com efeito, a cláusula resolutiva expressa, em sua modalidade tradicional, tem a sua origem no inadimplemento absoluto, que consiste na lesão ao interesse do credor que torne a prestação inútil, sendo essa inutilidade aferida não com base na vontade íntima do credor, mas sim da inaptidão de a prestação cumprir sua finalidade dentro do programa contratual para a

---

573 ZANETTI, Cristiano de Sousa. A cláusula resolutiva expressa na lei e nos tribunais: o caso do termo de ocupação. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 360-377; NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 495.

574 NANNI, *op. cit.*, 2021, p. 479.

575 "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

576 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 479. O autor corrobora esta compreensão ao afirmar que: "Se, de um lado, a lei autoriza a extinção do liame na hipótese de inadimplemento absoluto (cláusula resolutiva tácita), de outro, as partes, na esfera de sua autonomia privada, podem particularizar o remédio resolutivo, definindo, no domínio de seus interesses e no contexto do programa contratual, que, se acontecido certo evento – p. ex., descumprimento de determinada ou de determinadas prestações –, a lesada pela inexecução tem o direito de manejar de pronto tal expediente."

satisfação do interesse daquele[577]. Se a prestação ainda puder ser cumprida e ser útil ao credor, a situação não será de inadimplemento absoluto, mas sim de mora, que não autoriza, como regra, o manejo da cláusula resolutiva expressa.

Contudo, as partes, quando se lançam a negociar a cláusula resolutiva expressa, podem definir que determinados eventos, se verificados, são aptos a serem considerados como inadimplemento absoluto, ainda que tais fatos não se enquadrem precisamente no conceito de inadimplemento a que se reporta o Art. 389 ou que se configurem como simples mora, de forma que, por convenção, o credor poderá manejar o remédio resolutivo[578]. Trata-se de uma convenção que tem por objeto, pois, regular o risco do inadimplemento absoluto que fundamenta a resolução contratual.

Apesar de sua origem estar associada à regulação do inadimplemento absoluto, a evolução hermenêutica da cláusula resolutiva expressa passou a admiti-la para a gestão de outros riscos que podem acometer a avença e sua função econômico-individual[579].

Sobre a possibilidade de as partes convencionarem a cláusula resolutiva expressa não somente para o caso de inadimplemento absoluto, mas também para outras hipóteses relacionadas a possíveis eventos compreendidos como riscos, Aline de Miranda Valverde Terra e Paula Greco Bandeira, em obra sobre o tema, assim explicam:

> Mas não é tudo. A cláusula resolutiva expressa consente ao contratante não inadimplente, ainda, transferir ao devedor o risco de sua insatisfação. Não obstante se afirme, usualmente, que a cláusula se destina a regular tão só o inadimplemento absoluto, não há óbice à inclusão, em seu suporte fático, de riscos diversos, desde que sua verificação conduza à disfuncionalização da relação obrigacional. Embora, em sua origem, o instituto estivesse ligado, de fato, ao inadimplemento absoluto, sua percepção histórico-relativa impõe a

---

577 TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 125.

578 Neste mesmo sentido, explica Giovanni Ettore Nanni: "Nada obstante a vertente da disciplina econômica, o presente estudo principal de premissa jurídica, em que se frisa a serventia da clausula resolutiva expressa como relevante instrumento para que os celebrantes, afora o que já franqueia a lei, dimensionem as hipóteses em que o elo pode ser rompido por incumprimento. Nesse atalho, não necessariamente o específico inadimplemento absoluto oriundo do Art. 389 do Código Civil, mas aquele fato – um ou vários – que, a partir do programa contratual, as partes atribuem como relevante para,se decorrido, ensejar a ruptura dos riscos assumidos na avença, comprometendo a continuidade de sua execução. Aos contratantes é atribuída a faculdade de avaliar, no momento genético da relação, quais resultados contratuais são considerados essenciais relativamente a economia global do contrato, pelo que podem subordinar a eficácia do pacto como um todo à realização de tais resultados. Portanto, de antemão, os contraentes avaliam as vantagens e os sacrifícios intrínsecos ao caso concreto, esquadrinhando os eventos que, na extensão de seus interesses, são aptos a serem convencionalmente considerados como descumprimento irremediável da avença – mesmo que, rigorosamente, aconteça de ser 'verbi gratia', episódio de mora ou outra conduta que se revele imprópria -, autorizando a resolução". (NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 482).

579 TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 54; NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 483.

> ampliação de seus confins, a permitir a gestão de outros riscos que, uma vez implementados, impeçam a promoção da função econômico-individual do negócio.[580]

Ainda segundo a autora, podem as partes, por exemplo, modificar o regime de alocação de riscos definido legalmente para, por exemplo, "redistribuir os riscos de caso fortuito e força maior, ou de qualquer outro evento que incida diretamente sobre a relação, inviabilizando a atuação do programa contratual"[581].

Tomemos a liberdade de detalhar o exemplo trazido pela autora de redistribuição dos riscos de caso fortuito e força maior. Imagine-se uma cláusula resolutiva expressa que discipline o direito à resolução ao credor caso o devedor não mantenha o fornecimento de produto essencial ao credor, ainda que decorrente de caso fortuito ou força maior, desde que este evento não seja superior a 30 (trinta) dias. O racional desta cláusula é o de que o devedor demonstrou ao credor que tem condições logísticas e operacionais para manter o fornecimento, a despeito de adversidades desta magnitude. Caso o devedor não cumpra a sua obrigação de abastecimento no referido período, terá sido caracterizado o inadimplemento, uma vez que o devedor internalizou o risco do caso fortuito e da força maior, limitado ao período de 30 (trinta) dias, como autoriza o Art. 393 do CC/02 de acordo com o qual "o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado."

É de se destacar o objeto dessas cláusulas, que é justamente reduzir o espaço hermenêutico para interpretação judicial diversa e disciplinar que certos acontecimentos se caracterizam, *per se*, como inadimplemento absoluto; ou definir riscos mapeados pelas partes que, se materializados, podem motivar a resolução do contrato. Não fosse a cláusula resolutiva expressa, as referidas hipóteses identificadas como inadimplemento ou os eventos descritos pelas partes poderiam não se subsumir, no primeiro caso, à hipótese de inadimplemento absoluto (a contraparte não concordar que se trata de um inadimplemento que conduza a perda da utilidade da prestação), ou, no segundo caso, sequer configurar hipótese de resolução do contrato por não ser um evento imputável ao devedor.

As partes, portanto, realizam avaliações de probabilidade e impacto de não configuração de determinados eventos como hipóteses de inadimplemento absoluto (probabilidade), o que resultaria na obrigação de se manterem obrigadas ao contrato (impacto);

---

[580] TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Vol. 6. Out/Dez 2015, p. 15.

[581] TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 54.

ou de eventos que, em condições normais, não autorizariam a resolução e por isso desejam expressamente mencioná-los como hábeis a fundamentar o direito potestativo à rescisão, de forma a mitigar o impacto de se manterem obrigadas ao vínculo contratual, a despeito da ocorrência do referido evento.

Logo, as partes expressamente convencionam, *ex ante*, que as hipóteses específicas descritas configuram inadimplemento absoluto apto a fundamentar o remédio resolutivo ou riscos que justificam o mesmo direito formativo à resolução por entenderem que a função prático-social do contrato fora comprometida.

Outrossim, por meio das cláusulas resolutivas expressas, os partícipes da relação contratual indicam as hipóteses que autorizam o exercício legítimo do remédio resolutivo, abrangendo a inexecução de obrigações consideradas essenciais para satisfação do interesse do credor e/ou os eventos adversos futuros, entendidos como riscos, que igualmente passam a autorizar à resolução.

Vale ressaltar, ainda, que está na esfera da autonomia privada das partes disciplinar as hipóteses que não autorizam a resolução contratual, numa estipulação que visa, ao fim e ao cabo, deixar claro que determinadas estipulações contratuais e/ou riscos identificados pelas partes não são materialmente relevantes a justificar o manejo do referido instrumento de resolução. Trata-se, em alguma medida, da renúncia ao remédio resolutivo, o que é plenamente possível, como já afirmou Pontes de Miranda[582].

Sobre a prerrogativa conferida às partes para regular os pressupostos da resolução, fundamental mencionar que o Art. 421-A, inciso I, é claro ao dispor que "as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução".

Do que foi exposto até o momento em relação às cláusulas resolutivas expressas, podemos extrair que tais estipulações representam típico instrumento de gestão de riscos, notadamente o risco do inadimplemento absoluto, bem como o risco de superveniência de evento adverso capaz de impactar a relação obrigacional.

Confirmando este entendimento, Aline de Miranda Valverde Terra afirma que a cláusula resolutiva expressa consiste em "ferramenta à disposição dos contratantes destinada à alocação e (ou) disciplina dos efeitos dos riscos do negócio"[583]. Giovanni Ettore Nanni explica

---

[582] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 243. v. 5.

[583] TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 53.

a vocação da cláusula resolutiva expressa para a alocação dos riscos do inadimplemento, como se depreende da passagem abaixo:

> A cláusula resolutiva expressa é vocacionada, na dimensão dos riscos, das vantagens e dos sacrifícios albergados no programa contratual, a demarcar os fatos que os contraentes precisam como inadimplemento convencional, visto que, dada a maleabilidade da figura, podem indicar eventos que, a rigor, na definição legal, não necessariamente configurariam inadimplemento absoluto.[584]

Neste contexto, a cláusula resolutiva expressa, assim como a cláusula de não indenizar, consiste em instrumento emergente da autonomia privada das partes que viabiliza a regulação do risco do inadimplemento e/ou do advento de fatos futuros e incertos, compreendidos como risco, que podem acometer a relação jurídico-contratual[585].

A sua estipulação e exercício visam proteger interesse merecedor de tutela das partes, que são os potenciais impactos das situações abrangidas em seu suporte fático, dentre as quais se incluem o inadimplemento absoluto e a materialização dos riscos mapeados *ex ante* pelos atores contratuais. A referida disposição, além de encontrar guarida nos Arts. 474 e 475 do CC/02, também encontram proteção jurídica no Art. 421-A, inciso I, que faz referência à autonomia negocial sobre os pressupostos da resolução, e inciso II, pilar da liberdade contratual para alocação de riscos do negócio.

Trata-se de mais um instituto que consubstancia a ideia segundo a qual os riscos identificados pelas partes na estruturação do negócio jurídico, neste caso o risco do inadimplemento e suas consequências, se consubstanciam como um fato econômico que atrai o interesse das partes em sua regulação, de forma a disciplinar a adequada alocação contratual, com base nas percepções de probabilidade e impacto, bem como da utilidade visualizada pelos seus partícipes na estipulação. A doutrina vem destacando que a sua validade deve passar por

---

584 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 519.

585 *Idem, ibidem*, p. 521. "Porém, haja vista os investimentos realizados e as previsões de amortização, os planos de negócios, as metas, os custos, as expectativas e as projeções de ganho ou perda (a depender da conveniência), a longa duração prevista, a chamada alocação de risco assume maior relevância no contrato, pelo que os celebrantes se embrenham na elaboração de cláusulas que reflitam acentuada minúcia na atribuição das responsabilidades e no dimensionamento da execução do ajuste, incluindo os contratempos, no que se inclui o inadimplemento. A depender de todos esses fatores, sem desconsiderar outros, convencionar as consequências do inadimplemento é medida de suma importância na preservação do panorama arquitetado. A resolução contratual por incumprimento é uma delas, mas não a única. Caso se mostre oportuno para as partes que o liame não seja extinto, preservando-o mesmo na hipótese de patologia, é plenamente lícito que assim acordem. Inexiste violação à norma de ordem pública, situando-se o acerto no compartimento reservado à autonomia privada."

este exame de alocação de riscos, bem como sobre a detecção de interesses jurídicos merecedores de tutela. É exatamente o que defendemos para a cláusula de não indenizar.

É a partir dessa premissa estrutural, ou seja, da compreensão do risco como um fato econômico que atrai o interesse das partes em sua alocação, que demonstraremos em que medida os requisitos de validade da cláusula de não indenizar merecem a revisão que é o objeto central deste trabalho.

3.5.6 Transação

A transação consiste em negócio jurídico que visa prevenir ou extinguir litígios por meio de concessões mútuas, conforme se depreende do Art. 840, em que se estabelece que "é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas".

Para Pontes de Miranda, transação consiste no negócio jurídico "em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade, ou eficácia"[586].

De acordo com o Art. 841[587] do CC/02, apenas os direitos patrimoniais privados podem ser objeto da transação, do que se depreende, *a contrário sensu*, que os direitos não patrimoniais, como aqueles relativos à personalidade, às questões do direito de família e estado das pessoas, dentre outras acobertadas pelo interesse social e ordem pública, estão excluídas da autonomia privada das partes para se valerem da transação.

Quanto à sua natureza, a transação é contrato, produzindo efeitos de pagamento indireto, com eficácia liberatória. Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves afirma que "na sua constituição, aproxima-se do contrato, por resultar de um acordo de vontades sobre determinado objeto; nos seus efeitos, porém, tem a natureza de pagamento indireto".[588] Trata-se de contrato bilateral, oneroso, comutativo e formal[589].

A transação pode ser terminativa, se a controvérsia já tiver sido instaurada judicialmente, ou preventiva, se destinada a prevenir litígio com potencialidade de instauração

---

[586] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 117. v. 35, n. 3027.
[587] "Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação."
[588] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 548. v. III.
[589] GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 499.

por existir dúvida sobre direitos e obrigações emergentes da relação jurídica. O efeito da transação é a extinção da relação jurídica controvertida, pela eliminação de sua incerteza[590].

Sem a pretensão de esgotar seu regime jurídico, trazemos os aspectos gerais da transação para demonstrar que o risco também integra o seu objeto e faz parte de sua função econômica, assim como ocorre com a cláusula de não indenizar.

A primeira assertiva que se deve registrar é a de que a transação visa eliminar incerteza emergente de uma relação jurídica por meio de concessões recíprocas. Esta é a sua causa essencial. Disso decorre, pois, que o objeto da transação é, em princípio, toda relação jurídica que seja *res dubia*, podendo recair sobre relações reais, obrigacionais, familiares ou sucessórias[591].

Com efeito, as partes, cientes da possibilidade de ocorrência futura de eventos desfavoráveis, como o desfecho desvantajoso de um litígio potencial ou já em curso, após a ponderação dos aspectos de probabilidade e impacto, julgam valiosa a iniciativa de regular esses riscos, eliminando-os, o que se dá mediante concessões mútuas reguladas pelo negócio jurídico da transação. Fazendo referência à transação preventiva, Orlando Gomes destaca que tal negócio jurídico "elimina-se a incerteza dos direitos que cada interessado supõe ter, fazendo-se composição amigável"[592].

A transação, pois, tem por objeto a regulação dos riscos associados ao surgimento de um potencial litígio ou a impactos adversos que podem resultar de uma contenda já instaurada, riscos esses que pretendem, por meio da transação, eliminar. Carlos Roberto Gonçalves também destaca o papel da transação no tratamento do risco ao afirmar que ela "resulta de um acordo de vontades, para evitar riscos de futura demanda ou para extinguir litígios judiciais já instaurados, em que cada parte abre mão de uma parcela de seus direitos, em troca da tranquilidade"[593].

Interessante notar que a transação pode ser admitida ainda que a controvérsia tenha por origem a suposta prática de dolo ou culpa grave do agente. Suponha-se, por exemplo, um contrato de fornecimento de aerogeradores para um parque eólico, em que o fornecedor já se encontra em atraso no fornecimento contratado. O empreendedor e contratante do fornecimento, irresignado com o atraso, descobre que os aerogeradores contratados estão sendo enviados em benefício de outro cliente, em seu deliberado prejuízo. O empreendedor, então,

---

[590] *Idem, ibidem*, 1990, p. 501.
[591] *Idem, ibidem*, 1990, p. 500.
[592] *Loc. cit.*
[593] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 545. v. III.

instaura procedimento arbitral para obter aplicação das multas e demais prejuízos sofridos em razão do atraso, imputando ao devedor a prática de dolo. No curso da arbitragem, empreendedor e fornecedor alcançam acordo para encerramento da arbitragem. A transação, neste caso, em que pese a suposta prática de dolo do devedor, é plenamente lícita. Isto porque, sendo direito patrimonial disponível, o empreendedor concordou em aceitar as condições do acordo judicial, preferindo não correr o risco do desfecho do procedimento arbitral (como, por exemplo, o não reconhecimento do dolo no caso concreto). Trata-se de um juízo de probabilidade e impacto decorrente dos potenciais resultados de um potencial litígio, que podem variar desde a completa vitória até a derrota, com os severos ônus da sucumbência. Nesta hipótese, haveria algum questionamento do acordo celebrado? Entendemos que não, por se tratar de direitos patrimoniais disponíveis e porque as partes têm sobre o risco do procedimento arbitral uma análise racional que justifica a sua tomada de decisão, baseada na utilidade esperada.

Com efeito, a transação é mais um exemplo de negócio jurídico que tem por objeto riscos emergentes de relações jurídicas, os quais são alocados pelas partes por meio de concessões recíprocas, constatação essa que reforça a conclusão segundo a qual a regulação de riscos consiste em interesse jurídico merecedor de tutela, e que encontra guarida no já muitas vezes mencionado Art. 421-A, inciso II, do CC/02.

Compreender, portanto, o risco como elemento que compõe o negócio jurídico certamente contribuirá para contrapor os fundamentos que são manejados pela doutrina clássica para negar validade à cláusula de não indenizar em determinadas situações jurídicas, como a sua inoponibilidade para as situações envolvendo dolo ou culpa grave. Este trabalho visa, assim, revisitar esses requisitos, com base numa visão fenomenológica de risco, especialmente no âmbito dos contratos empresariais.

3.5.7 Garantias

As garantias são negócios jurídicos que visam proporcionar um reforço à posição jurídica do credor face ao risco de incumprimento das obrigações do devedor. Em outras palavras, as garantias são estipuladas essencialmente para mitigar o risco de inadimplemento.

Como regra geral, o patrimônio do devedor consubstancia a garantia geral do cumprimento de suas obrigações[594]. Este é o comando do Art. 391 do CC/02, segundo o qual, "pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor". Tendo em vista

[594] ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 420. v. II.

este importante papel exercido pelo patrimônio, a lei garante diversos mecanismos de conservação do referido patrimônio, abrangendo, mas sem se limitar, a cominação de nulidade de atos jurídicos (fraude contra credores), arresto etc.

Contudo, esta garantia geral não se mostra suficiente para mitigar os riscos que podem advir do inadimplemento, não somente em razão da incerteza quanto à estabilidade financeira do devedor ao longo de toda a vigência do contrato, mas também pelos desafios de liquidez impostos ao credor para excutir esta garantia geral e indeterminada para a satisfação do seu crédito[595].

É dentro deste contexto que emergem as garantias especiais, que podem envolver terceiros ou bens. Tradicionalmente, as garantias são classificadas em reais e fidejussórias ou pessoais. As primeiras se refletem na técnica de "criação de um novo direito real, um direito real de garantia, que incide sobre um bem na esfera do devedor ou de terceiro"[596]. São exemplos de garantias reais a hipoteca, incidente sobre bens imóveis, e o penhor, abrangidas todas suas modalidades, que incide sobre bens móveis. As garantias fidejussórias ou pessoais, por sua vez, o reforço da posição jurídica do credor é assegurado pelo patrimônio de um terceiro, que pode ser responsabilizado pelo incumprimento da obrigação assegurada, como ocorre no aval e na fiança[597].

A referida classificação, contudo, não esgota as diversas modalidades de garantia que foram sendo desenvolvidas ao longo do tempo, algumas delas absorvidas pela legislação, e outras pela sua prática habitual em determinados tipos de operações de alta complexidade. A doutrina tem proposto, assim, uma classificação ampliativa, comportando as garantias especiais sobre direitos (penhor de créditos e cessão de créditos em garantia), as garantias sobre universalidades e as garantias especiais atípicas, também conhecidas como impróprias[598].

---

595 "Ao lado da garantia geral representada pelos patrimônios das partes, as operações comerciais exigem, via de regra, a constituição de garantias complementares, com o escopo de respaldar o cumprimento adequado das obrigações nelas assumidas, tanto de natureza real como pessoal" (LEÃO, Luiz Gastão Paes de Barros. O seguro-garantia sob a modalidade de antecipação de pagamentos. *In*: WALD, Arnoldo (Org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 863-874. v. 4).

596 VASCONCELOS, Miguel Pestana de. Riscos das garantias e riscos dos credores. O eterno jogo de xadrez. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 294.

597 "Entre as garantias fidejussórias, prestadas por um devedor diferente e implicando uma segunda relação obrigacional, tem-se os exemplos do aval, da fiança, do seguro garantia, carta conforto etc. Derivado do prefixo latino "*fides*", que significa crença, fé, sinceridade, confiança, crédito, tal modalidade de garantia tem em seu fundamento a fidelidade do garantidor em cumprir sua obrigação, caso o devedor não o faça, e a crença do credor de que o devedor e garantidor adimplirão a prestação garantida". (SODERO FILHO, Fernando Pereira. **Garantias das operações de crédito**. São Paulo: Cadernos IBCB, 1990, p. 32).

598 GUILHARDI, Pedro. Breve panorama das garantias especiais impróprias e o controle de risco. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 316.

As garantias impróprias, também denominadas de "indiretas", "aparentes" ou "atípicas", recebem tais intitulações pelo fato de que, apesar de não gozarem da função típica de garantia, geram liquidez na satisfação do crédito e reforçam, portanto, a posição jurídica do credor. Deste modo, as garantias impróprias abrangem "negócios jurídicos, cláusulas e institutos legais que, propriamente, não são garantias"[599].

Neste contexto, os negócios fiduciários passaram a assumir grande protagonismo, tendo a alienação fiduciária em garantia se despontado em determinados segmentos, notadamente na incorporação imobiliária, assim como negócios atípicos que, sob a perspectiva funcional, se revestem do mesmo escopo de garantia, como as contas vinculadas (*escrow*) em operações de fusões e aquisições, cláusulas de *cross default*[600], cláusulas de *negative pledges*[601], cláusulas de inalienabilidade, mecanismos de monitoramento da evolução patrimonial do devedor em contratos financeiros, *step in rights* em contratos de financiamento de empreendimentos, dentre outras diversas modalidades[602].

Além disso, outros institutos do direito civil também são utilizados frequentemente como mecanismos de garantia, com destaque para a compensação, o mandato, o direito de retenção, a exceção de contrato não cumprido, a exceção de inseguridade e a solidariedade passiva, que permite ao credor, no caso de pluralidade de devedores, executar a dívida de quaisquer deles.

---

599 *Idem, ibidem*, p. 317.

600 "A cláusula de *cross-default* prevê que o incumprimento ou outra falta contratual praticada pelo devedor de qualquer contrato celebrado entre o devedor e o beneficiário daquela cláusula repercute tanto no contrato relativamente ao qual o incumprimento ou a falta se verificou, como nos demais contratos (em princípio, especificamente elencados ou previstos), independentemente de nestes ter, ou não, ocorrido algum incumprimento". (GUILHARDI, Pedro. Breve panorama das garantias especiais impróprias e o controle de risco. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coords.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 328).

601 *Idem, ibidem*, p. 331. "O conteúdo da cláusula de *negative pledge* representa obrigação negativa que impõe ao devedor não onerar bens que constituem o seu patrimônio com outras garantias pessoais e/ou reais, além daquelas que existem no momento da assunção da obrigação, sob pena de o favorecido pela prestação assumida poder se socorrer das sanções aplicáveis ao contrato em razão do descumprimento pelo devedor da obrigação de não oneração adicional".

602 VASCONCELOS, Miguel Pestana de. Riscos das garantias e riscos dos credores. O eterno jogo de xadrez. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coords.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 290. "Outras cláusulas de garantia têm estruturas diferentes. Recorremos a três exemplos. As cláusulas que permitem ao credor controlar, quer o financiamento, quer a evolução patrimonial do devedor. Atingidos os índices previstos no contrato o credor poderá exigir que o devedor adote determinadas medidas, e, caso não o sejam, verificar-se um evento of default que lhe conferirá o direito a provocar o vencimento antecipado da obrigação. E nesse caso poder valer-se de uma outra garantia prestada por terceiro. As cláusulas que funcionem como *cross default*, permitindo ao credor provocar o vencimento antecipado, se o devedor incumprir um outro contrato face a ele ou perante terceiro. Por fim, com uma estrutura técnica diversa, e uma finalidade também distinta, os *step in rights*, que permitem ao credor ocupar a posição do devedor/empreiteiro em certos termos para que a obra que este se obrigou a realizar não seja interrompida".

Também não é propósito deste trabalho exaurir a temática das garantias. Aqui se propõe a demonstrar como este instituto tem relação direta com o risco do inadimplemento, da mesma forma que outro, este sim tema desta tese, a cláusula de não indenizar, também tem em sua essência a percepção do risco da inexecução enquanto fenômeno fático.

Assim, as garantias são contratadas tendo por finalidade essencial mitigar o risco do incumprimento do devedor face ao credor, que passa a dispor de instrumentos complementares e específicos para a satisfação do seu crédito. Seu objeto central é o risco do inadimplemento, da mesma forma que a cláusula de não indenizar. Se diferenciam, contudo, por atenderem a diferentes esferas de interesses. A cláusula de não indenizar é estipulada em benefício do devedor, interessado em conter os potenciais efeitos indenizatórios, ao passo que as garantias especiais, próprias e impróprias, visam reforçar a posição jurídica do credor, assim como ocorre com a cláusula penal e com o seguro de responsabilidade civil.

Diante do exposto, podemos também concluir que os negócios jurídicos de garantia também encontram a sua razão de ser, a sua causa, isto é, a sua função prático-social ou econômico-social[603], a mitigação do risco do inadimplemento, depreendido de uma análise racional de probabilidade e impacto, contribuindo para solidificar o entendimento segundo o qual os agentes empresariais se valem de diversos mecanismos contratuais para alocar riscos entre si, não sendo diferente com a cláusula de não indenizar. E por isso, seus requisitos de validade devem se revisados para se adequarem à esta premissa conceitual.

[603] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 153.

4 GESTÃO DO RISCO DO INADIMPLEMENTO

4.1 Uma breve digressão sobre Responsabilidade e sua Regulação Privada

Muitos autores associam a responsabilidade ao dever de reparar o dano causado[604]. O fundamento reside, segundo Karl Larenz, na ideia de que a responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, deriva da violação a bens jurídicos merecedores de tutela que devem ser reparados[605].

A relação da responsabilidade civil com o dever de reparação dos danos causados pode ser explicada pela própria origem e evolução da responsabilidade, que passou a estar circunscrita à constrição patrimonial do devedor, abandonando as práticas medievais de punições físicas impostas aos inadimplentes[606].

Adotando-se uma perspectiva kelseniana, a noção de responsabilidade deve ser compreendida como um nexo de imputação[607] entre uma determinada conduta prevista na norma jurídica e consequências jurídicas também por aquela reguladas, as quais são deflagradas não por uma relação de causalidade, mas sim pela determinação prevista na norma jurídica, a que se intitula de imputação. Ou seja, a responsabilidade civil pode ser entendida como um elo

---

[604] SAVATIER, René. ***Traité de la responsabilité em droit français***. 2.ed. Paris: Librairie Generale de Droit, 1951, p. 1. t. 1; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2014, p. 276.

[605] LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Diéz-Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p. 114.

[606] É o que relatam Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes ao explicar o que se segue: "Os ritos corporais macabros, relatados pelo antigo direito romano, são, enfim, banidos das legislações dos povos civilizados, e a obrigação civil adquire feição unicamente patrimonial, delineando-se, então, o arcabouço teórico que rege até hoje a responsabilidade civil." (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 2. v. 4).

[607] Hans Kelsen explica a noção de imputação, *in verbis*: "Se se designa como 'imputação' a ligação de pressuposto e consequência expressa na proposição jurídica com a palavra 'dever-ser', de modo algum se introduz, com isso, uma nova palavra numa disciplina que já de há muito opera com o conceito de 'imputabilidade'. Imputável é aquele que pode ser punido pela sua conduta, isto é, aquele que pode ser responsabilizado por ela, ao passo que inimputável é aquele que – porventura por ser menor ou doente mental – não pode ser punido pela mesma conduta, ou seja, não pode por ela ser responsabilizado. Diz-se, na verdade, que a um, e já não ao outro, lhe é imputada a sua ação ou omissão. Porém, a ação ou omissão em questão é precisamente imputada ou não é imputada pelo fato de, num dos casos, a conduta ser ligada a uma consequência do ilícito e, assim, ser qualificada como ilícito, enquanto que, no outro caso, tal já não acontece, pelo que um inimputável não pode cometer um ilícito. Isso, porém, significa que a imputação não consiste noutra coisa senão nesta conexão entre o ilícito e a consequência do ilícito. [...] Também a conduta de um inimputável é a sua conduta, a sua ação ou omissão, se bem que não seja um ilícito imputável. A imputação que se exprime no conceito de imputabilidade é a ligação de uma determinada conduta, a saber, de um ilícito, com uma consequência do ilícito. Por isso pode dizer-se: a consequência do ilícito é imputada ao ilícito, mas não é produzida pelo ilícito, como sua causa. É evidente que a ciência jurídica não visa uma explicação causal dos fenômenos jurídicos: ilícito e consequências do ilícito. Nas proposições jurídicas pelas quais ela descreve estes fenômenos ela não aplica o princípio da causalidade, mas um princípio que – como mostra esta análise – se pode designar por imputação." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 91).

de conexão entre o suporte fático da norma jurídica e os efeitos jurídicos por ela determinados. É o que explica Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira:

> A responsabilidade civil constitui uma ligação entre uma conduta e uma eventual consequência, estabelecidas pelo ordenamento jurídico vigente. [...]. Dessa forma, a palavra responsabilidade, dentro da ciência jurídica, pode ser entendida como uma forma específica de imputação, representando o nexo existente entre pressupostos condicionantes e consequências jurídicas condicionadas. Nos exemplos acima citados, o ato culposo que gera dano e a não execução culposa do contrato figuram como pressupostos condicionantes. O surgimento do dever de ressarcir o dano – nas duas hipóteses – e a sujeição à execução específica, sob pena de multa ou o dever de ressarcir terceiro escolhido para executar a prestação em seu lugar – na segunda hipótese -, figuram como consequências jurídicas condicionadas.[608]

Neste contexto, diz-se que na responsabilidade civil, aquiliana ou extracontratual, tal pressuposto é a consumação de uma lesão a terceiros em razão de ato ilítico, fazendo emergir ao credor o direito à reparação do dano que lhe foi causado, além de outras consequências jurídicas. Na responsabilidade contratual, especificamente, o suporte fático da norma que faz emergir a responsabilidade, ou seja, o ilícito, é o incumprimento da obrigação, que confere ao credor uma série de posições jurídicas subjetivas ativas[609] em desfavor do devedor, notadamente o dever de exigir a reparação por perdas e danos.

É de se reconhecer, todavia, que, sob a perspectiva jurídico-dogmática, o conceito de responsabilidade não se restringe ao dever de indenizar. Enquanto nexo de imputação de consequências jurídicas diversas, o inadimplemento, que faz surgir a responsabilidade contratual, deflagra uma série de efeitos jurídicos, dentre os quais se incluem o dever de indenizar, a resolução do contrato, o direito ao devedor de opor determinadas exceções etc.

---

608 BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 30.

609 Giuseppe Lumia explica que os sujeitos titulares de posição jurídica ativa numa relação jurídica são aqueles que gozam de possibilidades jurídicas de impor comportamentos a outrem. É o que se depreende da seguinte passagem: "A posição jurídica subjetiva é o lugar que cada um dos sujeitos ocupa no contexto da relação jurídica; esta se estabelece, normalmente, entre dois sujeitos (ou, mais corretamente, entre duas PARTES ou POLOS), um dos quais tem a necessidade jurídica de se comportar de determinado modo, e o outro a possibilidade jurídica, exercitável em face do primeiro, para que este se comporte naquele modo determinado. Isto permite distinguir em dois tipos as posições jurídicas elementares; aquelas que importam em necessidades jurídicas comportamentais e aquelas que atribuem possibilidades jurídicas de impor comportamentos a outrem. As primeiras são chamadas posições jurídicas subjetivas PASSIVAS. As segundas denominam-se posições jurídicas subjetivas ATIVAS. Porque à possibilidade de um sujeito corresponde a necessidade jurídica comportamental de outro sujeito, a relação jurídica aparece como a correlação de duas posições jurídicas subjetivas de sinal oposto e de igual conteúdo." (LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Trad. De Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 7.)

Os referidos efeitos, como será visto no capítulo seguinte, são incertezas decorrentes do contrato e podem ser convertidas em risco, a partir do exame da probabilidade e impacto de sua ocorrência, de modo que passam a ser objeto de interesse das partes acerca de sua regulação.

Sucede que no âmbito da responsabilidade contratual, os efeitos previstos na norma jurídica, que nos referimos como passíveis de disposição pelas partes, são deflagrados a partir do inadimplemento, cujo conceito pressupõe o estabelecimento de uma relação contratual privada livremente implementada entre os convenentes. Disso decorre que os efeitos da responsabilidade contratual estão condicionados à existência de uma obrigação contratual pretérita, cujos contornos são definidos pelas partes no momento genético do acordo, em pleno exercício da autonomia privada.

Ademais, podem os convenentes atuar não somente no alcance da obrigação cuja inexecução faz emergir a responsabilidade, como também nos seus fundamentos ou pressupostos, mediante uma qualificação, a exemplo da vinculação do inadimplemento a um determinado grau de culpa ou da definição contratual de hipóteses excludentes de responsabilidade.

Assim sendo, temos que as partes podem atuar na fonte contratual de onde emerge a responsabilidade (o contrato e estipulação dos direitos, deveres e obrigações), nos pressupostos da responsabilidade (gravidade da culpa, por exemplo) ou nos seus efeitos legalmente definidos. Seja qual for a metodologia a ser adotada pelas partes, elas têm por objetivo modificar o regime geral da responsabilidade civil contratual, de forma a agravar ou mitigar os efeitos produzidos por este arcabouço legal.

Ana Prata assim se pronuncia sobre este expediente legítimo que pode ser manejado pelos agentes particulares:

> Proceder-se-á – para melhor situar no campo da realidade contratual o objeto do presente trabalho – a um enunciado de cláusulas modificadoras dos regimes legalmente fixados para os casos de não cumprimento total ou parcial.
> Este enunciado – que não se pretende, nem poderia ser, exaustivo – não obedecerá, porém, a rigorosos critérios de classificação das cláusulas referidas. É que, sendo teoricamente possível formular critérios formalmente rigorosos para a seriação classificativa das cláusulas, na prática contratual estas têm, porém, frequentemente âmbitos complexos que justificariam a sua inserção em mais do que um grupo. Por outro lado, se se afigura clara a distinção entre cláusulas agravadoramente modificativas da responsabilidade contratual e cláusulas de aligeiramento dessa responsabilidade, já na habitual – e tantas vezes essencial – classificação destas últimas em cláusulas de

> exclusão e de limitação da responsabilidade se verifica o emprego de critérios muito diversos.[610]

Dentre as hipóteses de agravamento da responsabilidade, podemos mencionar a cláusula penal, que confere ao credor a alternativa de executar o seu montante, enquanto mecanismo de prefixação das perdas e danos. Se ausente a referida estipulação, o credor somente teria o caminho de pleitear perdas e danos, cujo ônus probatório seria dele na liquidação.

Já no que tange às hipóteses de atenuação da responsabilidade, podemos mencionar o regramento que inverte o ônus probatório sobre o inadimplemento, que presumidamente recai sobre o devedor, tranferindo-o ao credor, ou mesmo a definição de um qualificador para a carcterização do inadimplemento do devedor, isto é, que este somente responde no caso de inadimplemento decorrente de dolo ou culpa grave. A cláusula de não indenizar é, também, típica hipótese de atenuação da responsabildiade, na medida em que exonera ou limita o dever de indenizar imposto ao devedor junto ao credor, sendo uma exceção ao princípio da reparação integral.

A mensagem que se busca transmitir é que todas essas estipulações são mecanismos de gestão contratual da responsabilidade civil. No item a seguir, trataremos especificamente da gestão contratual do risco do inadimplemento e de seus efeitos, que representam incertezas que podem ser geridas contratualmente, de modo a serem convertidas em risco para regramento entre elas sobre sua alocação.

Assim, além de abordar seus aspectos gerais, abordaremos alguns expedientes que são manejados para a gestão contratual do inadimplemento e suas consequências. A ideia é mostrar que este expediente de gestão e alocação eficiente feito pelas partes, com base em percepções racionais de probabilidade e impacto, observada a utilidade esperada, deve fazer parte do exame de integridade da cláusula de não indenizar, inclusive quanto a seus requisitos de validade, cuja revisão se defende neste trabalho a partir da compreensão do fenômeno do risco em contratos empresariais.

---

[610] PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 31.

4.2 Gestão Contratual do Risco do Inadimplemento

Neste item, vamos afunilar a pesquisa ao instituto do inadimplemento das obrigações segundo o ordenamento jurídico brasileiro no âmbito de contratos empresariais paritários, isto é, estabelecidos entre agentes econômicos empresariais que se encontram, por presunção legal, em equivalentes condições de negociação, nos termos do Art. 421-A, *caput*[611], do CC/02.

Além de tratar do conceito e modalidades do inadimplemento, o objetivo deste item consiste em demonstrar como o instituto da inexecução contratual em si representa uma incerteza emergente da convenção, de modo que, a partir das análises de probabilidade e impacto, pode ser convertido em risco passível de gerenciamento por meio de negócios jurídicos, dentre os quais se inclui a cláusula de não indenizar.

Na sequência, demonstrar-se-á que, além do inadimplemento ser uma incerteza conversível em risco, os próprios efeitos que a norma jurídica descreve para o inadimplemento também são incertezas que, uma vez analisadas sob as perspectivas da probabilidade e impacto, podem ser convertidas em análise de risco para propósitos de gestão pelas partes contratantes.

Finalmente, após exploradas as noções do inadimplemento e dos seus efeitos como riscos passíveis de gestão, faremos a conexão a proposta deste trabalho, consistente na necessidade de revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar, os quais deixam de considerar as perspectivas aqui reproduzidas, o que pode representar um obstáculo para a segurança jurídica e contratual que esta cláusula busca proporcionar.

4.2.1 Inadimplemento Contratual como um Risco da Convenção

Como regra geral, espera-se que a extinção do contrato somente se opere quando do cumprimento integral das obrigações pactuadas. Trata-se da irradiação do princípio da força obrigatória dos contratos, traduzido pelo aforisma "*pacta sunt servanda"*. Contudo, o cumprimento das obrigações contratuais pode sofrer perturbações.

A despeito das críticas acerca da classificação dicotômica do inadimplemento[612], do ponto de vista legal, este se divide em duas modalidades: o inadimplemento absoluto e a mora.

---

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

[612] Parte da doutrina entende que essa classificação não abrange todas as possíveis situações de não cumprimento satisfatório, como o instituto da violação positiva do contrato, que seria uma terceira espécie. Defendem a violação positiva como uma terceira espécie: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**.

O critério para diferenciação entre as modalidades reside na possibilidade ou não de cumprimento da prestação. Agostinho Alvim explica a diferença entre inadimplemento absoluto e mora ao dizer que "há inadimplemento absoluto quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber a prestação; há mora quando persiste essa possibilidade"[613].

Sucede que a possibilidade de cumprimento da obrigação deve ser aferida segundo o interesse do credor, na medida em que a prestação ainda lhe seja útil, o que deve ser analisado sob a perspectiva econômica da obrigação inadimplida. Outrossim, caso o inadimplemento resulte na impossibilidade de cumprimento da prestação em razão da perda do interesse do credor pela prestação convencionada, por tê-la se tornado inútil aos seus interesses objetivamente verificáveis, estar-se-á configurado o inadimplemento absoluto; por outro lado, caso a obrigação ainda seja útil ao credor, a situação será de mora[614].

A mora, a despeito de ainda conservar a possibilidade de cumprimento, pode se converter em inadimplemento absoluto na medida em que acarrete a perda da utilidade da prestação sob a ótica do interesse do credor. Neste sentido, o Artigo 395, parágrafo único do CC/02, estipula que "se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos."

O inadimplemento absoluto importa, assim, na ruptura total do contrato, por perda do interesse do credor na prestação que se tornou inútil em razão do descumprimento, momento em que se deverá apurar a responsabilidade contratual emergente do inadimplemento imputável ao devedor, que compreende uma série de consequências legais, sendo uma delas o dever de indenizar.

A mora, por sua vez, se caracteriza quando o devedor não efetua o pagamento ou quando o credor não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer, nos termos do Art. 394[615] do CC/02. Destaque-se o trecho final do referido dispositivo que não restringe a mora ao simples ao retardamento. Esta também abrange o

---

Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 266-268; STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quarter Latin, 2014, p. 214-239). Em sentido diverso, sustentando que a violação positiva do contrato não se coaduna com o Direito Civil pátrio: NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 48.

[613] ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 57.

[614] É como se posiciona Agostinho Alvim: "Acompanhando a doutrina dominante, nós entendemos que o critério para a distinção reside, efetivamente, na possibilidade ou impossibilidade, mas essa possibilidade ou impossibilidade, com maior precisão, não há de se referir ao devedor, e sim ao credor: possibilidade ou não de receber a prestação, o que é diferente". (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 55).

[615] "Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer."

pagamento em lugar e/ou forma distinto do que a lei ou a convenção tiver estabelecido. Neste sentido, Agostinho Alvim ressalta que "é certo que a mora, via de regra, manifesta-se por um retardo, embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar e forma – art. 955)"[616].

Ao contrário do inadimplemento absoluto, a mora, justamente pelo fato de a prestação ainda ser útil ao credor, admite a purgação nas hipóteses previstas no Art. 401[617] do CC/02.

Para a configuração do inadimplemento, seja ele absoluto ou mora, é necessário que o descumprimento tenha decorrido de conduta culposa do devedor. Em matéria de inadimplemento contratual, a culpa é presumida e decorre do simples descumprimento da obrigação[618]. É o que se depreende do Art. 389[619], no caso de inadimplemento absoluto, e do Art. 394[620] do CC/02, relativo à mora. A presunção legalmente definida, de caráter *iuris tantum*, permite ao credor apenas demonstrar o inadimplemento, cabendo ao devedor o ônus da prova sobre a ocorrência de fatos excludentes de sua responsabilidade, a exemplo do caso fortuito ou força maior[621].

O inadimplemento desperta a produção de alguns efeitos jurídicos, entre os quais se incluem o dever de indenizar, que devem ser compreendidos como incertezas que decorrem do inadimplemento. Essas incertezas, após examinadas sob as balizas de probabilidade e impacto, podem ser convertidas em análise de risco, autorizando a possibilidade de sua regulação pelas partes visando o seu adequado regramento.

Feita essa breve digressão dogmática sobre o inadimplemento e suas modalidades, passamos a explorá-lo como uma incerteza que é passível de conversão em risco emergente do contrato.

Evidentemente, os particulares quando celebram um contrato têm por finalidade o seu regular adimplemento, isto é, cumprir as prestações pelas quais voluntariamente se obrigaram. Caso contrário, sequer teriam pactuado a avença. No entanto, as partes também estão cientes

---

[616] ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 22.
[617] "Art. 401. Purga-se a mora: I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta; II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data."
[618] No mesmo sentido, referencia-se o Enunciado n. 548 da VI Jornada de Direito Civil (2013), de acordo com o qual "caracterizada a violação de dever contratual, incumbe ao devedor o ônus de demonstrar que o fato causador do dano não lhe pode ser imputado."
[619] "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."
[620] "Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer."
[621] ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 29. O autor descreve esse processo da seguinte forma: "o que há é mora provisoriamente admitida, para ser, afinal, confirmada ou não, conforme o devedor fracasse ou triunfe, na prova da inexistência de culpa, cujo ônus é seu".

de que perturbações podem suceder ao longo do programa contratual, com aptidão de impactar o regular cumprimento das obrigações convencionadas. Esta constatação, de forma alguma, significa que os contratantes, na partida, já pretendem deliberadamente descumprir o contrato, o que poderia sugerir uma intenção dolosa. Trata-se, na realidade, de uma percepção pragmática da realidade no sentido de que o inadimplemento pode surgir no decorrer da execução do contrato. Segundo Agostinho Alvim "a infração é necessária; e o seu estudo pertence ao mundo fenomenal"[622]. É justamente em razão de tal percepção que as partes negociam diversos instrumentos de reação ao inadimplemento, como a estipulação de garantias fidejussórias ou reais, contratação de seguros, fixação de cláusula penal, apenas para citar alguns instrumentos bem conhecidos.

É neste momento que surge a noção de inadimplemento como uma incerteza que, após analisada a partir das percepções relacionadas à probabilidade e impacto, converte-se em risco, como explorado no Capítulo 2 deste trabalho, e que é passível de dimensionamento objetivo, de forma que as partes possam geri-lo, controlá-lo. A tomada de decisão com base na análise de risco passará pela percepção de utilidade de seu analista, que ponderará as vantagens *versus* os custos de cada decisão e suas possíveis repercussões. Guido Alpa, ao classificar tipos de riscos contratuais, é expresso ao referenciar o risco emergente do incumprimento[623].

Dadas as particularidades de cada avença, as dimensões de probabilidade e impacto relacionadas ao risco do inadimplemento podem variar de acordo com as características de cada negócio e das percepções de risco dos partícipes da relação jurídico-contratual. A título de exemplo, é de se assumir que o risco do inadimplemento em simples contrato de compra e venda de veículo automotor é dimensionado de maneira distinta do risco de inadimplemento emergente de contratos de empreitada de grandes edificações, considerando as características de cada tipo de negócio.

Compreender o inadimplemento como um risco de forma pragmática e objetiva, à luz dos pressupostos que caracterizam o fenômeno conforme explorado no Capítulo 2 deste trabalho (binômio probabilidade-impacto), auxiliará na revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar, que tem por função precípua a regulação do risco de inadimplemento que faz deflagrar o dever de indenizar.

Sendo o inadimplemento um risco emergente da convenção, este poderá ser quantificado pelas partes, por meio das técnicas de probabilidade e percepções de impacto

---

[622] ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 13.

[623] ALPA, Guido. Rischio. ***Enciclopedia del Diritto***. Milano: Giuffrè, 1989, p. 1146. v. 40.

atribuídas pelos indivíduos expostos ao risco, no caso os convenentes, o que permitirá adoção de medidas contratuais destinadas à sua livre alocação segundo a conveniência das partes, no exercício legítimo da autonomia privada.

Vamos para um exemplo prático. É sabido que em acordos de confidencialidade a prova do prejuízo resultante de uma eventual violação do compromisso de sigilo é tormentosa, senão impossível do ponto de vista prático. Identificou-se, neste momento, uma incerteza, que é a eventual impossibilidade de comprovação dos prejuízos decorrentes do inadimplemento. O transmitente da informação compreende, com base em sua crença individual, que essa situação é de média probabilidade e de alto impacto, momento em que essa incerteza se converte em risco. Para mitigá-lo, a parte reveladora exige, assim, a estipulação de uma cláusula penal em seu benefício, instituto este cuja principal vantagem é a dispensa da prova de prejuízo, por consubstanciar uma prefixação das perdas e danos. Neste caso, temos o exemplo de gestão do inadimplemento, por meio de uma cláusula agravadora da responsabilidade do devedor, na medida em que liquida antecipadamente as perdas e danos, o qual poderia se beneficiar da ausência de prova do prejuízo efetivo pelo credor.

Outros exemplos que ilustram a gestão do inadimplemento são a cláusula resolutiva expressa, a contratação de seguro de responsabilidade civil e a estipulação de cláusula de não indenizar.

Todas essas medidas são prerrogativas conferidas às partes pela autonomia privada para lidar com o risco do inadimplemento, alocando-o como julgarem conveniente, expediente que deve ser assegurado pelo ordenamento jurídico na medida em que se revestem do *status* de interesse jurídico merecedor de tutela, não havendo, como regra, preocupações de ordem pública a desafiar a sua validade e eficácia. Aline de Miranda Valverde Terra é clara ao afirmar que "os contratantes podem, então, alocar de forma diversa os riscos relativos ao inadimplemento [...]"[624].

A este respeito, vale uma vez mais lembrar que o Art. 421-A, inciso II, do CC/02 conferiu proteção legal à alocação de riscos definida pelas partes em contratos empresariais, em autêntica manifestação do princípio da autonomia privada. No mesmo sentido, o anteprojeto de revisão do CC/02 caminha na mesma direção ao regular a prerrogativa das partes de fixar e dispor a respeito de alocação de riscos e seus critérios (Art. 421-D, III[625]).

---

[624] TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 52.

[625] "Art. 421-D. Salvo nos contratos de adesão ou por cláusulas predispostas em formulários, as partes podem, para a garantia da paridade contratual, sem prejuízo dos princípios e das normas de ordem pública, prever, fixar e dispor a respeito de: […]; III – alocação de riscos e seus critérios, definida pelas partes, que deve ser observada e respeitada; [...]".

Depreende-se do presente excerto, pois, que o inadimplemento é uma incerteza que pode ser convertida em análise de risco, passível de dimensionamento pelos contratantes, e que pode ser objeto de livre alocação como decorrência do princípio da autonomia privada, desde que em conformidade com os demais princípios ordenadores da teoria geral dos negócios jurídicos.

Esta constatação se faz importante para justificar a proposta de revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar a partir do fenômeno do risco, depreendido da análise de probabilidade e impacto, e da possibilidade de sua livre alocação pelas partes em contratos empresariais simétricos.

Veremos que, quando se introjeta a noção do *cálculo racional do risco* associado ao inadimplemento, após a conversão da incerteza mediante análise de probabilidade e impacto, os referidos requisitos de validade como atribuídos pela doutrina tradicional perdem a sua razão justificadora, que passa a residir na alocação de riscos livremente pactuada entre as partes contratantes, agentes econômicos empresariais que encontram no contrato o mais amplo ambiente de alocação dos riscos emergentes da convenção.

4.2.2 Os Efeitos do Inadimplemento como Riscos

Uma vez configurado o inadimplemento, emerge a responsabilidade civil contratual, que faz irradiar uma série de efeitos jurídicos previstos na norma jurídica[626], os quais não incidem no plano dos fatos imediatamente.

Relembrando a noção de responsabilidade enquanto imputação jurídica, deve-se ressaltar que a norma apenas descreve os efeitos jurídicos que devem ser produzidos em razão da verificação da conduta descrita em seu suporte fático, mas não assegura que eles serão produzidos na realidade. Isto porque a ciência jurídica não é governada pela relação de causalidade, típica das ciências naturais, mas sim pela imputação, conforme visto no Capítulo 2 deste trabalho.

Assim sendo, a efetiva produção dos efeitos jurídicos no mundo dos fatos está sujeita à incerteza, composta por diversas variáveis, a exemplo do real interesse do credor em buscar a aplicação da norma jurídica e seus efeitos, da instrução probatória, do reconhecimento judicial

---

[626] ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 18. Ele descreve tais efeitos, *in verbis*: "É efeito direto o cumprimento; efeito necessário e principal. São efeitos indiretos os direitos que a lei concede ao credor, de modo a aparelhá-lo para obter a execução precisa e exata da obrigação, e, na sua falta, o ressarcimento dos danos [...]".

do direito, dentre outros fatores de incerteza. Contudo, esta incerteza pode ser convertida em percepção de risco, na medida em que seja submetida a análises científicas de probabilidade e impacto, passando a representar uma unidade de medida objetivamente verificável e passível de gestão – o risco.

Logo, todos os efeitos jurídicos do inadimplemento previstos na norma jurídica devem ser caracterizados também como incertezas conversíveis em riscos emergentes da convenção, mais especificamente do inadimplemento. Isto porque os efeitos jurídicos regulados não se materializam no mundo dos fatos de forma automática. Pode ser que sequer sejam produzidos efetivamente. Dependem, para isso, de fatos futuros que podem ocorrer ou não (iniciativa do credor, instrução probatória, reconhecimento judicial do inadimplemento), os quais estão sujeitos às análises científicas de aferição de probabilidade e impacto, passando a ser compreendidos com riscos passíveis de regulação pelos agentes econômicos, em linha com o que dispõe o Art. 421-A, II, do Código Civil de 2002.

Disso se depreende que os efeitos do inadimplemento previstos na norma jurídica, cada um deles, são incertezas que podem ser convertidas em riscos objetivamente verificáveis. Veremos a seguir como cada um desses efeitos, agora compreendidos como riscos, podem ser regulados pelas partes.

Este exercício é importante porque a indenização por perdas e danos, enquanto um efeito do inadimplemento (e, portanto, risco), é regulada por meio da cláusula de não indenizar. Por isso que os requisitos dessa estipulação, especialmente nos contratos empresariais, devem considerar esses aspectos relacionados ao exercício alocativo de riscos que as partes fazem quando negociam e estipulam convenções dessa natureza, tudo com base na percepção baseada no binômio probabilidade-impacto, e no juízo de utilidade feito pelo analista do risco. O fato é que atualmente a definição de tais requisitos é divorciada da noção fenomenológica de risco e de sua alocação eficiente em contratos empresariais, sendo justamente este o objetivo geral desta pesquisa.

4.2.2.1 Risco de Sujeição ao Pagamento de Perdas e Danos e Demais Consectários Legais

A sujeição ao pagamento de perdas e danos consubstancia um efeito jurídico direto do inadimplemento contratual. Com efeito, o Art. 389 do CC/02 dispõe que "não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado." Do mesmo modo, o

Art. 402[627] do CC/02, estabelece que as perdas e danos compreendem o prejuízo efetivo e os lucros cessantes.

Especificamente em relação à mora, o CC/02 também faz referência aos prejuízos que dela derivem, consoante Art. 395, de acordo com o qual "responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

Importante esclarecer que as perdas e danos decorrentes do inadimplemento absoluto são distintas daquelas que são devidas em razão da mora. Isto porque, no primeiro caso, as perdas e danos substituem a prestação, que se tornou inútil ao credor em razão do inadimplemento, enquanto, na segunda, a prestação ainda é passível de cumprimento, de modo que a sua reparação por perdas e danos pode ser cumulada com a exigência de pagamento da prestação em sua integralidade[628].

Quanto à abrangência da indenização, vigora no Direito brasileiro em matéria de responsabilidade civil em geral o princípio da reparação integral do dano, assegurando ao ofendido a recomposição integral do seu patrimônio, que fora lesado por ato imputável ao agente ofensor.

Ratificando este entendimento, Giovanni Ettore Nanni afirma que "a fixação das perdas e danos é comandada pelo preceito da reparação integral"[629]. A este respeito, o Art. 944 do CC/02, aplicável à responsabilidade civil contratual[630], é categórico ao afirmar que "a indenização mede-se pela extensão do dano". A regra não é absoluta e comporta exceções legais e convencionais[631], como veremos em momento próprio deste trabalho.

---

627 "Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

628 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 228.

629 *Idem, ibidem*, p. 323.

630 *Idem, ibidem*, p. 222. Explica Giovanni Ettore Nanni: "No caminho inverso, a título exemplificativo, ao menor três regras próprias da obrigação de indenizar, no domínio da responsabilidade civil aquiliana, são empregáveis nas perdas e danos, fruto do inadimplemento absoluto: a que reza ser a indenização medida pela extensão do dano (ar. 944, "*caput*", CC); a concorrência culposa da vítima para o evento danoso (Art. 945, CC); a reparação preferencial na espécie ajustada (art. 947, CC)."

631 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 327). O autor descreve algumas exceções, dentre as quais se incluem as cláusulas de limitação de responsabilidade, *in verbis*: "A primeira – e intuitiva – decorre da própria lei, em particular da relação de causalidade, que exclui, de plano, os danos indiretos; assim também em relação à concausa concomitante em função da colaboração do lesado na causação do dano. A regra contida no parágrafo único, do artgo 944 do Código Civil, consiste em dispositivo legal que igualmente excepciona a reparação integral no evento em que se evidenciar excessiva desproporção entre a gravidade da culpa do ofensor e o dano sofrido pelo lesado, sendo que o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização. Além disso, a convenção das partes é capaz de fixar antecipadamente o montante a ser reparado em caso de inexecução irremediável, por intermédio de cláusula penal compensatória, a qual dispensa a prova do prejuízo (art. 416, *caput*, CC), inibindo que se pleiteie verba

Para a qualificação do dano, é preciso identificar a sua existência (*an debeatur*) e quantificá-lo em valores monetários (*quantum debeatur*) para fins da realização da reparação. Há 2 (duas) teorias que orientam a exegese do conceito de dano reparável, são elas a teoria da diferença e a teoria do interesse. Pela primeira, o dano consistiria na diminuição verificada no patrimônio do lesado e na ausência de incremento como resultado do não cumprimento da obrigação[632]. Pela teoria do interesse, por sua vez, o dano teria um aspecto mais amplo, abrangendo outros bens e interesses merecedores de tutela do credor[633], aferidos concretamente, que foram afetados pelo inadimplemento. Para os adeptos dessa teoria, o conceito de dano, portanto, seria a lesão a um interesse, como já nos orientou Francesco Carnelutti[634].

Segundo Giovanni Ettore Nanni, a teoria do interesse é a que hoje reúne mais adeptos no Brasil[635]. Contudo, não se pode falar em superação da teoria da diferença, que ainda goza de relevância na apuração de componente significativo da indenização por danos materiais[636].

Do ponto de vista legal, a norma indica que os danos patrimoniais a serem ressarcidos compreendem o dano emergente e o lucro cessante. Neste sentido, o Art. 402 do CC/02 estabelece que "as perdas e danos, devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

Do referido dispositivo legal, depreende-se que o dano a ser ressarcido deve ser certo[637], sendo inadmissível se cogitar na reparação de danos hipotéticos ou conjecturais; bem como deve ser provado pelos meios disponíveis, para evitar que surja uma situação de enriquecimento sem causa em favor do credor. O dano é pressuposto da responsabilidade civil contratual, de modo que sendo ele ausente, inexistirá dever de indenizar[638].

O dano certo compreende àquele que é atual, ou seja, já existente no momento em que se reconhece o inadimplemento, e o futuro, sendo certo que, neste último caso, demandará a

---

suplementar, a não ser que se ajuste a possibilidade de o credor pedir e comprovar prejuízo excedente (art. 416, § único, CC). Outra estipulação, que encontra largo emprego em pactos de maior relevo, paritários por evidência, é a limitação de responsabilidade, em que se acorda certo montante, estabelecido com cifra máxima a ser indenizada. Mesmo que o importe das perdas e danos supere o teto fixado, o credor não tem direito de perquirir o que sobeja, devendo se contentar com o quanto predeterminado."

632 CHIRONI, Gian Pietro. ***La colpa nel diritto civile odierno**: colpa contrattuale*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897, p. 563-564.

633 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Risarcimento del danno*. *In*: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dir.). ***Novissimo Digesto italiano***. Torino: UTET, 1969, p. 16. v. 16.

634 CARNELUTTI, Francesco. ***Il danno e il reato***. Padova: Cedam, 1926, p. 17.

635 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 237.

636 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145.

637 CHIRONI, Gian Pietro. ***La colpa nel diritto civile odierno**: colpa contrattuale*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897, p. 562.

638 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 243.

prova de que o referido dano se verificaria como consequência direta do inadimplemento, segundo a regularidade e a normalidade da relação causal verificada[639].

Naturalmente, cabe ao lesado comprovar os danos que sofreu decorrente do inadimplemento por ser um fato constitutivo de seu direito à reparação (Art. 371, inciso I, CPC/15), ao passo que restará ao suposto ofensor a demonstração de eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito à indenização trazido pela vítima (Art. 371, inciso I, CPC/15), conforme distribuição ordinária do ônus da prova, nos termos da legislação processual.

Como dito acima, as perdas e danos compreendem o dano emergente e o lucro cessante. Vale ressaltar que, além das perdas e danos, há outras lesões que são abordadas em matéria de inadimplemento, são eles a perda de uma chance, os danos extrapatrimoniais e os danos oriundos da violação dos deveres anexos da boa-fé objetiva.

O dano emergente é regulado pelo Art. 402 do Código Civil de 2002, cuja referência é depreendida da locução "do que ele efetivamente perdeu". Neste aspecto, segundo explica a doutrina, dano "é caracterizado pela perda, que implica prejuízo ao credor, experimentado por causa da inexecução contratual irremediável"[640].

O advérbio "efetivamente" nos remete à ideia de que o dano deve ser certo e objetivamente aferível, segundo os meios de prova disponíveis. Seu alcance deve abranger toda perda patrimonial a bens e conjunto de interesses legítimos do credor que sejam merecedores de tutela. Por outro lado, a interpretação do referido dispositivo legal nos conduz a inafastável conclusão de que danos hipotéticos e/ou meramente conjecturais não são passíveis de ressarcimento.

Disso decorre que todos os custos que o credor incorrer com a contratação de terceiros para obter o bem jurídico objeto do contrato com o devedor são caracterizados como dano emergente indenizável. É o caso, por exemplo, da contratação de um novo empreiteiro para a finalização de uma obra inacabada por inadimplemento do construtor originalmente contratado.

A noção de dano emergente pode considerar, ainda, penalidades e indenizações que sejam impostas ao credor com terceiros em razão da inexecução contratual praticada pelo devedor. Para todos os efeitos, tais repercussões, por aumentarem passivo do credor, devem ser

---

639 Massimo Bianca esclarece que o dano futuro é aquele que se estima com razoável certeza que se consumará em razão do descumprimento contratual (BIANCA, C. Massimo. ***Diritto civile***: la responsabilità. Milano: Giuffrè, 1997, p. 160. v. 5).

640 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 256.

consideradas como danos emergentes passíveis de reparação, sujeitas à comprovação do efetivo pagamento[641].

Do ponto de vista probatório, diz-se que o dano emergente é mais simples de provar em comparação com outros tipos de danos. Em muitos casos, a sua apuração depende de simples operação matemática associada à soma das perdas sofridas e demonstradas pelo devedor. Contudo, há situações de maior complexidade que demandam a realização de perícia técnica para a apuração de sua extensão, o que deverá ser avaliado pelo juiz ou árbitro para a definição do montante da indenização.

Neste sentido, podemos entender que o dano emergente integra o gênero perdas e danos, sendo também considerado como uma incerteza emergente do inadimplemento. É incerteza na medida em que o seu reconhecimento e efetivo ressarcimento depende de fatos futuros sujeitos a diversos fatores e incertezas (iniciativa do credor, instrução probatória, reconhecimento judicial). Esta incerteza, no entanto, pode ser convertida em risco objetivamente mensurável, segundo as técnicas de probabilidade e impacto.

Com efeito, as partes podem refletir, na partida, sobre a exposição de danos ressarcíveis a que estariam sujeitas em caso de inadimplemento e buscar alternativas contratuais que regulem esse risco. Podem fazer isso, por exemplo, estabelecendo que todo e qualquer dano deve ser apurado por um terceiro independente, que deverá observar determinadas premissas previamente estipuladas. Do mesmo modo, podem estipular que determinados tipos de danos sejam desconsiderados do cálculo (por exemplo, danos a terceiros estranhos à relação contratual) e/ou que sejam fixados limites de seu montante indenizatório global, o que, neste último caso, se revestirá da natureza de uma cláusula de não indenizar, na modalidade limitativa.

Em suma, os danos emergentes podem ser convertidos em riscos do inadimplemento e, por esta razão, passam a ser passíveis de gerenciamento contratual pelas partes no pleno exercício da autonomia privada, não havendo, em tais casos, quaisquer preocupações de ordem pública.

Já no que diz respeito aos lucros cessantes, o Art. 402 do Código Civil de 2002 dispõe que as perdas e danos também compreendem o que o credor "razoavelmente deixou de lucrar". Tal referência é a previsão que assegura a indenização pelos lucros cessantes em favor do credor como decorrência do inadimplemento.

---

641 ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 191.

A doutrina explica que o lucro cessante consiste no proveito esperado, tomando-se por base o curso regular dos acontecimentos e as circunstâncias especiais que sejam determináveis a partir do caso concreto[642].

Diferente do que se dá no dano emergente, que é verificado e aferido concretamente, o lucro cessante é inferido das circunstâncias do caso, sendo razoável se admitir que, não fosse o inadimplemento, aquela dada operação teria gerado lucro em benefício do credor.

Ressalte-se, contudo, que a circunstância de o lucro cessante ser inferido dos elementos de prova do caso concreto não o converte em dano meramente conjectural ou utópico. Trata-se de dano objetivamente verificável e, portanto, certo, ainda que depreendido de um processo lógico-dedutivo, em típico juízo de razoabilidade[643].

Nesta perspectiva, para surgir o dever de indenizar em relação aos lucros cessantes, cabe ao credor demonstrar que, caso não houvesse o descumprimento, segundo o que se ordinariamente se espera, teria auferido lucro, proveito que lhe foi subtraído em decorrência do inadimplemento do devedor.

Na esfera dos lucros cessantes componentes da indenização, a certeza da verificação concreta do dano é algo impossível de se obter, já que a análise se debruça sobre a ocorrência de fatos futuros sujeitos a diversas variáveis, algumas delas divorciadas da relação jurídica estabelecida entre credor e devedor. Esta é a razão pela qual os lucros cessantes são avaliados sob a perspectiva da probabilidade, em que, consideradas determinadas premissas, o lucro teria se materializado.

Trata-se, em outras palavras, de uma estimativa, lastreada no bom senso, que tem em seu conteúdo uma análise de probabilidade. Giovanni Ettore Nanni destaca a função da probabilidade na demonstração dos lucros cessantes, como se extrai da passagem abaixo:

> O lucro cessante é assentado na probabilidade objetiva, aferida segundo a prova colhida na situação submetida a julgamento, que deve indicar com plausível persuasão, apta a convencer, que a não realização da prestação abortou o alcance de proveito. E mais, que seria razoável supor que o provento cuja indenização se busca seria obtido, pois há elementos suficientes nos autos

642 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 47. v. 26.

643 Neste sentido, adverte Giovanni Ettore Nanni, *in verbis*: "É preciso expor no que consiste a caracterização e a respectiva prova que se requer para evidenciar o lucro cessante, isto é, o montante que o credor razoavelmente deixou de lucrar. O ponto de partida, como no dano emergente, é que não se indeniza o imaginário. O prejuízo dever ser certo, ainda que na frustração do ganho seja consubstanciado em processo lógico dedutivo, em juízo de razoabilidade, consoante as circunstâncias do evento concreto, em especial considerando a prova produzida". (NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 262).

> demonstrando ser crível que ele realmente ocorreria, como ordinária consequência do desenrolar dos fatos.[644]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é majoritária no sentido de determinar que os lucros cessantes devem ser apurados conforme a verificação de uma probabilidade objetiva de materialização do lucro, não sendo considerada a mera possibilidade[645].

No exame do cabimento da indenização por lucros cessantes, o julgador deverá atentar aos elementos de prova que indiquem a probabilidade de percepção de lucros, devendo se afastar de conjecturas propostas pelo credor que extrapolem o razoável, sob pena de a indenização acabar servindo como instrumento de enriquecimento sem causa[646], o que é vedado pelo ordenamento jurídico. Isso decorre do advérbio "razoavelmente" constante do dispositivo legal.

Do mesmo modo, conforme jurisprudência do STJ, na apuração de eventuais lucros cessantes deverão ser deduzidas as despesas operacionais e tributos relacionados às atividades do credor que foram impactadas pela inexecução contratual[647]. Afinal, toda atividade econômica pressupõe despesas para a sua execução e manutenção, assim como incidência da carga tributária correspondente, encargos que não devem ser ignorados, pois seriam incorridos pelo credor no curso regular de seus negócios.

No que tange à prova, estará a cargo do credor demonstrar a sua existência dos lucros cessantes, conforme critério de razoabilidade depreendido das circunstâncias do caso, sendo certo que o montante estará adstrito ao que efetivamente provado, considerando a relação de

---

644 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 266-267.

645 "A configuração dos lucros cessantes exige mais do que a simples possibilidade de realização do lucro, requer probabilidade objetiva e circunstâncias concretas de que estes teriam se verificado sem a interferência do evento danoso, não podendo subsistir a condenação ao pagamento de lucros cessantes baseada em meras conjecturas e sem fundamentação concreta" (STJ. REsp 1.658.754 – PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, data de julgamento 14/08/2018, DJe 23/08/2018).

646 "É natural que o interessado projete esperanças a partir de dada relação obrigacional, alimentando seu sonho de prosperidade. Nada mais do que verdadeira aspiração e sentimento humanos. Quem contrata, o faz para ter êxito. Por vezes, se esquece do risco do negócio e foca tão só na possibilidade de auferir altas cifras. A partir daí, tendo em vista o malogro experimentado em função do inadimplemento absoluto da contraparte, não é invulgar perseguir indenização para receber toda a importância que idealizou, independentemente de sua viabilidade de concretização e conexão com a realidade. Pretendendo receber a título de lucro cessante quantia desprovida de razoável base, fugindo do bom senso que deve nortear a atividade de fixação de tal verba, indeclinavelmente não poderá o julgador conceder tal soma, sob pena de inexorável violação do princípio que coíbe o enriquecimento sem causa, sendo de nenhuma utilidade, pois, expectativas mirabolantes ou projeções astronômicas do lesado, já que o princípio norteador do direito obrigacional atua firmemente nesse campo." (NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 263).

647 STJ. REsp nº 1.553.790-PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, data de julgamento 25/10/2016, DJe 09/11/2016.

causalidade estabelecida. A referência do "razoável" constante do texto legal não é quantitativa, mas sim existencial[648].

Para cumprir seu encargo probatório, poderá o credor se valer de especialistas e provas periciais para indicar o que teria sido o curso normal dos negócios que resultaria na percepção de lucros. Os referidos técnicos se valerão de metodologias matemáticas, lastreadas em probabilidade e estatística, para expor o cenário provável de aferição de lucros dentro do curso ordinário das atividades.

De tudo que foi exposto em relação aos lucros cessantes, vale ressaltar a equivalência de fundamentos entre a sua verificação objetiva para efeitos de apuração da indenização devida e o que temos defendido ao longo do presente trabalho sobre a concepção do fenômeno do risco.

O lucro cessante é resultado de um processo de conversão de incerteza sobre fatos futuros num elemento tangível e quantificável - a indenização. Isso é realizado quando o julgador, assistido pelos elementos de prova, infere uma razoável probabilidade de verificação de lucro no futuro, considerando determinadas premissas e informações disponíveis, que sugerem a sua materialização no futuro. Observe que não se trata de certeza quanto à sua ocorrência, o que é inatingível quando se trata de previsão de fatos futuros, mas de uso da ciência que se dedica justamente a estimar a ocorrência de fatos futuros – a probabilidade.

No final das contas, os lucros cessantes correspondem à indenização baseada na probabilidade, já que a sua verificação efetiva é impossível de ser aferida pela ausência de conhecimento sobre o que está para se verificar no futuro.

Sendo um exame de probabilidade, a indenização por lucros cessantes também pode ser analisada sob a perspectiva do risco, que também contém a probabilidade como pressuposto, além do impacto. Disso decorre que esta rubrica, componente da indenização por perdas e danos, pode ser objetivamente regulada pelas partes, que se encontram livres para alocarem riscos entre si em razão do princípio da autonomia privada, conforme Art. 421-A, II, do CC/02.

Assim sendo, as partes podem simplesmente regular que, em qualquer hipótese de inadimplemento, não serão devidos lucros cessantes de uma parte a outra, prática esta comum no universo empresarial. Do mesmo modo, podem as partes negociar as premissas e critérios que deverão ser considerados em eventual apuração técnica dos lucros cessantes, os quais

---

[648] "Finalmente, e com o intuito de assinalar, com a possível precisão, o significado do termo razoavelmente, empregado no art. 1.059 do Código, diremos que êle não significa que se pagará aquilo que fôr razoável (idéia quantitativa) e sim que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (idéia que se prende à existência mesma do prejuízo). Êle contém uma restrição, que serve para nortear o juiz acerca da prova do prejuízo em sua existência, e não em sua quantidade. Mesmo porque, admitida a existência do prejuízo (lucro cessante), a indenização não se pautará pelo razoável e sim pelo provado" (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 206).

podem resultar num aumento ou diminuição da exposição do credor, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Em quaisquer das hipóteses acima, não vislumbramos impedimento ao pacto contratual destinado a regular a indenização pelos lucros cessantes, expediente que também se insere na gestão de riscos levada a cabo pelos convenentes e que passa a integrar a racionalidade econômica do negócio.

Além das perdas e danos que integram a noção de dano ressarcível, abrangendo o dano emergente e o lucro cessante, erigem-se discussões sobre a reparabilidade de outras lesões sofridas pelo credor em razão do inadimplemento contratual, são elas: a perda de uma chance, os danos extrapatrimoniais e os danos decorrentes da violação dos deveres acessórios ou laterais.

A indenização pela perda de uma chance consiste na reparação pela perda de uma oportunidade objetiva do lesado de auferir proveito ou evitar uma perda. Esta oportunidade lhe é indevidamente suprimida pelo inadimplemento contratual, causando-lhe um dano sobre um interesse jurídico legítimo. Indeniza-se, portanto, a oportunidade que foi suprimida ilegitimamente do lesado.

No Brasil, ganhou notoriedade o julgado sobre o programa de televisão "Show do Milhão", estruturado numa sistemática de perguntas e respostas em que o participante, na medida em que vá acertando as respostas, avança na competição até chegar à pergunta final, cujo acerto confere ao ganhador o prêmio histórico de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Na última etapa, confere-se ao participante a escolha de encerrar a sua participação e receber R$ 500.000,00 ou selecionar uma das respostas sob o risco de nada ganhar caso erre. O participante optou por encerrar sua participação, embolsando o valor de R$ 500.000,00 e abrindo mão da possibilidade de levar o prêmio integral de um milhão de reais. No caso julgado, verificou-se a inviabilidade de uma resposta adequada, sendo reconhecido ao participante a indenização pela perda de oportunidade do acerto, condenando à emissora ao pagamento de cento e vinte e cinco mil reais, correspondente à probabilidade matemática de acerto de uma pergunta com quatro possibilidades de respostas[649].

[649] "Recurso especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido." (REsp nº 788.459 – BA, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, data de julgamento 8/11/2005, DJ 13/03/2006.)

Neste sentido, a perda de uma chance ou da oportunidade são noções que decorrem da probabilidade de ocorrência de um determinado evento no futuro. Por esta razão, o instituto da perda de uma chance desafia as regras gerais concernentes ao dano, especialmente àquela segundo a qual este deve ser certo, ainda que atual ou futuro[650].

A despeito deste aparente conflito com o arcabouço legal vigente, a compreensão mais adequada sobre o tema é no sentido de que a perda de uma chance representa uma lesão a interesse merecedor de tutela consubstanciado na perda de uma oportunidade concreta de auferir ganho ou evitar perda.

Transcrevemos abaixo a posição de Giovanni Ettore Nanni acerca do cabimento da indenização por perda de uma chance com base em avaliação lastreada em probabilidade:

> Sustenta a doutrina que, para quantificação da perda de chance, haja vista que fica dependente do grau de probabilidade que havia de realmente acontecer, é necessário que se proceda a três operações distintas. Avaliar, primeiro, qual o valor econômico do resultado em expectativa e, em seguida, a probabilidade que existiria de o alcançar, não fora a ocorrência do fato antijurídico. Este segundo valor, calculado numa percentagem – traduzindo a consistência e seriedade das chances -, terá que ser por finalmente aplicado ao primeiro, para que se possa finalmente obter o valor pecuniário do dano da perda de chance.[651]

Apesar da ausência de seu regramento no Brasil ao menos até o presente momento[652], não se tem dúvidas sobre o acolhimento da indenização por perda de uma chance pelo Direito brasileiro, já tendo sido objeto de trabalhos específicos pela doutrina nacional[653].

Quanto à sua natureza, há divergência doutrinária sobre sua classificação como dano emergente, lucro cessante ou outra espécie de dano. Não se pretende nesta tese explorar a natureza jurídica da perda de uma chance, mas tão somente destacar o aspecto de que a sua configuração pode decorrer do inadimplemento contratual, sendo, portanto, uma incerteza que integra o fenômeno do incumprimento. E sendo uma incerteza, esta pode ser convertida em risco a partir das análises de probabilidade e impacto. Uma vez percebida como um risco, este pode ser objeto de convenção entre agentes econômicos paritários, que estão autorizados, no

---

650 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 338.

651 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 347.

652 O Anteprojeto de Revisão do CC/02 dispõe em seu §1 do Art. 944-B que "A perda de uma chance, desde que séria e real, constitui dano reparável".

653 Alguns exemplos: SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 191-253; SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 83-99.

livre exercício da autonomia privada, a regularem o seu cabimento, limitação ou exclusão, sem que exista qualquer perturbação de ordem pública neste tipo de convenção. A este respeito, vale dizer que também é usual a estipulação contratual que afaste a indenização por perda de uma chance, notadamente em contratos empresariais.

No que tange aos danos extrapatrimoniais, a sua reparação é garantida pelo Art. 5º, incisos V e X, da CF/88, além de seu regramento previsto no CC/02. Em linhas gerais, os danos extrapatrimoniais compreendem a lesão a situações jurídicas exclusivas do ser humano[654], com efeitos nocivos em sua dignidade e estado existencial, causando dor, angústia, aflição.

A despeito da sua vinculação aos aspectos inerentes à pessoa humana, segundo a jurisprudência do STJ, a pessoa jurídica também pode sofrer danos extrapatrimonais. É o que se depreende da Súmula nº 227[655] do referido tribunal.

Não é objeto do presente estudo investigar as particularidades e controvérsias sobre o dano extrapatrimonial e o cabimento de sua reparação em favor de pessoas jurídicas[656]. Interessa para os fins deste trabalho averiguar em que medida os danos extrapatrimoniais sofridos pela pessoa jurídica podem ou não materializar uma incerteza emergente do inadimplemento contratual e, desta forma, pode ser convertida em risco para o exercício sobre a sua alocação no contrato, inclusive por meio da cláusula de não indenizar.

Nesta ordem de ideias, pode-se afirmar, como regra, que o inadimplemento contratual não gera o dever de indenização por danos extrapatrimoniais, na medida em que a inexecução total ou parcial do contrato é um evento potencial decorrente da avença, restringindo-se a um mero dissabor, que não é indenizável, conforme já decidiu o STJ[657]. Além disso, a norma já disponibiliza ao credor os remédios adequados à promoção da reparação civil decorrente do inadimplemento, notadamente as perdas e danos e demais consectários legais.

Sucede que, em determinadas situações excepcionais, caso o evento de inadimplemento se projete de tal maneira a ensejar a violação de direitos da personalidade, a caracterização do dano extrapatrimonial pode restar configurada, devendo o ofensor indenizar o lesado. A este respeito, vale transcrever importante decisão do STJ que traz os contornos

---

654 NANNI, Giovanni Ettore. As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano. *In*: NANNI, Giovanni Etore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 162-166.

655 "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral."

656 Sobre o tema, vale conferir: TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

657 "o simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável nos negócios contratados" AgInt no REsp nº 1.645.135 – PR, Relator Ministro Raul Araújo, da at de julgamento 17/08/2017, DJe 08/09/2017.

sobre a reparação por dano extrapatrimonial decorrente de descumprimento contratual, *in verbis*:

> Cuidando-se de inadimplemento contratual, a caracterização do dano moral pressupõe muito mais do que o aborrecimento decorrente de um negócio frustrado; é imprescindível que se caracteriza uma significativa e anormal violação a direito de personalidade, e, na hipótese de tratar-se de pessoa jurídica, deve representar significativo abalo à reputação, respeitabilidade e credibilidade da empresa, isto é, à sua honra objetiva.[658]

Neste diapasão, tendo em vista o posicionamento do STJ sobre o tema, temos que considerar a reparação por danos extrapatrimoniais em virtude do inadimplemento como uma incerteza emergente da convenção, mais especificamente do inadimplemento, que também pode ser convertida em risco para a sua adequada regulação e alocação pelas partes no âmbito de contratos empresariais.

Este ponto merece uma reflexão mais aprofundada. É de ressaltar que fizemos um corte metodológico neste trabalho no sentido de especificar que as cláusulas de não indenizar a que nos referimos são estabelecidas por agentes econômicos no âmbito de contratos empresariais. Em tais contratos, vislumbramos ser plenamente possível a regulação convencional do risco de indenização por danos extrapatrimoniais decorrentes do inadimplemento contratual por meio da estipulação de uma cláusula de limitação ou exoneração de indenização.

Isto porque o risco emergente da configuração de tal indenização resultante do inadimplemento (produto resultante da análise de probabilidade e impacto) se verifica objetivamente numa potencial perda mensurável no patrimônio de tais entidades, na medida em que podem incorrer em perdas financeiras em razão do prejuízo causado ao nome, reputação e honra objetiva. Este risco de perda financeira é plenamente disponível e pode ser livremente regulado entre as partes contratantes por meio de convenções de exoneração ou limitação de indenização.

Observe-se que aqui não se discute que o dano extrapatrimonial é também devido a pessoas jurídicas, conforme jurisprudência pacífica do STJ, mas sim que o risco de sua caracterização pode ser regulado em contratos empresariais no livre exercício da autonomia privada para a gestão de riscos objetivos emergentes da convenção, inclusive por meio da cláusula de não indenizar. Voltaremos a este ponto no Capítulo 5, quando sugerimos a revisão

[658] STJ. REsp nº 1.658.692 – MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento 06/06/2017, Dje 12/06/2017.

do requisito associado à impossibilidade de estipulação da cláusula de não indenizar para exonerar ou limitar indenização por danos pessoais.

Por fim, outro ponto a se abordar relativamente aos danos resultantes do inadimplemento, diz respeito àqueles que podem emergir em razão do inadimplemento absoluto e/ou da mora associados à violação aos deveres laterais que resultam do princípio da boa-fé objetiva.

Evidentemente, não é escopo deste trabalho abordar as discussões acerca da natureza do inadimplemento nesta hipótese (se absoluto ou relativo), tampouco sobre os remédios possíveis (ex. resolução contratual), mas sim dos danos que emergem de tais violações, a possibilidade de configuração como riscos do contrato e, finalmente, a possibilidade de sua livre alocação pelas partes.

Neste sentido, é assente na doutrina[659] e na jurisprudência[660] que a violação aos deveres laterais de conduta importa inadimplemento contratual e, portanto, pode motivar o dever de indenizar.

Desta forma, admitindo-se que a violação aos deveres anexos da boa-fé integra a matéria do inadimplemento e do consequente dever de indenizar, aplicam-se todos os comentários até o momento realizados acerca da possibilidade de as partes regularem o risco do inadimplemento e seus efeitos da maneira mais adequada a refletir os interesses consubstanciados no programa contratual.

Isso inclui a possibilidade de negociação e estipulação, por agentes econômicos paritários, de previsão expressa no sentido de excluir e/ou limitar a indenização eventualmente decorrente de alegações acerca de violações cometidas aos referidos deveres, que devem ser aferidos concretamente, consideradas todas as circunstâncias negociais. Disso não resulta a conclusão de que as partes estão dispensadas de cumprir os referidos deveres, mas sim que podem regular o risco materializado na potencial indenização decorrente de seu alegado descumprimento, preservados os demais remédios contratuais e legais aplicáveis.

A este respeito, vale mencionar a obra de Pedro Eroles acerca da dispositividade dos deveres anexos da boa-fé, considerando as circunstâncias negociais. O referido autor explica que os contratos de lucro, segundo a classificação de Antonio Junqueira de Azevedo, admitem

---

[659] Cláudio José Franzolin alerta que não somente o credor pode sofrer danos, como também o devedor, considerando a complexidade da relação obrigacional. (FRANZOLIN, Cláudio José. **Inadimplemento dos deveres anexos decorrentes do contrato**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 271).

[660] Resp nº 595.631 – SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento 08/06/2014, DJ 02/08/2014; REsp nº 1.655.139 – DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento 05/12/2017, DJe 07/12/2017.

um maior grau de dispositividade dos deveres anexos da boa-fé, ao passo que outros contratos, notadamente os existenciais, a possibilidade de disposição, pelas partes, acerca dos referidos deveres é mais reduzida, dado o interesse público subjacente[661].

Ora, se os próprios deveres anexos, em determinadas circunstâncias, podem ser regulados pelas partes, de modo a delimitar o seu alcance, com mais razão ainda deve se admitir a possibilidade de, no âmbito de contratos empresariais, regular a exclusão ou a limitação da indenização resultante de eventuais violações de tais deveres.

Diante do exposto, temos que, em relação aos institutos complementares das perdas e danos, tendo em vista que também podem ser compreendidos como riscos do inadimplemento, já que passíveis de análise de probabilidade e impacto, admite-se a regulação privada por agentes econômicos no contexto de negociação de contratos empresariais, inclusive por meio da cláusula de não indenizar para regular o seu alcance.

Além das perdas e danos, o CC/02 também impôs ao devedor inadimplente a obrigação de pagamento ao credor de juros, correção monetária e honorários de advogados, como se extrai dos Arts. 389[662] e 395[663].

Assim como os demais efeitos do inadimplemento, a sujeição ao pagamento dos consectários legais especificados na lei também está sujeita à incerteza, que também pode ser convertida em análise racional de risco, uma vez que os agentes empresariais podem estimar a probabilidade de sua ocorrência, bem como o impacto associado. A partir desses elementos, poderão adotar medidas de gestão e alocação de riscos, como será detalhado mais adiante.

Sobre os juros de mora, estes são estipulados em dívidas de dinheiro ou coisa fungível para o caso de mora no cumprimento da obrigação. As partes têm por objetivo, ao acordar os juros de mora, dissuadir o descumprimento da obrigação, que deverá ser cumprida de acordo

---

661 Assim se posiciona o autor: "Nesse sentido, poder-se-ia estabelecer que, em relação à dispositividade gradual do princípio da boa-fé objetiva, ela seria maior nos contratos de lucro simétricos e diminuiria gradativamente conforme a categoria contractual, sendo tal dispositividade a menor possível nos contratos existenciais de subsistência. Adicionalmente, pode-se aqui levanter a hipótese de que, nos contratos de lucro simétricos, o princípio contractual da boa-fé objetiva seria plenamente dispositivo (sempre respeitadas eventuais regras aplicáveis derivadas da boa-fé objetiva, conforme será melhor detalhado no Capítulo 4 deste trabalho). Tome-se como exemplo a hipótese de uma operação dentro das denominadas operações de "Fusões e Aquisições" (do termo inglês '*Mergers and Acquisitions*', ou 'M&A'), na qual um grande grupo econômico deseja adquirir o controle de uma empresa concorrente. Poderiam, por exemplo, as partes desta operação disport ou renunciar contratualmente ao dever de informação? A nosso ver, a resposta é positive. Nesse sentido, as empresas poderiam renunciar à auditoria legal (due diligence) da empresa a ser adquirida, uma vez que as partes possuem condições e possibilidades de precificação desta renúncia." (EROLES, Pedro. **Boa-fé objetiva nos contratos**: especificação normativa, cogência e dispositividade. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 134-135).

662 "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

663 "Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

com o tempo, lugar e forma convencionados (Art. 394, CC/02), o que lhes qualificam como típicos instrumentos de regulação do risco do inadimplemento.

O Art. 406 permite a convenção da taxa pelas partes, sendo que, em caso de omissão, continuam sendo devidos em decorrência da mora do devedor[664], e serão fixados segundo taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional[665].

Nesta perspectiva, os juros de mora também consubstanciam incerteza associado a potencial inadimplemento contratual, de modo que, uma vez sujeita ao exame de probabilidade e impacto, pode ser convertida em risco, sendo passível de livre negociação entre as partes. Neste sentido, podem os contratantes afastar expressamente a sua incidência[666], como também regular a sua aplicação e definir a taxa aplicável, sendo-lhes, ainda, permitido estabelecer um teto ao índice convencionado. São prerrogativas asseguradas pela autonomia privada para proteger interesses jurídicos merecedores de tutela materializados na previsibilidade e segurança da incidência dos juros de mora.

Depreende-se, portanto, que os juros de mora, que integram o dano ressarcível, podem ser livremente excluídos ou limitados pelas partes, notadamente no contexto de contratos empresariais estabelecidos por agentes econômicos paritários. Para este tipo de estipulação para regular os juros de mora, vale dizer, não observamos grandes digressões doutrinárias sobre sua admissibilidade, especialmente em contratos empresariais. E essa constatação é relevante na medida em que os juros de mora integram a indenização e o expediente para a sua exclusão ou limitação configura, em certa medida, uma forma de convenção para exonerar ou limitar o alcance da indenização. Aparentemente, parece existir mais flexibilidade para tais consectários, o que já não ocorre com a cláusula de não indenizar, apesar de compartilharem o mesmo racional – a negociação sobre risco contratual, depreendido das percepções de probabilidade e impacto.

Outro componente da indenização é a atualização monetária, aplicável às dívidas pecuniárias, e que tem por objetivo a preservação do valor real da moeda no curso do tempo, mitigando os efeitos deletérios da inflação.

---

664 "Os juros de mora dispensam alegação de prejuízo (art. 407 CC) e independem de convenção, sendo devidos com a caracterização da mora do devedor. Portanto, passam a fluir a partir de sua configuração, atentando-se aos seus requisitos legais." (NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 374).

665 O STJ no Recurso Especial 1.795.982 definiu o índice é a SELIC, abrangendo correção monetária e juros de mora legais.

666 A este respeito, Giovanni Ettore Nanni reconhece que os juros de mora podem ser excluídos pelas partes ao afirmar que os juros de mora somente não são devidos "quando as partes, no exercício de sua autonomia privada, ajustarem a exclusão de tal prestação, além, é claro, dos casos em que a própria lei determina a sua não incidência" (NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 374).

Vale ressaltar que o Art. 315[667] do CC/02 acolheu o princípio do nominalismo, de acordo com o qual o devedor de quantia em dinheiro estará liberado da dívida se efetuar o pagamento da quantidade de moeda descrita no título da dívida, ainda que o referido valor já não corresponda ao efetivo poder de compra da referida quantia. O referido dispositivo, contudo, excepciona os artigos subsequentes, dentre os quais o Art. 316[668], que autoriza a convenção sobre o aumento progressivo de prestações sucessivas. A ressalva é importante, pois admitiu a possibilidade de as partes adotarem mecanismos para mitigar os impactos inflacionários, incluindo a estipulação da cláusula de escala móvel, que "estabelece uma revisão, preconvencionada pelas partes, dos pagamentos que deverão ser feitos de acordo com as variações de preço de determinadas mercadorias ou serviços ou do índice geral do custo de vida ou dos salários"[669]. Esta medida é a prática comum, até porque evita o enriquecimento sem causa do devedor.

Neste sentido, a correção monetária visa remediar a lesão sofrida pelo credor de ter ficado desprovido da prestação pecuniária a que tinha direito por determinado período de tempo em razão de mora perpetrada pelo devedor. Sua aplicação independe de previsão contratual à medida em que, tratando-se de mera reposição do valor quantitativo da moeda, deve ser empregada para se evitar o enriquecimento sem causa. Aplica-se ao inadimplemento absoluto (Art. 389 CC/02[670]), à mora (Art. 395 CC/02[671]), incidindo sobre as perdas e danos (Art. 404 do CC/02[672]), arras (Art. 418 CC/02[673]), além de outras várias situações legalmente previstas.

Não é objetivo deste trabalho exaurir todos os aspectos relacionados ao instituto da correção monetária, mas apenas àqueles que se comunicam com a tese ora veiculada, relacionada à livre regulação de riscos como expediente que deve influenciar a análise de estrutura e requisitos de validade dos institutos.

---

667 "Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subseqüentes."
668 "Art. 316. É lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas."
669 WALD, Arnoldo. **A cláusula de escala móvel**: um meio de defesa contra a depreciação monetária. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959, p. 99.
670 "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."
671 "Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."
672 "Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional."
673 "Art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado."

Assim sendo, na perspectiva de risco, o instituto da correção monetária visa endereçar àquele relativo à perda de valor da moeda pela inflação incidente sobre os interesses econômicos do credor em razão do descumprimento causado pelo devedor. Esse risco pode ser regulado pelas partes de diversas maneiras, como, por exemplo, pelo afastamento convencional de sua incidência, total ou parcialmente, por determinado período de tempo, optando-se pelo valor nominal da moeda, resultando numa desvantagem ao credor; pela seleção do índice de correção aplicável, convertendo-se numa típica cláusula de escala móvel; e, ainda neste último caso, por meio da fixação um teto máximo de atualização monetária.

É de ressaltar que, sendo a correção monetária um componente integrante da indenização e uma vez se admitindo a possibilidade de sua regulação, abrangendo hipóteses de sua exclusão expressa, de seleção de índice que não promova a correção esperada do valor da moeda ou a estipulação de um teto para um indicador previamente definido no contrato, na prática o que se está estipulando é também uma modalidade de cláusula de não indenizar. E não se vislumbra qualquer perturbação de ordem pública neste tipo de pacto, ainda mais em contratos empresariais celebrados por agentes econômicos paritários. Em mais essa oportunidade, quando se percebe que a inflação é um risco (mensurado pela probabilidade e impacto), e que as partes podem regulá-lo, dificilmente se encontrará obstáculos ao seu regramento contratual. Queremos transportar essa mesma compreensão para a cláusula de não indenizar, o que demonstrará a necessária revisão de seus requisitos de validade.

Este expediente, de regramento sobre a atualização monetária e seu alcance no contrato, também se encontra acobertado pela autonomia privada e objetiva regular interesses jurídicos que merecem tutela, consubstanciados no regramento do risco emergente da inflação. Esta constatação auxiliará na compreensão sobre o risco enquanto fenômeno que deve fazer parte da análise sobre requisitos de validades dos institutos, incluindo a cláusula de não indenizar.

Por fim, a indenização também compreende os honorários advocatícios, consoante Art. 395, concernente à mora, e Arts. 389 e 404, todos do CC/02, que dizem respeito ao inadimplemento absoluto.

Aqui nos referimos aos honorários convencionais previstos no Art. 22, §1º, da Lei nº 8.906/94[674], que são àqueles estipulados entre o credor e o advogado constituído para a

[674] "Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. § 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, observado obrigatoriamente o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 6º-A, 8º, 8º-A, 9º e 10 do art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)."

prestação dos serviços advocatícios de representação dos interesses do credor na busca da reparação civil decorrente do inadimplemento do devedor. A despeito da divergência sobre o cabimento da reparação civil dos honorários convencionais em razão da celeuma hermenêutica com os honorários sucumbenciais regulados pelo sistema processual, aqui nos interessa explorar que a potencial condenação do devedor ao credor, consubstanciado no ressarcimento dos honorários contratuais, é uma incerteza emergente do inadimplemento que, após exame de probabilidade de impacto, pode ser convertida em risco e, portanto, passível de gestão pelas partes.

Com efeito, caso as partes compreendam ser possível a condenação ao devedor ao ressarcimento dos honorários convencionais e que tal condenação pode ser severa e prejudicial aos seus interesses, uma percepção que será depreendida de análise de probabilidade e impacto pelos interessados, nada obsta que excluam expressamente esta rubrica do dano indenizável ou que estabeleçam um teto para evitar estipulações abusivas em desfavor do devedor.

Neste contexto, perfilhamos o entendimento de que as convenções que buscam regular o cabimento, alcance e até mesmo exclusão dos honorários contratuais tutelam interesses legítimos e merecedores de tutela, notadamente a segurança e previsibilidade sobre o tratamento a ser dado a este componente do dano ressarcível. Naturalmente, esta prerrogativa também se encontra sob o manto da autonomia privada, não havendo preocupações de ordem pública a justificar seu afastamento. Esta constatação, mais uma vez, reforça como a análise de risco deve fazer parte da avaliação sobre a integridade jurídica dos institutos, inclusive no que tange às cláusulas de não indenizar.

Em suma, as medidas de regulação privada dos riscos relacionados aos juros de mora, correção monetária e honorários convencionais de advogados, incluindo àquelas estipulações que excluam ou limitem, sob diversas maneiras, essas rubricas componentes do dano indenizável, são plenamente admitidas pelo Direito brasileiro, não se encontrando sujeitas ao mesmo escrutínio proibitivo usualmente imposto pelos requisitos de validade definidos pela doutrina tradicional às cláusulas de não indenizar. Na verdade, tais estipulações de regulação privada de riscos reforçam a validade das cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro e ratificam o entendimento proposto neste trabalho segundo o qual essas disposições materializam típicos instrumentos de regulação do risco da indenização acobertados pelo manto da autonomia privada, na medida em que tutelam interesses jurídicos legítimos e merecedores de tutela. Esta constatação é elementar para revelar como a análise de risco deve fazer parte da avaliação sobre a integridade jurídica dos institutos, inclusive no que tange às cláusulas de não indenizar.

Após essa ampla digressão sobre as perdas e danos, os outros tipos de danos e demais consectários legais, em que se buscou, além de descrevê-los, indicar que, enquanto incertezas emergentes do contrato, podem ser convertidas em risco para o exercício de alocação contratual nas respectivas esferas contratuais, é possível concluir que os requisitos de validade atualmente definidos pela doutrina tradicional encontram-se, em certa medida, obsoletos quando compreendemos a noção de risco e da possibilidade de sua livre regulação no ambiente dos contratos empresariais. É isso que se buscará demonstrar neste trabalho.

4.2.2.2 Risco de Resolução Contratual

Outro risco que emerge do inadimplemento consiste no direito conferido ao credor de requerer a resolução do contrato, com a cumulação em perdas e danos, nos termos do Art. 475[675] do CC/02. Aqui estamos a falar sobre o inadimplemento absoluto, ou seja, o descumprimento causado pelo devedor que tenha tornado a prestação inútil para satisfação dos interesses do credor.

Por conseguinte, a mora não confere ao credor o direito à resolução do contrato, já que o credor ainda tem interesse na prestação, que conserva a sua utilidade, ainda que cumprida em desconformidade com a forma, tempo ou lugar estabelecidos pela lei ou convenção, nos termos do Art. 394[676] do CC/02[677]. Por outro lado, caso o descumprimento da obrigação de acordo com o tempo, lugar ou modo pactuados tenha a aptidão de frustrar o interesse do credor, a mora converte-se em inadimplemento absoluto, fazendo nascer, em benefício do credor, o direito à resolução contratual por inadimplemento. É o que se depreende do parágrafo único do Art. 395, parágrafo único, do CC/02[678].

Para a configuração do inadimplemento absoluto, há de se verificar a inexecução de obrigação essencial à função econômica do contrato. O mero descumprimento de obrigações acessórias e/ou que não sejam aptas a frustrar o interesse do credor, o que se depreende do negócio e não da vontade íntima deste, não fazem surgir o direito à resolução contratual, em

675 "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."
676 "Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer."
677 "Por outro lado, haverá mora se a prestação devida, apesar de não cumprida no tempo, lugar ou modo ajustado, ainda for possível para o devedor e útil para o credor, nos termos do artigo 394 do Código Civil." (TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 103).
678 "Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos."

atenção aos princípios da boa-fé objetiva e equilíbrio econômico-financeiro do contrato[679]. Sobre este ponto, Aline de Miranda Valverde Terra assim se posiciona:

> A impossibilidade ou inutilidade se refere, sempre, à prestação devida, não só à prestação principal. Nessa direção, se o descumprimento de dever de conduta ou de dever principal da prestação impossibilitar ou tornar inútil a prestação para o credor, configurado estará o inadimplemento absoluto. Por outro lado, se desse descumprimento resultar unicamente cumprimento imperfeito da prestação devida, sem, contudo, retirar-lhe a utilidade que dela espera o credor, sem comprometer o fim do negócio, estar-se-á diante de mora.[680]

São pressupostos da resolução a existência de uma obrigação vinculante e eficaz, bem como a caracterização inequívoca do inadimplemento absoluto. Para que o credor exerça o direito resolutivo, este também deverá estar adimplente com suas obrigações contratuais.

Uma vez verificados seus pressupostos, especialmente a verificação do inadimplemento absoluto, surge para o credor o direito à resolução do contrato, que poderá se dar extrajudicialmente, se o contrato contiver cláusula resolutiva expressa, ou por meio da via judicial, se o contrato for silente, atraindo a incidência da cláusula resolutiva tácita ou implícita.

Caracterizado e reconhecido o direito à resolução do contrato por inadimplemento absoluto, deflagram-se seus efeitos, dentre os quais se incluem o efeito liberatório, restitutório e ressarcitório. O primeiro consiste no efeito de exoneração das partes contratantes de cumprirem as obrigações pendentes, na medida em que o pacto foi extinto em razão da resolução contratual. O efeito restitutório compreende o restabelecimento do *status quo ante* das partes, impondo o dever de restituir o que receberam em razão da execução do contrato[681]. Este efeito não se confunde com o efeito ressarcitório, outra repercussão da resolução, o qual compreende o dever de indenização por perdas e danos do devedor inadimplente ao credor.

A resolução do contrato, pois, consiste também numa das várias incertezas que podem resultar do inadimplemento absoluto. Isto porque, a resolução do contrato é um evento futuro e incerto na medida em que não se tem certeza de que o credor efetivamente buscará o exercício do remédio resolutivo, tampouco que este, se manejado, será reconhecido pelo órgão judicante competente, aspectos que estão sujeitos à incerteza. Mas esses fatores não impedem a conversão desta incerteza em risco, que poderá ser realizada pelos agentes interessados mediante a adoção

---

679 "Por outro lado, haverá mora se a prestação devida, apesar de não cumprida no tempo, lugar ou modo ajustado, ainda for possível para o devedor e útil para o credor, nos termos do artigo 394 do Código Civil." (TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 103).

680 TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 104.

681 TRIMARCHI, Pietro. ***Il contrato****: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffré, 2010, p. 72.

das técnicas de probabilidade e impacto sobre as quais falamos ao longo deste trabalho, cujas premissas terão origem na experiência, informações e dados disponíveis e qualidade do conhecimento dos referidos agentes sobre o possível evento adverso em perspectiva.

Uma vez compreendida e convertida em percepção de risco emergente do inadimplemento, a resolução contratual também poderá motivar ações de tratamento deste risco, como, por exemplo, a estipulação de cláusula resolutiva expressa, instituto por meio do qual as partes definem as hipóteses de inadimplemento absoluto, as quais, se verificadas, poderão motivar a resolução extrajudicial do contrato, sem interferência judicial. As cláusulas resolutivas expressas são típicos instrumentos de gestão eficiente do risco da resolução por inadimplemento. Neste sentido, em trabalho sobre o tema, assim se posiciona Aline de Miranda Valverde Terra, *in verbis*:

> Dentre os diversos outros instrumentos privados de gestão de riscos contratuais, também a cláusula resolutiva expressa se firma como instituto privilegiado a desempenhar referida função, concedendo ao contratante não inadimplente transferir o risco de sua insatisfação ao devedor. Cuida-se de mais uma ferramenta à disposição dos contratantes destinada à alocação e (ou) disciplina dos efeitos dos riscos do negócio.[682]

As partes também poderão regular os efeitos produzidos pela resolução contratual, sendo-lhes permitido, pois, "no exercício de sua autonomia privada, […] regular os efeitos de suas relações patrimoniais, podendo, inclusive, afastar a obrigação de restituir"[683].

Nesta toada, são admitidas no Direito brasileiro, ainda, as denominadas cláusulas de remédio exclusivo (*sole remedy clause*), em que as partes, em típica gestão do risco do inadimplemento, inclusive àquele atinente à resolução do contrato, definem os meios de reação permitidos à parte lesada, afastando outros remédios eventualmente cabíveis.

A sua forma mais tradicional é a previsão de acordo com a qual as partes estipulam que, no caso de inadimplemento, a parte lesada pode apenas requerer a satisfação em perdas e danos, renunciando aos demais remédios supostamente cabíveis, incluindo a resolução contratual[684]. Giovanni Ettore Nanni explica as cláusulas de solução única ou de remédio único com clareza, *in verbis*:

---

[682] TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Forum, 2017.
[683] *Idem, ibidem*, p. 195.
[684] "Por sua vez, a cláusula de remédio exclusivo representa a renúncia prévia à utilização de quaisquer outros remédios supostamente cabíveis. Em consequência, resta excluída a possibilidade de resolução do contrato por inadimplemento absoluto em razão do descumprimento pelo devedor (vendedor) da prestação tal como qualificada pelas informações prestadas nas cláusulas de declaração e garantias, tendo o credor (comprador) somente a

> As cláusulas de solução única ou de remédio único, numa tradução literal de '*sole remedy'*, visam, de um modo geral, demarcar os meios de reação das partes a uma perturbação contratual. Essa demarcação pode ser feita de dois modos: positiva ou negativamente. Positivamente, indicando qual o meio de reação associado às perturbações da prestação, sendo frequente, nesse caso, a previsão de uma tutela indenizatória, havendo danos, com ou sem cláusula penal. Negativamente, por meio da exclusão de meios de reação previstos no Código Civil, sendo frequentes a anulação por erro, a execução específica e a resolução do contrato.
> O objetivo da '*sole remedy clause'* é garantir que nenhum remédio além daqueles estipulados no contrato estará disponível em caso de seu descumprimento. Consubstancia tentativa de isolar o contrato do sistema legal ao qual está sujeito.[685]

Trata-se de uma cláusula que tem por lastro a gestão contratual de riscos, notadamente os que decorrem de eventuais imputações do inadimplemento, como confirmam Deborah Pereira dos Santos e Maria Lopes em artigo sobre o tema:

> Registre-se que, como instrumento aberto à gestão positiva do risco do inadimplemento pela autonomia negocial, as partes poderão estabelecer cláusula contratual pela qual não somente se exclua a possibilidade de o credor resolver o contrato pelo inadimplemento absoluto da prestação, como também já se preestabeleça a indenização devida pelo devedor na execução pelo equivalente, sendo que, nesse caso, a definição dos danos se dará pelo interesse positivo. Em outras palavras, a cláusula de *sole remedy* é utilizada pelos contratantes em conjunto com a cláusula de indenização para definir de antemão o remédio exclusivo – a indenização pactuada ou os parâmetros para seu cálculo – que o credor poderá acionar na hipótese de se verificar a inexatidão ou a inveracidade das informações que foram prestadas pelo devedor nas cláusulas de declarações e garantias.[686]

Ainda sobre a cláusula *sole remedy*, a experiência de sua prática em jurisdições sob o sistema *common law* revela a sua estipulação até mesmo para afastar a possibilidade de anulação do contrato por dolo da contraparte. O racional para este tipo de estipulação, como relata a doutrina, é justamente a gestão do risco relacionado a eventual questionamento da

---

possibilidade de seguir o caminho da execução genérica pelo equivalente com a aplicação da multa contratual" (SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; LOPES, Maria. Notas sobre a responsabilidade contratual do alienante pela violação das cláusulas de declarações e garantias nos contratos de alienação de participação societária representativa de controle. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 24, p. 241-260, abr./jun. 2020).

685 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 525.

686 SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; LOPES, Maria. Notas sobre a responsabilidade contratual do alienante pela violação das cláusulas de declarações e garantias nos contratos de alienação de participação societária representativa de controle. In: **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** | Belo Horizonte, v. 24, p. 256, abr./jun. 2020.

validade do contrato, resultando em sua desconstituição[687]. Tendo essa incerteza uma alta percepção de probabilidade de ocorrência, somado ao severo impacto que a anulação da avença pode causar (imagine-se, por exemplo, no contrato de compra e venda de sociedades, que demandaria o retorno ao *status quo ante*[688]), esta incerteza é convertida em risco, que é neutralizado pela *sole remedy*. É do desejo das partes, portanto, a regulação do risco de anulação do contrato, afastando-o, de forma que a parte prejudicada poderá apenas se valer dos remédios expressamente previstos no contratado, sendo normalmente restrito, ao menos em operações de M&A, à satisfação por perdas e danos[689].

As cláusulas de *hardship*[690], do mesmo modo, podem redimensionar os riscos de resolução por inadimplemento por onerosidade excessiva ao dispor que as partes estão obrigadas a renegociar as cláusulas contratuais caso surjam circunstâncias que sejam capazes de afetar o equilíbrio da avença, neutralizando o surgimento do direito à resolução por inadimplemento por onerosidade excessiva em decorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis em relação aos quais o Art. 478 do CC/02[691] faz alusão como requisitos para a sua configuração.

---

687 "A principal finalidade da cláusula de remédio único é dar certeza, clareza e previsibilidade às Partes a respeito dos riscos alocados no contrato, evitando-se a aplicação de dispositivos legais previstos no sistema jurídico em que o contrato está inserido." (PERLATI, Renan Varollo. As cláusulas de remédio único e o dolo no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, Edição Especial – M&A. v. 182/183, p. 159-194, ago. 2021/jul. 2022).

688 A esse respeito, Cláudia Gruppi Costa e Guilherme Setoguti J. Pereira destacam que "não há dúvida de que o retorno ao *status quo ante* é complexo em qualquer contrato, mas tal complexidade parece escalar em contratos de compra e venda de participações societárias. Além de a sociedade ser um organismo vivo em constante transformação, o negócio em tela carrega consigo a implementação de medidas modificativas desse organismo, sobretudo quando há troca de controle. Nesse contexto, em algumas situações pode haver uma virtual impossibilidade de o adquirente restituir ao alienante a participação societária que adquiriu no exato exstado em que se encontrava antes da celebração do contrato" (COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. A cláusula de remédio exclusivo e a resolução do contrato por inadimplemento. *In*: ADAMEK, Marcelo Vieira von; PEREIRA, Rafael Setoguti J. (Coords.). **Fusões e aquisições (M&A)**. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 318).

689 PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de "remédio" único. *In*: MONTEIRO, Antonio [*et al.*]. **Encontros de Direito civil**: a tutela dos credores. Lisboa: Universidade Católica, 2020, p. 74.

690 "Nos contratos internacionais, para responder às necessidades de readaptação do negócio em casos de superveniências imprevistas, desenvolveu-se a prática das hardship clauses. Trata-se, como salienta a doutrina especializada, de estipulações que permitem a revisão do contrato nos casos da ocorrência de imprevistos que alterem substancialmente o equilíbrio original das obrigações das partes, mediante sua renegociação. São 'cláusulas de adaptação', visando a impedir que o "endurecimento das condições" torne mais onerosa sua execução, rompendo o equilíbrio das prestações ajustadas." (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 155).

691 "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tomar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

No limite, podem as partes, ainda, limitar ou excluir o direito resolutivo, especialmente nos contratos empresariais[692]. Giovanni Ettore Nanni é assertivo ao afirmar que "entende-se válidas as convenções que limitam ou excluem o direito resolutivo, notadamente nos pactos celebrados entre empresas."[693]

Tais estipulações são típicas avenças de alocação eficiente do risco consubstanciado na possibilidade de resolução por inadimplemento, e são admitidas pela ordem jurídica, nos termos do Art. 421[694], 421-A[695], incisos I e II, 474[696], todos do CC/02. São pactuadas com base na autonomia privada das partes, cujo fundamento primordial reside na legítima tutela de um interesse jurídico, qual seja, gerar mais previsibilidade e segurança para o grave efeito materializado na resolução contratual – que, enquanto efeito jurídico do inadimplemento, consubstancia um risco passível de regulação entre agentes econômicos empresariais.

Essa exposição acerca do risco da resolução contratual e da possibilidade de sua livre alocação pelas partes serve para demonstrar que o efeito do inadimplemento consubstanciado no direito à resolução é frequentemente regulado por agentes econômicos em contratos empresariais, não havendo questionamentos acerca de requisitos de validade heterodoxos que devem condicionar a integridade jurídica do instituto como a doutrina tradicional fez em relação à cláusula de não indenizar. Ora, se é possível que as partes, numa lógica baseada na gestão de riscos, modifiquem e até mesmo eliminem o direito à resolução em contratos empresariais, por entenderem que os demais mecanismos contratualmente previstos atendem aos interesses delas, qual a razão para as restrições impostas à cláusula de não indenizar por meio da definição dos requisitos de validade atribuídos pela doutrina tradicional?

É por isso que, dentro da perspectiva do que se compreende como incerteza, conversão em risco e liberdade para alocá-lo segundo os interesses em jogo, os requisitos de validade da cláusula de não indenizar devem ser revisados, de forma que esta estipulação alcance o máximo de seu potencial.

---

692 Pontes de Miranda também admite a renúncia ao remédio resolutivo. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 243. v. 5).

693 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 521.

694 "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual."

695 "Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada."

696 "Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial."

4.2.2.3 Risco de Exigência de Cumprimento do Contrato: Execução Específica (Mora) ou Satisfação pelo Equivalente (Inadimplemento Absoluto)

O inadimplemento do contrato pelo devedor faz surgir em benefício do credor uma série de direitos, dentre os quais a execução forçada do contrato, que compreende a execução específica "*in natura*" e a execução pelo equivalente[697], institutos que são distintos em seus respectivos suportes fáticos e efeitos.

Sendo inadimplemento relativo, ou seja, tendo havido apenas o simples cumprimento imperfeito da obrigação de forma a consumar a mora contratual, a lei confere ao credor a prerrogativa de se valer da execução específica do contrato, ou seja, a execução "*in natura*" da dívida, não sendo permitido, em tese, o exercício do direito formativo à extinção do contrato, salvo estipulação de cláusula resolutiva expressa. Neste caso da execução específica, o credor tem à sua disposição "ação de adimplemento, que surge desde o vencimento e que persiste até o cumprimento da prestação, podendo receber a coisa com retardo ou aceitar o cumprimento imperfeito que o devedor lhe oferece, sempre com direito a perdas e danos."[698]

Por outro lado, tendo se consumado o inadimplemento absoluto por culpa do devedor, ou seja, a prestação "*in natura*" não é mais possível e/ou tornou-se inútil aos interesses do credor, surge para este a opção entre resolver o contrato ou exigir o cumprimento do contrato pelo equivalente pecuniário à prestação[699], sendo cabível, em ambos os casos, indenização por perdas e danos[700]. Este é o verdadeiro significado do Art. 475 do CC/02, de acordo com o qual

---

697 "A execução por equivalente se opõe à execução direta ou '*in natura*' e não à execução forçada. A execução forçada é o gênero, cujas modalidades são a execução direta e a execução por equivalente." (NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 404).

698 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 95.

699 TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018, p. 55.

700 "A fim de evitar o desencontro conceitual, Henri De Page reporta que, ante a inexecução da obrigação o credor tem a opção da execução forçada, a qual pode ser pleiteada *in natura*, quando ainda é possível [que se prefere útil ao credor para evitar ambiguidade com o instituto da impossibilidade superveniente], ou por equivalente se o descumprimento é definitivo. Isto posto, a inexecução imputável ao devedor não oferece exclusivamente ao credor o direito à resolução já que não se impõe necessariamente. O lesado pelo inadimplemento é beneficiário de uma opção. Ele tem o direito de pleitear a execução forçada – seja *in natura* seja por equivalente – do contrato ou a sua resolução, incluindo perdas e danos. [...]. A respeito do assunto, a doutrina pátria igualmente reconhece que afastada a viabilidade de execução específica pode o credor pretender indenização 'pelo seu valor', isto é, a indenização substitutiva da prestação também dita execução por equivalente pecuniário. Será feita em moeda pelo valor da prestação incumprida, caso em que as perdas e danos terão caráter substitutivo à prestação. Ainda nessa hipótese pode o credor optar entre exercer pretensão à indenização substitutiva e a pretensão à resolução por

"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."

A satisfação pelo equivalente "significa posicionar o interesse creditício no ponto correspondente ao regular pagamento, equiparando-o, como se a avença tivesse sido precisamente executada até seu termo final incluindo a contraprestação"[701]. Além do Art. 475, o instituto tem previsão nos Arts. 234[702], 236[703], 239[704] e 240[705] para as hipóteses relacionadas à perda da coisa nas obrigações de dar ou restituir.

Nesta ordem de ideias, podemos afirmar que, tanto a execução específica "*in natura*" quanto a execução pelo equivalente, consistem em efeitos do inadimplemento como gênero, sendo certo que a execução específica é um potencial efeito do inadimplemento relativo (mora) e a execução pelo equivalente um potencial efeito do inadimplemento absoluto.

Na condição de efeitos do inadimplemento, a execução específica e o cumprimento pelo equivalente, no âmbito de seus respectivos âmbitos de incidência, podem ser analisados racionalmente como riscos contratuais. Isto porque são revestidos do componente da incerteza, considerando que não se sabe se o credor efetivamente buscará esses remédios e, ainda que o faça, se haverá reconhecimento do direito pelo órgão judicante. Esta incerteza poderá ser convertida em risco a partir das análises de probabilidade e impacto.

Do mesmo modo, à semelhança do que ocorre em relação aos demais efeitos do inadimplemento e, consequentemente, da responsabilidade contratual, as partes, cientes da sua inexorável presença no negócio, podem ter o interesse sobre a alocação desses riscos, de forma a melhor gerir esses possíveis efeitos que emergem do inadimplemento, o que poderá ser feito por meio de estipulações contratuais que tenham por objetivo regular as opções conferidas ao credor.

Desta maneira, na hipótese de cumprimento imperfeito da obrigação, caracterizando-se, portanto, como mora, podem as partes excluir a possibilidade de execução específica "*in natura*" da obrigação, como é praticado pela já comentada cláusula de remédio único ("*sole*

---

inadimplemento. (NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 404).

[701] NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 402.

[702] "Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos."

[703] "Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos."

[704] "Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos."

[705] "Art. 240. Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 239."

remedy"), de acordo com a qual as partes restringem o direito do credor resultante do inadimplemento à mera satisfação por perdas e danos a serem apuradas em ação própria, sem impactos adversos no contrato. E fazem isso a partir de análises racionais de probabilidade e impacto de iniciativas visando a imputação recíproca de descumprimentos contratuais, cujas repercussões práticas são avaliadas como severas ao programa contratual livremente concebido pelas partes.

De modo semelhante, na hipótese de inadimplemento absoluto, nada impede que as partes regulem a forma de apuração do "equivalente"[706] (que pode ser mais ou menos benéfica ao credor). Pretendem, nesse caso, mitigar o risco, depreendido de exame de probabilidade e impacto de ocorrência, emergente de apurações equivocadas, em sede pericial, do que representaria o "equivalente pecuniário", risco este visualizado pelas partes como relevante a ponto de ser consensualmente regulado.

Estipulações desta natureza representam instrumentos legítimos de alocação do risco do inadimplemento contratual (mora e inadimplemento absoluto), que não deveriam despertar preocupações de ordem pública, estando acobertadas pelo manto principiológico da autonomia privada.

Assim sendo, essa breve abordagem acerca dos efeitos do inadimplemento consubstanciados na execução específica em caso de mora ou satisfação pelo equivalente na hipótese de inadimplemento absoluto, passando a compreendê-los como riscos do incumprimento do contrato que podem ser livremente regulados em contratos empresariais, contribui para a proposta desta tese de revisitar os requisitos de validade atribuídos pela doutrina tradicional, na medida em que encontram-se divorciados desta percepção pragmática de gestão de riscos que é levada a cabo por agentes econômicos em sofisticados contratos empresariais.

A regulação desses riscos mediante a estipulação de convenções atípicas, como é o caso da cláusula de remédio único, deve também ter o seu fundamento introjetado na análise de integridade normativa da cláusula de não indenizar, justificando, pois, a necessária revisão de seus requisitos de validade.

---

[706] É o que afirma Giovanni Ettore Nanni, *in verbis*: "Em tal cenário, desfrutam de autonomia privada para avençar como melhor entenderem acerca do critério a ser adotado para ultimar a providência." (NANNI, Giovanni Ettore. I**nadimplemento Absoluto e Resolução Contratual: Requisitos e Efeitos**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 646).

4.2.2.4 Risco de Oposição de Exceção de Contrato Não Cumprido

O instituto da exceção do contrato não cumprido ou *exceptio non adimpleti contractus* constitui ato de defesa do credor no sentido de não ser obrigado a cumprir a prestação pela qual se obrigou alegando o fato de o devedor não ter satisfeito a prestação que lhe cabia. O instituto também pode ser denominado de exceção de inadimplemento ou exceção de inadimplência, sendo típico dos contratos bilaterais sinalagmáticos[707].

O referido meio de exceção tem origem no direito canônico[708], tendo recebido ampla adesão pelos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica a partir do século XX[709]. No Brasil, o instituto foi regulado pelo Código Civil de 1916, nos termos do Art. 1.092[710], e novamente previsto no Código Civil de 2002, consoante Art. 476 do CC/02, de acordo com o qual "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro."

Segundo a doutrina clássica, a exceção "paralisa a ação do autor, ante a alegação do réu de não haver recebido a contraprestação devida; não se debate o mérito do direito arguido, nem o excipiente nega a obrigação; apenas contesta sua exigibilidade, em face de não haver o excepto adimplido o contrato"[711]. Trata-se de uma das formas de autotutela admitidas pelo Direito brasileiro[712].

---

[707] TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021. Disponível em: https://civilistica.com/excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-coligacao/. Acesso em: 18 jun. 2024.

[708] "O princípio emanou dos canonistas. Diferentemente do que havia escapado aos romanistas, os estudiosos do direito canônico sobrelevaram o íntimo laço vinculativo de ambas as prestações, não só no momento de sua formação, como ainda no de sua execução" (LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 166-167. v. III).

[709] É o que explica Rodrigo da Guia Silva, *in verbis*: "Trata-se de fenômeno relativamente recente na história da exceptio, cujo desenvolvimento inicial costuma ser atribuído mais ao esforço dos canonistas medievais do que propriamente aos jurisconsultos romanos. A partir do século XX, a exceção de inadimplemento recebeu ampla acolhida pelos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, a justificar sua previsão expressa na generalidade dos códigos civis da Europa continental". (SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 78, p. 43-83, jun. 2017).

[710] "Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro."

[711] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83-84. v. 3). Em sentido similar, ver, por todos, ASSIS, Araken de. Comentários ao art. 476 do Código civil. *In*: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). **Comentários ao Código civil brasileiro**. Volume V (Arts. 421 a 578). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 686 *et seqs*.

[712] Raquel Bellini de Oliveira Salles afirma: "[...] a exceção é instrumento diretamente destinado a defender o credor (o que justifica o seu enquadramento entre os remédios de autotutela com função conservativo-cautelar) e, apenas indiretamente, a compelir o devedor a adimplir a prestação devida" (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Orientador: Maria Celina Bodin de Moraes. 2011. 258f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2011, p. 101).

A regra, convém ressaltar, somente se aplica aos contratos bilaterais e comutativos, conforme se depreende da locução "contratos bilaterais", constante do Art. 476, assim entendidos como àqueles em que são estipuladas prestações recíprocas e correspectivas, de modo que as obrigações estão conectadas por um elo de correspondência material ou nexo funcional[713].

São requisitos necessários ao manejo da exceção de contrato não cumprido: (a) laço de conexidade entre duas obrigações nascidas de uma relação obrigatória; (b) coetaneidade do adimplemento; (c) inadimplência; e (d) boa-fé de quem a invoca.[714]

Com efeito, a exceção surge a partir de um alegado inadimplemento, cujos efeitos são neutralizados pelo credor até que o devedor demonstre o cumprimento da obrigação[715]. A exceção de contrato não cumprido não tem efeito extintivo, mas apenas dilatório. Quem o alega quer obter a sua contraprestação – *in natura* ou pelo equivalente -, fazendo valer seus direitos advindos da inexecução[716].

Para se valer da exceção, o credor deve demonstrar que as obrigações são correspectivas e contemporâneas, na medida em que sua função é conservar o equilíbrio do sinalagma, que fora conturbado em razão do inadimplemento praticado pelo devedor[717].

---

[713] Rodrigo Guia da Silva explica que "[…] a metodologia civil-constitucional permite afirmar que o sinalagma traduz a existência de um nexo funcional entre as prestações a cargo de cada um dos contratantes. Fala-se em nexo funcional precisamente para destacar a relação existente entre a causa contratual e o vínculo de correspectividade entre prestações (ou polos prestacionais)." (SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 78, p. 47, 2017).

[714] TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, p. 5, 2021. Disponível em: https://civilistica.com/excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-coligacao/. Acesso em: 18 jun. 2024.

[715] "Dito de outro modo, diante do inadimplemento, em vez de acionar o expediente resolutório – o que colocaria fim à relação entabulada –, o interessado utiliza o instituto em exame com o propósito de suspender o adimplemento de sua obrigação e, ao mesmo tempo, instar a contraparte a cumprir." (TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, p. 4, 2021. Disponível em: https://civilistica.com/excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-coligacao/. Acesso em: 18 jun. 2024).

[716] TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, p. 24, 2021. Disponível em: https://civilistica.com/excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-coligacao/. Acesso em: 18 jun. 2024.

[717] "Na exceção de inadimplemento, de início é indispensável uma relação contratual sinalagmática, marcada pela estipulação de direitos e obrigações correspectivos, isto é, as prestações que daí defluem se imbricam, de modo que a satisfação de uma encontra contrapartida no cumprimento da outra. No programa contratual entabulado, a obrigação de uma parte é o contrabalanço da outra. Há uma dependência recíproca. Cada uma delas é contrapartida da outra, uma não nasce sem a outra e nenhum dos devedores tem de cumprir sem que o outro cumpra igualmente.24 É nesta estrutura que reside o requisito da necessidade de um laço de conexidade entre duas obrigações oriundas do contrato. Uma é vinculada à outra. Adimplir aqui pressupõe receber ali, em uma trama umbilical." (TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, p. 7, 2021. Disponível em: https://civilistica.com/excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-coligacao/. Acesso em: 18 jun. 2024).

Os efeitos diretos deste meio de defesa são a suspensão da exigibilidade da prestação e a não consumação dos efeitos da mora[718].

Um desdobramento da cláusula *exceptio non adimpleti contractus* diz respeito à defesa oponível frente a um cumprimento incompleto ou defeituoso. Trata-se da hipótese denominada *exceptio non rite adimpleti contractus*, instituto que deflagra digressões sobre o tema de incumprimento[719], havendo posicionamento doutrinário sobre a sua pouca relevância no Direito brasileiro em razão do amplo conceito de mora[720].

Esta breve digressão sobre o instituto da *exceptio non adimpleti contractus*, sem qualquer pretensão de se exaurir o tema que escapa ao objeto central desta tese, tem por finalidade apenas sedimentar seus aspectos essenciais para que também possamos compreendê-lo sob a perspectiva do risco e sua livre regulação mediante o exercício da autonomia privada. Nesta perspectiva, qual o risco que a exceção mencionada faz despertar e em que medida este risco pode ser negociado entre as partes no exercício de sua autonomia privada?

Sob a perspectiva fenomenológica do risco, a exceção de contrato não cumprido também lida com a incerteza relacionada ao inadimplemento, um evento futuro e incerto, sujeito às análises de probabilidade e impacto. Deste modo, as partes convenentes, ao celebrarem contratos bilaterais e comutativos, sabem que, por decorrência legal, no caso de inadimplemento, poderão estar sujeitas à alegação e reconhecimento da exceção do contrato não cumprido, o que afetará a exigibilidade do cumprimento das obrigações pactuadas. A defesa do *exceptio non adimpleti contractus* está, nesta medida, relacionada à incerteza do

---

[718] "Pode-se dizer que as principais consequências da oposição regular da exceptio guardam relação direta com a sua natureza dilatória: em termos sintéticos, vale apontar a suspensão da exigibilidade da obrigação e a não imputabilidade dos efeitos do inadimplemento ao excipiente. Desse modo, o excipiente foge à regra de responsabilidade agravada pela mora (art. 395 do Código Civil), vez que a suspensão da exigibilidade da obrigação afasta a incidência dos efeitos que decorrem normalmente do estado de inadimplemento relativo" (SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido*:* repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 78, p. 71, 2017).

[719] TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, p. 12, 2021. Disponível em: https://civilistica.com/excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-coligacao/. Acesso em: 18 jun. 2024.

[720] "Afirma-se, a propósito, que a exceção de contrato não adequadamente cumprido serviria como remédio precisamente à hipótese que, embora não configurado inadimplemento "em sentido estrito", restasse caracterizada violação positiva do contrato. O mérito maior de tal construção teórica parece residir na elucidação de que o inadimplemento contratual pode assumir facetas as mais variadas, sem se limitar ao descumprimento de prestações principais. Justamente em razão dessa percepção, que já se teve oportunidade de analisar mais detidamente, talvez seja o caso de reconhecer que a exceção de contrato não adequadamente cumprido perde importância no direito brasileiro contemporâneo em decorrência do conceito amplo de mora adotado pelo legislador e do renovado conceito de inadimplemento contratual – a rigor, o mesmo fundamento pelo qual parece perder importância a doutrina da violação positiva. Em suma, no renovado direito obrigacional, a *exceptio non adimpleti contractus* pode abarcar satisfatoriamente as hipóteses outrora associadas à *exceptio non rite adimpleti contractus*" (SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 78, p. 53, 2017).

inadimplemento, que, uma vez dimensionada segundo os critérios de probabilidade e impacto, converter-se-á em risco, que poderá ser livremente regulado pelas partes, no legítimo exercício da autonomia privada, nos termos do Art. 421-A, II, do Código Civil de 2002.

Uma das possibilidades de se regular este efeito específico do inadimplemento consubstanciado na *exceptio non adimpleti contractus* é por meio da inserção da cláusula *solve et repete*, estipulação esta que pode servir para restringir o manejo da defesa da exceção do contrato não cumprido[721].

Por meio desta estipulação, acordam as partes que, no caso de alegado inadimplemento, a parte cumprirá a obrigação que lhe cabe, renunciando à exceção que teria direito em razão do inadimplemento da contraparte. Sobre a referida disposição, usual na prática contratual, Carlos Roberto Gonçalves explica:

> Como decorrência do princípio da autonomia da vontade, admite-se a validade da cláusula contratual que restrinja o direito de as partes se utilizarem do aludido Art. 476 do Código Civil. Trata-se da cláusula *solve et repete*, pela qual obriga-se o contratante a cumprir a sua obrigação, mesmo diante do descumprimento da do outro, resignando-se a, posteriormente, voltar-se contra este, para pedir o cumprimento ou as perdas e danos. Importa em renúncia ao direito de opor a exceção do contrato não cumprido.
> A eficácia da aludida cláusula consiste em que uma das partes não pode eximir-se da prestação, nem retardá-la, pelo fato de opor exceções que, em outra situação, seriam justificadas pelo comportamento do outro contraente. Deve a parte, portanto, cumpri-la prontamente, sem prejuízo de valer, em ação própria, seus direitos nascidos desse comportamento. Em outras palavras, deve renunciar à vantagem que resultaria da aplicação do princípio da economia processual.[722]

Ana Prata também se refere à disposição mencionada como um mecanismo de neutralização do risco de oposição da exceção, conforme se extrai da seguinte passagem:

> Por via de regra, esta cláusula surge em contratos bilaterais, excluindo a invocabilidade da exceção do não cumprimento para uma das partes e

---

[721] A doutrina esclarece que a cláusula *solve et repete* também pode ser manejada para regular outros institutos, como a compensação e a resolução contratual. Rodrigo da Guia Silva e Jeniffer Gomes da Silva esclarecem que "Para além das hipóteses de aplicabilidade da cláusula solve et repete no âmbito da exceção de contrato não cumprido e da compensação, pode-se destacar, ainda, a sua operatividade no plano da resolução do contrato por incumprimento. Vale esclarecer que não se trata de limitação ou exclusão de responsabilidade, uma vez que a celebração dessa manifestação de cláusula solve et repete não exime o credor de cumprir a sua obrigação; em realidade, apenas impede que o devedor invoque o inadimplemento do credor com a finalidade de resolver a relação contratual." (SILVA, Rodrigo da Guia; SILVA, Jeniffer Gomes da. Cláusulas *Solve Et Repete*: perspectivas de atuação da autonomia privada na (de)limitação das exceções oponíveis pelo devedor. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 17-18, jan./abr. 2020).

[722] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167. v. III.

> impondo-lhe, consequentemente, a realização da prestação, ainda que o outro contraente não cumpra a que lhe cabe.
> [...]
> Finalmente, a estipulação pode visar não apenas facultar ao credor o exercício judicial do seu direito 'sem encontrar obstáculos, na eventual oposição de excepções [...]', mas também afastar o próprio direito à resolução do contrato por incumprimento. Nesse caso, a parte não só não pode invocar o não cumprimento do outro contratante para não cumprir desde logo, como não pode fazê-lo para definitivamente se liberar do cumprimento através da resolução do contrato.[723]

Assim sendo, a cláusula *solve et repete,* atua, então, "em sentido diverso ao da exceção: enquanto nesta a parte se assegura de receber a contraprestação, na renúncia a parte se dispõe a prestar independentemente da contraprestação"[724].

Neste contexto, a cláusula *solve et repete* consiste num meio disponível às partes de regular um aspecto da incerteza do inadimplemento, que é a eventual alegação da exceção do contrato não cumprido, convertendo-a em risco tangível, que é negociado entre as partes de forma que o credor não poderá se valer da defesa, renunciando a ela e assumindo o risco do inadimplemento da contraparte, sendo-lhe garantida a prerrogativa de pleitear o cumprimento do contrato ou indenização por perdas e danos posteriormente, em expediente específico. As partes, portanto, regulam objetivamente o risco da exceção de contrato não cumprido inerente ao inadimplemento, definindo os contornos e alcance do Art. 476 do CC/02.

Com efeito, as partes, cientes de que alegações de exceção de contrato não cumprido podem ser manejadas por uma parte em desfavor da outra (juízo de probabilidade), e que o exercício deste mecanismo de defesa pode gerar consequências indesejadas no programa contratual (análise de impacto), transformam a incerteza sobre este possível evento em risco objetivamente verificável, que passa a ser gerenciado por meio da cláusula *solve et repete*.

Convém destacar que a referida cláusula é negociada especificamente para regular o risco de alegação da exceção de contrato não cumprido, não impedindo que a contraparte possa se valer de outros efeitos do inadimplemento, notadamente a busca pelo crédito e perdas e danos em ação própria ou até mesmo a resolução do contrato por incumprimento[725]. É exatamente a

---

[723] PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 50-51.

[724] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Comentários ao novo Código civil: da extinção do contrato. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 823. v. VI. t. II.

[725] Rodrigo da Guia Silva e Jeniffer Gomes da Silva reforçam este ponto ao expor que "Convém destacar e reiterar, ainda, que a convenção da cláusula *solve et repete* não retira do contratante a responsabilidade pelo adimplemento da sua obrigação. A renúncia da exceção não se confunde, afinal, com a renúncia ao direito de crédito. Em que pese a impossibilidade da contraparte demandada de opor exceções (tais como a de contrato não cumprido, de

mesma lógica, *mutatis mutandis*, da cláusula de não indenizar, que, por sua vez, atua em outro risco específico do inadimplemento, que é a indenização por perdas e danos.

Este ponto é importante para reforçar um dos pontos centrais deste trabalho no sentido de que as partes podem regular os mais diversos efeitos do inadimplemento, no exercício legítimo da autonomia privada, desde que sejam depreendidos interesses jurídicos merecedores de tutela. Nos contratos empresariais o ambiente desta autonomia adquire fronteiras mais expandidas, na medida em que são estabelecidos por agentes econômicos empresariais que se engajam em sinalagmas contratuais cientes dos mecanismos de alocação de riscos que foram adotados, os quais projetam lucros e proveitos à empresa e seus proprietários.

Temos defendido ao longo deste trabalho que prerrogativas como essa incorporada na cláusula *solve et repete* estão compreendidas na autonomia privada das partes, notadamente no que pertine à alocação dos riscos emergentes da convenção, consoante Art. 421-A, inciso II, do CC/02. Ademais, tendo a cláusula *solve et repete* um racional jurídico e econômico, à luz das circunstâncias negociais aferidas do caso concreto, desde que respeitado o princípio da boa-fé objetiva, a sua estipulação também encontra guarida no Art. 113, § 1º, V, do CC/02, por integrar a racionalidade econômica do negócio.

Da exposição acima trazida sobre o instituto da exceção do contrato não cumprido previsto no Art. 476 do CC/02, depreendemos que a sua essência está associada à noção de risco de inadimplemento, um evento futuro e incerto, sujeito a dimensionamento por meio de análises de probabilidade e impacto. Este risco pode ser objeto de negociação entre as partes, como ocorre com a estipulação da cláusula *solve et repete*, que permite às partes gerir o mencionado risco na medida em que o devedor renuncia à defesa, preservando a integridade do cumprimento da obrigação, sem prejuízo de pleitear perdas e danos em momento futuro, por meio de expediente específico para este fim.

Em mais esta oportunidade, pois, demonstrou-se que a regulação do risco do inadimplemento é a essência de determinadas estipulações, a exemplo da cláusula *solve et repete* que serve para neutralizar o efeito (risco) do inadimplemento que é a possibilidade de alegação da exceção de contrato não cumprido. O mesmo racional deve ser aplicado à cláusula

---

compensação ou até mesmo de resolução do contrato por incumprimento), parece não haver óbice, ao menos em tese, para a sua manifestação no curso do mesmo procedimento (por meio de pleito reconvencional) ou em ação autônoma para a promoção de execução de seu crédito em face do contratante inadimplente." (SILVA, Rodrigo da Guia; SILVA, Jeniffer Gomes da. Cláusulas *Solve Et Repete*: perspectivas de atuação da autonomia privada na (de)limitação das exceções oponíveis pelo devedor. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 17-19, jan./abr. 2020).

de não indenizar, introjetando a noção de risco, o que será determinante para justificar a proposta de revisão de seus requisitos de validade como atribuídos pela doutrina tradicional.

4.2.2.5 Risco de Oposição de Direito de Retenção

Dando sequência à análise dos riscos do inadimplemento, passamos a abordar o direito de retenção, que consiste na faculdade conferida ao credor que esteja legitimamente exercendo a posse sobre coisa alheia, de conservá-la em seu poder, retendo-a, até que o devedor cumpra a obrigação que tem para com o retentor[726]. Arnoldo Medeiros da Fonseca explica que o direito de retenção é a faculdade concedida pela lei ao credor de conservar em seu poder a coisa alheia, que já detenha legitimamente, além do momento em que deveria restituir se o crédito não existisse, e, normalmente, até a extinção deste[727]

Trata-se de excepcional mecanismo de autotutela conferido aos particulares lesados pelo inadimplemento para que possam forçar o cumprimento da obrigação violada. Dessa maneira, sua função precípua consiste em induzir o devedor a cumprir sua obrigação, ficando privado da posse do bem que lhe pertence enquanto não a satisfizer[728].

Não há uma sistematização quanto ao direito de retenção[729], cabendo à doutrina o papel de explicar a sua estrutura e função. O CC/02 em algumas ocasiões faz uso da expressão "retenção", sem correspondência com o sentido técnico do instituto, que se fundamenta na

---

[726] Clovis Bevilaqua afirma que o direito de retenção "[...] consiste em o possuidor conservar a coisa em seu poder, até ser embolsado das despesas, a que tem direito" (BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 995. v. I). Em monografia sobre o tema no direito espanhol, Íñigo Mateo y Villa afirma: "*Podese definir o direito de retenção como a conservação em nosso poder de um bem até que aquele que tem direito a retirá-lo de nossas mãos tenha satisfeito o que nos deve*" (VILLA, Íñigo Mateo y. El derecho de retención. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 59). [Tradução livre do original].

[727] FONSECA, Arnoldo Medeiros da. **Direito de retenção**. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 116.

[728] Rodrigo da Guia Silva assim arremata: "No específico caso do direito de retenção, o que parece justificar, do ponto de vista valorativo, a extensão do remédio retentório a hipóteses não expressamente previstas em lei é a preocupação em reforçar a posição do credor mediante a coerção indireta do devedor à satisfação dos débitos relacionados à própria coisa a ser retida, não se identificando fundamento idôneo a justificar um tratamento diferenciado a credores em situação substancialmente idêntica." (SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no Direito privado. **Civilistica.com**, [*s. l.*], v. 6, n. 2, p. 1-25, 2017, p. 17).

[729] Neste sentido, Rodrigo da Guia Silva explica que "o verdadeiro problema se verifica, em realidade, na aparente conformação da doutrina nacional com a ausência de tratamento sistemático do direito de retenção, como se a compreensão do instituto à luz do sistema em que se encontra inserido consistisse em mero estudo estéril sem repercussões práticas." (SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. **Civilistica.com**, [*s. l.*], v. 6, n. 2, p. 7, 2017).

provisoriedade da medida até o cumprimento da obrigação contratual, e não em sua definitividade[730].

Os requisitos para o exercício regular da retenção são os seguintes: (1) detenção de uma coisa alheia originada de uma causa normal e lícita; (2) conservação dessa detenção, pois o direito de retenção desaparece com a perda do bem retido; (3) um crédito exigível do retentor em relação de conexidade com a coisa retida; (4) inexistência de exclusão convencional ou legal do direito de retenção[731]. Este último requisito deve merecer especial atenção, como veremos mais adiante.

O direito de retenção se faz presente nas relações obrigacionais e reais. Começando pelas primeiras, o referido direito é assegurado ao locatário sobre o bem locado para assegurar o ressarcimento das perdas e danos resultantes do contrato de locação resolvido antes do prazo pelo locador e pelas benfeitorias necessárias, nos termos do Art. 571, parágrafo único[732], e 578[733], respectivamente, do CC/02; ao depositário nos contratos de depósito voluntário, sobre o bem dado em depósito, para garantir o pagamento da retribuição devida no contrato de depósito, consoante Arts. 633[734] e 644[735] do CC/02; ao transportador no âmbito do transporte

---

730 Rodrigo da Guia Silva propõe, inclusive, uma divisão de dispositivos legais conforme se tutele ou não o direito de retenção em sentido técnico, conforme se depreende da seguinte passagem: "Parece oportuno, a propósito, dividir os dispositivos legais pertinentes em dois grandes grupos, conforme se tutele ou não o direito de retenção em sentido técnico (o que também se poderia denominar retenção em sentido estrito). Vejam-se, de início, as hipóteses identificadas pela ausência de referência ao conteúdo técnico do direito de retenção. Primeira menção merece o artigo 418 do Código Civil, no âmbito da disciplina das arras confirmatórias, que se afasta do conteúdo técnico do direito de retenção fundamentalmente porque, ao estatuir a "retenção" das arras na sequência da resolução contratual, consagra um cenário de definitividade não condizente com a provisoriedade característica do remédio retentório. Semelhante conclusão se alcança a propósito do parágrafo 3º do artigo 740 do Código Civil, que, em matéria de transporte de pessoas, assegura a "retenção" pelo transportador, a título de multa compensatória, de até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, em caráter definitivo também alheio à provisoriedade da retenção. Também na seara da venda com reserva de domínio, o artigo 527 do Código Civil trata de matéria não plenamente reconduzível à noção técnica de retenção, vez que a previsão da "retenção", pelo vendedor, de parte das prestações pagas pelo comprador mais se assemelha a um limite ao quantum da restituição (consequência ordinária da resolução contratual por inadimplemento) do que o manejo de exceção dilatória sobre coisa alheia." (SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. **Civilistica.com**, [*s. l.*], v. 6, n. 2, p. 7-8, 2017).

731 SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito civil**: fontes das obrigações: contratos. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 135. v. III.

732 "Art. 571. Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato. Parágrafo único. O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido."

733 "Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador."

734 "Art. 633. Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida."

735 "Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas."

de pessoas, sobre a bagagem do passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se o pagamento do valor da passagem, conforme Art. 742[736].

Já no âmbito das relações jurídicas reais, vale destacar a previsão dos Arts. 1.219[737] e 1.220[738] do CC/02 sobre o direito de retenção conferido ao possuidor de boa-fé até o ressarcimento das benfeitorias necessárias e úteis. Na seara dos direitos reais de garantia, também se confere direito de retenção ao credor pignoratício, da coisa dada em garantia, até que o credor pignoratício seja reembolsado pelas despesas feitas e justificadas, consoante Art. 1.433[739].

Neste contexto, dado que o direito de retenção pode ser manejado como resposta ao inadimplemento, especialmente nas obrigações de restituir coisa certa, temos que este mecanismo de autotutela, quanto decorrente da lei ou estabelecido por convenção, pode ser compreendido como uma incerteza que, sujeita à análise de probabilidade e impacto, converte-se em risco do inadimplemento. Isto porque, apesar de ser uma prerrogativa disponível ao credor que esteja na posse de um determinado bem como um mecanismo de garantia, o seu efetivo exercício e reconhecimento estão sujeitos à incerteza, dado que não se pode garantir que ocorrerá no plano da realidade, apesar de ser uma possibilidade prevista na lei ou contrato em favor do retentor.

Esta incerteza pode ser convertida em risco a partir de análises relativas à análise de probabilidade e impacto associadas ao manejo deste direito pelo potencial retentor, as quais serão aferidas a partir de informações, evidências e dados de conhecimento dos agentes interessados na regulação dessa faculdade. Uma vez convertido em risco, este é passível de negociação entre as partes, como é feito regularmente em relação ao direito de retenção, o qual pode ser afastado, reforçado ou apenas regulado para disciplinar com exatidão as hipóteses em que pode ser manejado no âmbito da relação contratual. Neste momento, reforçamos o posicionamento da doutrina no sentido de que um dos requisitos do direito de retenção é no sentido de não haver óbice legal ou convencional ao seu exercício.

---

[736] "Art. 742. O transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso."

[737] "Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis."

[738] "Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias."

[739] "Art. 1.433. O credor pignoratício tem direito: […]; II - à retenção dela, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua; [...]".

Sobre a possibilidade de regulação privada do direito de retenção, fazemos referência ao Art. 578[740] do CC/02 que, ao trazer a ressalva "salvo estipulação em contrário" no regime de retenção sobre benfeitorias necessárias e úteis nos contratos de locação, autoriza que locador e locatário possam livremente regular as hipóteses em que essa faculdade pode ser exercida, o que inclui a hipótese de seu completo afastamento. A confirmar a possibilidade de regulação privada do risco de exercício da retenção, o STJ possui entendimento sumulado no sentido de autorizar a renúncia antecipada do direito de retenção nos contratos de locação[741]. Este precedente é importante, pois ilustra a renúncia de um direito que o credor possui em contratos paritários, num típico expediente de gestão de riscos, não havendo grandes digressões sobre seus requisitos de validade. Do mesmo modo, a cláusula de não indenizar representa uma renúncia total ou parcial, pelo credor, do direito creditório à indenização, renúncia esta levada a cabo após o credor ponderar a aparente desvantagem da cláusula com os seus benefícios e contrapartidas obtidas, em genuíno pensamento acerca da utilidade de sua decisão que domina a moderna técnica de gestão de riscos.

Neste contexto, o exercício da retenção consiste em risco do inadimplemento que pode se materializar e causar impacto aos interessados, especialmente ao proprietário privado de seu bem, cuja posse se encontra com o retentor. Para controlar esta incerteza quanto ao exercício do direito de retenção, as partes, assumindo que o direito pode ser manejado, numa análise de probabilidade e impacto, regulam contratualmente essa possibilidade, convertendo a incerteza associada ao direito de retenção em risco tangível, com repercussões consensualmente acordadas pelas partes. Isso se dá por meio de estipulações contratuais que regulamentam o direito de retenção, não havendo óbice da ordem pública ou da lei para o exercício deste arranjo contratual, cujo fundamento reside no preceito da autonomia privada.

Com efeito, em mais uma oportunidade, a lei autorizou que os agentes particulares possam regular efeitos decorrentes do inadimplemento, dentre os quais se inclui o direito de retenção, notadamente nas obrigações de restituir coisa certa. O mesmo racional deve ser aplicado às cláusulas de não indenizar em contratos empresariais, cujos requisitos de validade podem ser revistos a partir da compreensão do fenômeno do risco em tais ambientes contratuais.

---

[740] "Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador."

[741] Enunciado da Súmula n. 335 do STJ: "Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção." Sobre o tema, vale ainda mencionar o Enunciado n. 433 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal de acordo com o qual "a cláusula de renúncia antecipada ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias é nula em contrato de locação de imóvel urbano feito nos moldes do contrato de adesão". Do referido enunciado pode-se depreender que em contratos paritários a renúncia ao direito de retenção também é permitida.

4.2.3 Outros Riscos Emergentes do Inadimplemento

O inadimplemento pode dar azo a reflexões sobre outras incertezas emergentes da lei e do contrato, que podem ser convertidas em riscos mediante a adoção da técnica de avaliação de probabilidade e impacto das referidas incertezas.

Assim, sob a ótica de outros efeitos do inadimplemento, a parte inadimplente pode estar sujeita à cláusula penal e/ou arras penitenciais enquanto possíveis repercussões que podem advir do referido evento. As incertezas relacionadas a incidência de tais institutos também podem ser convertidas em risco a partir do exame de probabilidade e impacto que compõem a moderna concepção de risco.

Do mesmo modo, pode-se mencionar como incerteza emergente do inadimplemento a possibilidade de execução de garantias pessoais e/ou reais eventualmente prestadas pelo devedor e/ou terceiros em favor do credor, como a fiança, o aval, o penhor, a hipoteca, a alienação fiduciária, dentre outras modalidades de garantia, como é o caso da fiança bancária e seguro garantia[742]. Essas incertezas também podem ser analisadas sob a perspectiva de risco.

É comum, ainda, especialmente no âmbito de contratos coligados, que o inadimplemento de um contrato deflagre o automático inadimplemento de outros contratos, convenções esta usualmente conhecidas como "*cross default"*. Em tais casos, a incerteza relacionada ao possível inadimplemento de um contrato pode se alastrar para outros. Essa incerteza também pode ser tratada como risco e regulada contratualmente.

Em contratos financeiros, é comum a pactuação de cláusulas que regulem a aceleração ou vencimento antecipado da dívida, no caso de inadimplemento do mutuário, o que também representa uma incerteza que pode ser tratada como risco do inadimplemento.

Da mesma forma que os demais mencionados, não enxergamos óbice a regulação privada desses riscos, permitindo que as partes interessadas possam negociar maneiras de atenuá-los, reforçá-los, geri-los, como todo e qualquer risco associado ao inadimplemento no âmbito de contratos empresariais.

Em suma, neste item tratamos dos riscos emergentes do inadimplemento, os quais estão associados à incerteza quanto à materialização dos efeitos jurídicos previstos na norma

---

[742] Giovanni Ettore Nanni também alerta sobre a possibilidade de outras repercussões (riscos) que podem advir do inadimplemento, a exemplo da incidência de cláusula penal, as arras, "assim como garantias pessoais, reais ou autônomas intrínsecas à inexecução e seguros, os últimos com mais assiduidade em contratos empresariais complexos". (NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 228).

jurídica como desdobramentos do fenômeno da inexecução contratual, que pode ser convertida em risco a partir das técnicas de probabilidade e impacto, cujas premissas se originam da experiência e do conhecimento acerca das informações, evidências e dados sob o domínio dos agentes privados interessados na regulação do risco.

Os referidos riscos, como visto, podem ser objeto de regulação entre as partes, de forma que passem a ser controlados, gerando mais previsibilidade e segurança quanto às possíveis repercussões da sua materialização na relação jurídica. A regulação, no contrato, pode ser realizada pela negociação e inserção de estipulações contratuais que tenham por função justamente o tratamento do risco identificado, e que, por esta razão, aliada à realidade de inexistir empecilho legal ao manejo dos instrumentos negociais de tratamento de risco, representa um interesse jurídico merecedor de tutela, nos termos do Art. 421- A, inciso II, do CC/02.

Isso tudo para reforçar a necessidade de revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar, os quais ainda se encontram presos a dogmas que distanciam-se da moderna concepção de risco e da possibilidade de sua livre regulação entre agentes econômicos no âmbito de contratos empresariais simétricos.

5 REVISÃO DOS REQUISITOS DE VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR EM CONTRATOS EMPRESARIAIS A PARTIR DA NOÇÃO DE RISCO

No Capítulo 1, em que se buscou descrever a cláusula de não indenizar e seu regime jurídico geral segundo o CC/02, foi explicado que a doutrina especializada indica determinados pressupostos como requisitos de validade da cláusula de não indenizar, sendo eles: (i) seu pacto não deve prevalecer nos casos de dolo ou culpa grave; (ii) a estipulação não pode violar ordem pública e/ou normas cogentes; (iii) sua celebração não pode prevalecer em face de obrigações essenciais do contrato; e (iv) a cláusula não pode ter como objeto a indenização decorrente de danos pessoais.

Sucede, contudo, que a atual hermenêutica sobre os requisitos de validade da cláusula de não indenizar, sem a perspectiva baseada preponderantemente na noção fenomenológica do risco, pode reduzir o espaço de manejo desse importante instrumento contratual no tráfego jurídico, especialmente em contratos empresariais que regulam operações econômicas complexas estabelecidas por agentes empresariais.

Por tais razões, os requisitos de validade da cláusula de não indenizar podem ser revistos com base numa visão de risco, depreendida da análise de probabilidade e impacto, e sua alocação por meio de contratos empresariais. É isso que se busca demonstrar neste trabalho.

Nesta perspectiva, o risco consiste na percepção acerca da ocorrência de evento futuro e incerto, capaz de gerar consequências para os agentes particulares potencialmente afetados, abrangidos os ganhos e as perdas associadas. Sua aferição parte da noção de incerteza, um dos seus componentes, que é submetida a um processo de simplificação e objetivação, por meio da aplicação das técnicas de probabilidade e avaliação de impacto realizada pelo seu analista. Este processo de simplificação torna a incerteza tangível e dimensionável, convertendo-a em risco, que é passível de gerenciamento.

O risco, assim, pode ser objeto de negócios jurídicos entre agentes econômicos empresariais em condições paritárias de negociação. O contrato, instrumento de realização dos negócios jurídicos, é recorrentemente manejado para licitamente regular a distribuição dos mais diversos riscos entre os convenentes. Além de sua função reguladora, o próprio contrato é produtor de riscos, os quais também podem ser regulados pelas partes de diversas maneiras,

com o objetivo de satisfazer os seus interesses concretos. O contrato, portanto, "é sempre um instrumento de afetação e domínio convencional do risco"[743].

Vale ressaltar que todas as cláusulas que compõe um contrato têm alguma percepção de risco. Até mesmo seu preâmbulo, local em que as partes são definidas, gera alguma percepção de risco associada ao perfil das partes, sua reputação, capacidade de pagamento etc. Este trabalho tem por enfoque os riscos associados ao inadimplemento e um de seus efeitos mais proeminentes, que é a indenização por perdas e danos, consectários legais e algumas outras espécies de lesões.

Um dos riscos emergentes do contrato é o inadimplemento e seus efeitos. É risco porque consiste em potencial evento adverso que pode acometer a avença, dentro de uma percepção de probabilidade e impacto objetivamente verificável. Este risco é passível de quantificação, por meio de adoção de determinadas premissas, aspecto este que permite a sua regulação pelas partes, em expediente típico de gerenciamento dos riscos do negócio.

A lei e a convenção admitem as mais variadas formas de gestão do risco do inadimplemento. A este respeito, reportamo-nos, por exemplo, à cláusula resolutiva expressa, que regula o efeito materializado na resolução contratual por inadimplemento absoluto; à cláusula *solve et repete*, no que pertine à regulação do risco de exceção de contrato não cumprido; à possibilidade de convenção sobre o exercício do direito de retenção, regulando o risco associado à esta prerrogativa também decorrente do inadimplemento; à cláusula de *hardship*, mitigando a resolução do contrato por onerosidade excessiva; a cláusula de remédio único (*sole remedy*), entre outras possibilidades. Neste contexto, é indiscutível que o inadimplemento e seus efeitos consubstanciam incertezas que, após exame de probabilidade e impacto, podem ser convertidas em risco para a adequada alocação pelas partes contratantes.

A indenização por perdas e danos, enquanto efeito direto do inadimplemento contratual por decorrência legal, não foge à regra, isto é, também consiste em risco passível de regulação entre as partes interessadas. Neste sentido, é lícito às partes convencionarem, por exemplo, cláusula penal compensatória e seguro de responsabilidade civil contratual, cujos fundamentos, na perspectiva do interesse das partes, parte de uma origem comum: a gestão particular do risco da indenização por inadimplemento.

A cláusula de não indenizar se insere neste contexto de legitimidade conferida aos agentes particulares interessados de regularem, no exercício da autonomia privada, o risco

---

[743] PINTO, Paulo Mota. O contrato como instrumento de gestão do risco de "alteração das circunstâncias". *In*: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). **O contrato na gestão e na garantia da equidade**. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 82.

consubstanciado na indenização decorrente do inadimplemento. E fazem isso porque possuem um interesse merecedor de tutela, que é conter os efeitos potenciais que decorrem da materialização do risco, os quais podem ser nefastos ao ponto de inviabilizar a atividade econômica do devedor. Neste sentido, Diana Loureiro Paiva de Castro sustenta que as cláusulas de não indenizar asseguram às partes "previsibilidade e segurança jurídica acerca dos efeitos do inadimplemento."[744]

Neste diapasão, é de se esclarecer que a cláusula de não indenizar exerce papel de contenção do risco do inadimplemento consubstanciado no dever de indenizar, papel este que, dada a racionalidade econômica do negócio, serve de base para justificar a sua adoção em contratos que, por sua natureza e características, são irradiadores deste tipo de risco, tornando a iniciativa pela sua regulação um interesse legítimo e merecedor de tutela.

Com base em tais premissas conceituais, pretende-se discorrer nos itens a seguir sobre os requisitos de validade como atribuídos pela doutrina, de forma a sugerir a sua revisão a partir da noção de risco e sua alocação em contratos empresariais.

Neste contexto, a doutrina tradicional define como requisitos de validade da cláusula de não indenizar os seguintes pressupostos: (1) seu pacto não deve prevalecer nos casos de dolo ou culpa grave; (2) a estipulação não pode violar ordem pública e/ou normas cogentes; (3) sua celebração não pode prevalecer em face de obrigações essenciais do contrato; e (4) a cláusula não pode ter como objeto a indenização decorrente de danos pessoais.

Nos itens a seguir, busca-se demonstrar, individualmente, que tais requisitos de validade podem deixar de ser aplicados em contratos empresariais complexos, à medida em que seja verificado um legítimo exercício de alocação de risco, que é depreendido a partir da análise racional de probabilidade e impacto de eventos adversos que podem suceder ao longo do programa contratual, cujas consequências as partes negociam, na mais plena autonomia privada, a forma de distribuição entre elas, valendo-se, para tanto, de expressa proteção legal prevista no Art 421-A, inciso II, da Lei de Liberdade Econômica, que veicula o princípio da liberdade de alocação de riscos nos contratos civis e empresariais. Uma vez presente a gestão de risco, o contrato se revestirá de interesse jurídico merecedor de tutela, não devendo atrair a incidência dos tradicionais requisitos de validade atribuídos pela doutrina tradicional.

---

[744] CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. **Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar**: releitura dos requisitos tradicionais de validade. Orientador: Gustavo Tepedino. 2018. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 213.

5.1 Revisão do Requisito do Dolo e Culpa Grave

A literatura jurídica especializada em matéria de cláusula não indenizar é farta no que diz respeito ao afastamento da convenção quando o descumprimento contratual decorrer de ato praticado com dolo ou culpa grave do devedor. Pela doutrina clássica nacional, Antônio Junqueira de Azevedo afirma que a "cláusula de não-indenizar não inclui, entre nós, a exoneração da responsabilidade, quando houver dolo – cumprindo acrescentar que a culpa grave é equiparada ao dolo"[745]. Na doutrina portuguesa, Nuno Manuel Pinto Oliveira é categórico ao afirmar que "o dever de indemnizar os danos decorrentes do não cumprimento, da mora ou do cumprimento defeituoso da obrigação não pode excluir-se ou limitar-se, por acordo prévio dos contraentes, em caso de dolo ou de culpa grave"[746].

De fato, há razoável consenso nas doutrinas civilistas clássica e contemporânea em relação à inoperância das cláusulas de não indenizar, abrangidas as modalidades exoneratória e limitativa, oposta para as situações envolvendo dolo[747], o que já não ocorre no caso do descumprimento decorrente de culpa grave, em que ainda persiste intrigante controvérsia.

No que diz respeito ao dolo, as razões para que as cláusulas de não indenizar sejam reputadas como inoperantes decorrem de aspectos jurídicos e morais[748].

Sob a perspectiva estritamente jurídica, os argumentos mais utilizados para sustentar a inoperância das cláusulas de não indenizar pactuadas para o inadimplemento decorrente de dolo são os seguintes: (i) desconfiguração da natureza obrigacional do contrato; (ii) vedação às

---

[745] AZEVEDO, Antonio 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. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 202. No mesmo sentido: RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 184. v. 4; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 532-533.

[746] OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Cláusulas acessórias ao contrato**: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 19.

[747] Diana Loureiro Paiva de Castro, em dissertação de mestrado defendida na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, defendeu a releitura do requisito de validade relativo ao incumprimento decorrente de dolo com abordagem distinta da proposta nest trabalho. (CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. **Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar**: releitura dos requisitos tradicionais de validade. Orientador: Gustavo Tepedino. 2018. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018). Wanderley Fernandes, apesar de convergir com a doutrina dominante, chega a cogitar a admissibilidade da cláusula limitativa do dever de indenizar: "Do nosso ponto de vista, os argumentos apresentados evidenciam que não se pode admitir como truísmo ou dogma a afirmação de que não são válidas as cláusulas de limitação do dever de indenizar em caso de dolo e a comparação com a cláusula penal deixa isso evidente. O teto do valor da indenização poderá ser fixado também com base em uma previsão do dano potencial, não tendo caráter irrisório. Assim, sendo razoável o plafond acordado, o efeito será simétrico ao da cláusula penal quando o dano for superior à penalidade, não havendo razão para que seja recusada validade à cláusula de limitação de responsabilidade nessas condições." (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 186-187). *e-book*.

[748] BIANCA, C. Massimo. **Dell'inadempimento delle obbligazioni**, art. 1218-1229: commentario del Codice Civile. SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (a cura). Bologna: Nicola Zanichelli, 1967, p. 397.

condições meramente potestativas; e (iii) necessidade de reprovação jurídica à conduta do inadimplente que atuou com dolo[749].

Sobre o primeiro ponto, a doutrina sustenta que haveria uma desconfiguração da natureza obrigacional do contrato, pois o devedor salvaguardaria a possibilidade de deliberadamente não cumprir a prestação, o que também representaria uma condição potestativa, na medida em que condiciona o cumprimento da obrigação à sua vontade livre[750]. Seria, nesta visão, uma autorização para delinquir[751].

Contudo, a indenização não é o único efeito do inadimplemento, de modo que o credor, ainda que tolhido integralmente da indenização por meio de uma cláusula exoneratória, dispõe de outros remédios contratuais em face da inexecução, notadamente o direito de exigir a execução específica do contrato, em caso de mora, satisfação pelo equivalente ou restituição da prestação já cumprida, na hipótese de resolução por inadimplemento absoluto, além de outras possíveis repercussões (como a cláusula penal, se pactuada, execução de garantias etc). Sendo limitativa a modalidade da cláusula de não indenizar, terá o credor, ainda, direito à indenização até o montante estipulado. Neste caso, vale ressaltar, pode existir a possibilidade de a indenização ser inferior ao montante definido como limite máximo, hipótese em que a cláusula não seria sequer aplicável, evitando grandes digressões sobre sua validade.

Fábio Henrique Peres, embora defenda a invalidade da cláusula de não indenizar para o caso de dolo, ressalta que não é por tais fundamentos que a sua nulidade se configura, conforme se extrai da seguinte passagem:

> Conforme já aludimos em inúmeras oportunidades ao longo do presente estudo, a mera previsão de uma cláusula contratual limitativa ou excludente do dever de reparar não transforma – ainda que, apenas a título de argumentação, se admitisse a sua validade em casos de dolo do beneficiário da exoneração, total ou parcial – as obrigações contratuais assumidas em obrigações naturais, jamais facultando ao devedor a opção de não adimplir as prestações. Não se confundem, assim, com as condições puramente

[749] Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes propõem este resumo, como se depreende do trecho a seguir: "há dois argumentos que, em regra, são utilizados para fundamentar a impossibilidade de ajustes limitativos em caso de dolo: (i) a convenção ficaria desnaturada porque o ajuste se equipararia a verdadeira condução puramente potestativa (vedada pelo art. 122 do Código Civil), na medida em que tal cláusula poderia ter o efeito prático de tornar o cumprimento da obrigação dependente apenas da vontade do devedor e (ii) a suposta necessidade de se punir a conduta do inadimplente". (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 283-284. v. 4).

[750] PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 285-286.

[751] AZEVEDO, Antonio 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". **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.

> potestativas. Com efeito, o ordenamento jurídico fornece ao credor mecanismos eficazes para impedir – seja por meio de uma coerção ofensiva ou defensiva – o devedor no sentido de devidamente cumprir as obrigações contraídas, mesmo que este se recuse, de forma deliberada, a adimpli-las.[752]

Deste modo, não nos parece apropriado falar em desconfiguração da obrigação e/ou de condição meramente potestativa quando o ordenamento jurídico oferece outros instrumentos para a tutela do crédito. Além disso, sendo limitativa a modalidade, permanecerá o devedor responsável até o montante fixado. A mesma conclusão é apresentada por Wanderley Fernandes[753] e por Diana Loureiro Paiva de Castro[754].

No que pertine à mera necessidade de reprovação à conduta dolosa, esta justificativa pode conduzir à uma pretensa função punitiva da responsabilidade civil, que não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro[755]. O Código Civil de 2002 não veicula dispositivos que permitam depreender a função punitiva da responsabilidade civil. Pelo contrário, dispõe em seu Art. 944 que a indenização mede-se pela extensão do dano[756]. Do mesmo modo a Constituição Federal, em seu Art. 5º, V[757] e X[758], garante o direito aos danos materiais e morais, não fazendo alusão à uma suposta função pedagógica.

A despeito de tais ponderações, a doutrina é dominante no sentido de negar operatividade à cláusula de não indenizar para o caso de dolo por representar violação frontal à

---

[752] PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 171.

[753] "Em síntese, entendemos que o mero fundamento de que a exoneração de responsabilidade destrói a relação obrigacional não é suficiente para explicar a vedação da cláusula em caso de dolo, seja porque ao credor ainda restarão remédios - como execução específica, se viável -, o que a distingue das obrigações naturais, seja porque a hipótese seria equivalente ao arrependimento ou à resilição unilateral." (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 185). *e-book*.

[754] CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. **Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar**: releitura dos requisitos tradicionais de validade. Orientador: Gustavo Tepedino. 2018. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 151.

[755] TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 283-284. v. 4. No mesmo sentido, Agostinho Alvim afirma que a punição não é aderente à índole e finalidade do direito civil, cujo fim é tutelar a prestação. (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 74).

[756] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *In*: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 175).

[757] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; "

[758] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

ordem pública[759], à boa-fé objetiva[760] e até mesmo à função econômica do contrato[761]. O anteprojeto do CC/02 também vai na mesma linha ao regular a cláusula de não indenizar em seu Art. 946-A[762], afastando a sua validade em caso de exoneração de indenização por danos causados por dolo.

A questão central que se coloca, todavia, é se os fundamentos apresentados pela doutrina quanto à impossibilidade de estipulação da cláusula de não indenizar para a hipótese de dolo do devedor se aplicam para toda e qualquer situação jurídica, especialmente àquelas que se situem no exercício de alocação de riscos predeterminados em contratos empresariais, depreendidos a partir de análises racionais de probabilidade e impacto. As obras nacionais e estrangeiras sobre a matéria não fazem esta distinção, com a densidade proposta neste trabalho sobre o fenômeno do risco e suas dimensões, que julgamos ser essencial para a compreensão da função da cláusula de não indenizar nos contratos empresariais e consequente revisão de seus requisitos.

Pois bem. Para análise do instituto do dolo enquanto potencial fator de ruptura das cláusulas de não indenizar, faz-se necessário, em primeiro lugar, compreender e delimitar o seu alcance para os propósitos desta tese, que busca propor a revisão deste requisito como pressuposto de validade da cláusula de não indenizar.

O dolo é um instituto com múltiplas facetas[763], podendo se manifestar nas diversas fases do programa contratual, abrangendo as tratativas, a formação contratual, a execução e até mesmo o período pós-contratual. O regime jurídico aplicável dependerá do momento em que o dolo se verificar[764].

---

[759] Entre outros: PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 172-173; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 506.

[760] É como pensa Fabio Henrique Peres ao expor que a invalidade das cláusulas nas hipóteses de dolo não decorre da necessidade de manter a força vinculante dos contratos e na proibição das cláusulas potestativas "mas, em verdade, na verificação de uma violação frontal à ordem pública e a boa-fé objetiva." (PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 172-173).

[761] Wanderley Fernandes assevera que "uma cláusula de exoneração de responsabilidade em caso de violação intencional poderá ser ineficiente do ponto de vista da operação econômica subjacente ao contrato, e talvez este seja o verdadeiro fundamento relevante para o direito". (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183). *e-book*.

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

[763] Assim destaca Renan Lotufo, esclarecendo à inviabilidade de sua conceituação unitária para todas as referências ao instituto no Código Civil. (LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 398).

[764] MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no Direto brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, v. 923, p. 115-144, 2012.

Assim sendo, caso o dolo se manifeste no momento da formação do contrato, abrangidas as hipóteses de dolo antecedente ou contemporâneo à celebração do negócio jurídico, a consequência será a sua anulabilidade, nos termos do Art. 145[765] c/c Art. 171, II[766], do CC/02. Nesse caso, o dolo deve ser compreendido como o ato, comissivo ou omissivo, em que uma parte tem por propósito enganar a outrem[767]. Com efeito, o dolo se verifica "porque houve um ardil, artifício ou manobra, em razão do qual o contratante declara a vontade de forma diversa da que declararia caso não houvesse o agir malicioso do outro contraente."[768]

Neste sentido, quando se analisa a cláusula de não indenizar à luz do referido regramento, depreende-se que a referida disposição somente poderá ser reputada como inválida se, no momento da formação do contrato e da celebração da cláusula de não indenizar dele integrante, o devedor praticar um ato doloso apto a gerar uma falsa representação da realidade na contraparte contratual que a leve a consentir com a referida disposição. Seria a hipótese, por exemplo, se o devedor conduzisse a inserção da cláusula de não indenizar tendo consciência da provável consumação do inadimplemento e do respectivo resultado danoso em montante superior ao convencionado[769].

O exemplo trazido por Diana Loureiro Paiva de Castro é esclarecedor. Num contrato de cessão de ações para a venda de uma sociedade anônima, as partes negociam uma cláusula de limitação da indenização a R$ 55 milhões de reais, tendo por base uma diligência na companhia objeto da venda que não teria detectado passivos superiores a este valor. Após a consumação da venda, comprador descobre um passivo não revelado deliberadamente pelo

---

765 "Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa."

766 "Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores."

767 Elementos reconhecidos de forma predominante na doutrina nacional e estrangeira. Obras de referência: FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Do dolo. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Orgs.). **Teoria geral do Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 515; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; CHABAS, François. ***Leçons de Droit civil****: Obligations. Théorie generale*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 180-181. v. 1. t. II.

768 MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no Direto brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, v. 923, p. 117, 2012.

769 "Afirma-se, de modo geral, que são nulas as cláusulas que exonerem ou limitem o dever de indenizar em caso de dolo ou culpa grave. No entanto, até mesmo essa afirmação corrente precisa ser revisitada, especialmente no que se refere aos argumentos utilizados para fundamentar a invalidade nessas hipóteses. [...]. Na prática, contudo, é muito difícil, diante do inadimplemento contratual, separar a culpa do dolo, de modo que, o dolo, para tornar ilegítima a cláusula limitativa, teria que ser aquele relacionado à consciência do dano (e da extrapolação do teto fixado) no momento da celebração da cláusula. Dolosa é a cláusula redigida quando já se tem ciência de que haverá extrapolação do limite de responsabilidade". (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 283. v. 4).

vendedor em montante superior a R$ 100 milhões de reais. Trata-se de típica hipótese de dolo por omissão na formação do contrato e da cláusula de não indenizar[770].

Com efeito, o dolo, do ponto de vista jurídico-dogmático, apenas importará na invalidação da cláusula de não indenizar quando se tratar de vício do consentimento na formação do contrato, não se aplicando a mesma conclusão quando se tratar de análise acerca das circunstâncias da inexecução contratual, ambiente da cláusula de não indenizar, que se opera no plano da eficácia, e não no da validade.

Disso decorre que a vedação para a regulação do dolo apenas se encontra expressa no âmbito do regime das invalidades na formação do negócio jurídico, que traz em seu bojo normas cogentes, insuscetíveis, a rigor, de regulação privada[771].

Por outro lado, se o dolo for verificado no momento da execução do contrato, caracterizando-se como ilícito contratual, a consequência normalmente será indenizatória com repercussão na eficácia do negócio jurídico[772]. É neste ambiente que a cláusula de não indenizar se manifesta, de modo que seus requisitos devem ser analisados dentro deste universo.

Para essa situação específica, não existe no ordenamento jurídico brasileiro regra expressa sobre os efeitos do dolo no campo da inexecução das obrigações e contratos. Contudo, vale ressaltar que a teoria geral dos negócios jurídicos se assenta no pilar da boa-fé objetiva, consoante Art. 422 do CC/02, aplicável ao momento da execução, como se extrai de seu texto segundo o qual "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

Nas situações envolvendo a prática de dolo na execução do contrato, Wanderley Fernandes relata que o instituto vem sendo conceituado "ora como um comportamento malicioso que visa causar prejuízos ou inconvenientes à outra parte, ora como mera inexecução intencional do contrato"[773]. Para Agostinho Alvim, o dolo é "traduzido pela relutância

---

[770] CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. **Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar**: releitura dos requisitos tradicionais de validade. Orientador: Gustavo Tepedino. 2018. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 176.

[771] Renan Varollo Perlati faz interessante análise sobre as cláusulas de remédio único estipuladas para afastar o regime de invalidade por dolo, usualmente praticadas em contratos de M&A regidas por legislação estrangeira, à luz do Código Civil, concluindo pela sua impossibilidade, *in verbis*: "Em que pese esses respeitáveis argumentos, entendemos que, à luz do direito brasileiro, não é válida a cláusula contratual que exclui a possibilidade de a parte do contrato pleitear sua anulação pela ocorrência de dolo, consoante as razões expostas adiante" (PERLATI, Renan Varollo. As Cláusulas de Remédio Único e o Dolo no Direito Brasileiro." *In*: **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômicos e Financeiro**, Nova Série, ano LX, n. 182/183, p. 178, ago. 2021/jul. 2022.

[772] MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no Direto brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. **Revista dos Tribunais**, Ano 101, vol. 923, p. 115-144, 2012, p. 119.

[773] FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 182. *e-book*.

consciente em não cumprir o avençado"[774]. Em Portugal, António Pinto Monteiro contextualiza o dolo no estudo da cláusula de irresponsabilidade como a falta intencional do contrato[775].

Faz-se necessário, neste momento, propor uma divisão clara entre o dolo enquanto ato praticado com a intenção de causar danos à contraparte em razão de fraude ou má-fé no contexto contratual e o dolo específico consubstanciado no descumprimento consciente e deliberado do contrato.

Em relação ao primeiro caso, entende-se que não há espaço para sua regulação privada, na medida em que representa uma violência à boa-fé objetiva que deve ordenar as relações contratuais, isso sem se falar na potencial repercussão deste ilícito para além do âmbito contratual, projetando a situação jurídica também para a responsabilidade delitual, que tem por base o princípio do *neminem laedere*, consagrado nos Arts. 186, 187 e 927, todos do Código Civil de 2002, e com revestimento constitucional[776]. Ou seja, havendo prática de dolo com o propósito de lesar, ainda que no contexto contratual, a vítima terá direito à indenização integral pela evidente má-fé e violação à ordem pública[777].

Como temos posicionado ao longo do presente trabalho, o risco é resultante da análise de probabilidade e impacto de eventos adversos que podem suceder ao longo do programa contratual. O ato doloso sob a vertente de causar danos a outrem simplesmente impede qualquer análise racional de risco, pois parte de uma ação deliberadamente levada a cabo pelo devedor com o objetivo de lesar o credor, uma ação que confronta à legítima expectativa e confiança

---

[774] ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 58.

[775] MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1985, p. 214.

[776] Rogério Donnini defende que o princípio *neminem laedere* integra o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e 1988, como se depreende da seguinte passagem: "Pelo princípio da responsabilidade, cada vez mais perde espaço a importância da culpa (responsabilidade subjetiva) para reparação da lesão e simultaneamente crescem as hipóteses de reparação sem culpa (responsabilidade objetiva, em uma concepção clara de que a liberdade de se optar por um dado comportamento que viola o direito de outrem não deve isentar, em regra, o agente de sua responsabilidade, de verdadeira promessa ou ato de prometer (*spondere*), que nada mais é do que um dever de não causar danos a outras pessoas e não ser lesado, verdadeiro pacto social, consagrado no princípio neminem laedere que, como dissemos, integra o rol dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, XXXV), uma vez que, ao estabelecer o acesso à Justiça, preconiza que não se excluirá de apreciação lesão ou ameaça a direito". (DONINI, Rogério. **Responsabilidade civil na pós-modernidade**: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 81-82).

[777] Cesare Ruperto reputa como inválida "*[...] la violazione di obblighi derivante da norme di ordine pubblico – tra cui gli obblighi attinenti alla salvaguardia dell'altrui integrità física o morale, quelli relativi all'esercicio di uffici pubblici e privati e tutti quelli penalmente sanzionati*". Tradução livre: "[...] a violação das obrigações derivadas das normas de ordem públiuca – entre as quais as obrigações atinentes à salvaguarda da integridade física ou moral de outrem, aquelas relativas ao exercício dos ofícios públicos e privados e todas aquelas penalmente sancionadas" (RUPERTO, Cesare. ***La giurisprudenza sul codice civile coordinata com la dottrina***. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 467. Libro IV. T. I.

que regula os pactos contratuais, algo que está no campo do absolutamente incerto, sendo insuscetível de qualquer análise de risco a partir de suas dimensões de probabilidade e impacto.

Já no que tange ao dolo sob a vertente do descumprimento intencional do contrato, conceito sobre o qual esta tese se concentrará, a solução deve ser diferente. Isto porque, o Direito brasileiro já admite a saída unilateral do contrato por uma das partes, como ocorre na denúncia unilateral em contratos por prazo indeterminado (Art. 473[778]) e no direito de arrependimento (Art. 420[779], Art. 463[780], Art. 1.417[781]), institutos que podem ser livremente regulados pelas partes e que, em certa medida, consubstanciam uma salvaguarda de se desligar intencionalmente do vínculo obrigacional. A lembrança é corretamente trazida à tona por Wanderley Fernandes[782]. Ademais, o ordenamento jurídico também prevê uma série de institutos que servem justamente como reações ao inadimplemento, como a cláusula penal e as garantias próprias e impróprias, de modo que não se pode depreender que a reflexão sobre o descumprimento e sua efetiva implementação configuraria um dolo apto a motivar a decretação de invalidade da cláusula de não indenizar.

Neste diapasão, é de se reforçar a constatação evidente de que o Direito privado brasileiro não dispõe de norma expressa que proíba a estipulação da cláusula de não indenizar para a situação hipotética envolvendo dolo por descumprimento intencional do contrato. Pelo contrário, regula uma série de dispositivos que servem como instrumentos de reação ao inadimplemento, sendo ele doloso ou não, como é o caso da cláusula penal[783].

Vale ressaltar, ainda, que, apesar de entendermos que a diferença entre as modalidades de exclusão e limitativa do dever de indenizar é mais quantitativa do que qualitativa, quando se discute a questão do dolo, nos parece que a modalidade limitativa, especialmente quando o teto

---

778 "Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte."

779 "Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar."

780 "Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive."

781 "Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel."

782 FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 185. *e-book*.

783 Apesar de o Art. 408 do CC/02 dispor que incorre na cláusula penal aquele que, culposamente, deixe de cumprir a prestação, a doutrina entende que seria qualquer modalidade de culpa, inclusive o dolo. Manuel Inácio Carvalho de Mendonça explica que "o dolo nenhuma influência tem no inadimplemento da obrigação com cláusula penal. Claro está que esta não implica só por si a renúncia à prestação do dolo, mas inibe de o discutir. Uma vez faltando à obrigação principal, ainda que por dolo, incorre o devedor de pleno direito na pena" (MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 381).

de limitação se mostrar razoável[784], pode amitir maior receptividade hermenêutica, à medida em que ainda confere ao credor a possibilidade de monetizar razoavelmente o crédito indenizatório, diferentemente do que se dá na cláusula de não indenizar em sua modalidade exoneratória. Isso não altera, contudo, a tese central desta obra de condicionar o exame de integridade da cláusula de não indenizar à aferição concreta sobre a existência de interesses jurídicos merecedores de tutela, especialmente nos contratos empresariais.

Diana Loureiro Paiva de Castro também se posiciona favoravelmente à cláusula de não indenizar para determinadas hipóteses envolvendo dolo como o descumprimento deliberado do contrato, a partir de uma análise risco-retorno sobre os efeitos do inadimplemento, depreendida justamente da matriz de riscos livremente concebida pelas partes.[785] Segundo o raciocínio da autora, tendo as partes definido as consequências do inadimplemento, como, por exemplo, a estipulação de uma cláusula de não indenizar fixando o valor máximo da indenização, o devedor pode realizar uma análise custo-benefício em inadimplir o contrato, indenizando regularmente o credor, de modo a fruir alguma outra utilidade vista como mais vantajosa. Isto porque, neste caso, o credor sempre soube o montante máximo de indenização a que teria direito, dentro da equação negocial de riscos livremente estabelecida. Este expediente não poderia, na visão da autora com a qual concordamos, ser motivo para a completa desconfiguração da cláusula de não indenizar.

A despeito de tais ponderações, são compreensíveis as razões pelas quais se fundamenta a ilicitude da cláusula de não indenizar para os casos envolvendo dolo do devedor para as relações jurídicas contratuais fora do regime dos contratos empresariais, especialmente àquelas em que se verifique alguma vulnerabilidade negocial entre os convenentes.

Por outro lado, no contexto dos contratos empresariais não parece existir razão para proibir a estipulação da cláusula, ainda que no caso de alegada prática de dolo na execução do contrato. Os fundamentos para tal conclusão passam a ser esclarecidos a seguir, os quais adotam como pressuposto a noção fenomenológica de risco e suas dimensões.

---

[784] Apesar de aderir à posição dominante da doutrina no sentido de não admitir a cláusula de não indenizar nas hipóteses de dolo, Wanderley Fernandes reconhece que não há regra expressa na lei brasileira, *in verbis*: "No Brasil não há disposição expressa a respeito, de maneira que, considerados os argumentos apontados há pouco, sendo razoável o teto de indenização, em princípio, seria admissível a validade da cláusula de limitação mesmo em caso de dolo. Entretanto, pelas mesmas razões já apresentadas para a nulidade das cláusulas exoneratórias – a tutela do crédito e da confiança nas relações econômicas -, perfilhamo-nos com a doutrina dominante, ou seja, devem ser nulas as cláusulas de exclusão e também de limitação do dever de indenizar em caso de dolo do devedor". (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 187). *e-book*.

[785] CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. **Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar**: releitura dos requisitos tradicionais de validade. Orientador: Gustavo Tepedino. 2018. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 178-179.

Como se depreende da obra de Diana Loureiro de Paiva Castro, a doutrina já vem refletindo sobre o alcance da vedação à cláusula de não indenizar em situações envolvendo o descumprimento intencional do contrato, com base na legítima análise de custo-benefício associado à decisão de adimplir ou não o contrato[786]. A tese é aderente ao propósito deste trabalho, que se distingue justamente pelo racional envolvendo o cálculo que as partes fazem sobre as potenciais alegações de inadimplemento, inclusive por dolo, que uma parte pode imputar à outra no programa contratual. Esse cálculo, que leva em consideração a probabilidade dessas alegações e do potencial impacto, representa uma típica análise de risco que passa a integrar a racionalidade da cláusula de não indenizar.

Essa digressão nos projeta, ainda, para o instituto do inadimplemento eficiente, bastante explorado pela análise econômica do direito, que revela a possibilidade de o inadimplemento contratual colocar o devedor numa situação melhor do que o adimplemento, hipótese em que a lei não deveria punir o devedor para além do que já está previsto no contrato como os remédios do inadimplemento livremente concebidos pelas partes[787]. A este respeito, Claudia Haidamus Perri, em tese de doutorado apresentada à PUC/SP, apesar de admitir a dificuldade de sua implementação no Brasil, reconhece a aderência da tese perante o Direito brasileiro, no contexto dos contratos empresariais que tenham sido amplamente discutidos pelos

---

[786] "Neste particular, deve-se salientar que a incidência da cláusula, baseada em descumprimento oriundo da análise de custo-benefício, não importa no esvaziamento do escopo contratual, ainda permanecendo obrigado o devedor ao cumprimento da prestação devida, em caso de mora, e do equivalente ao devido ou da restituição do já cumprido na hipótese de inadimplemento absoluto., bem como à reparação por perdas e danos no montante fixado no ajuste. Ademais, tal situação, decorrente da gestão de riscos efetuada em comunhão de interesses das partes, difere sobremaneira daquela em que o contratante se vale da convenção de não indenizar para praticar ilícito. Enquanto nesta há grave violação à ordem pública, a albergar no contrato práticas frontalmente contrárias ao ordenamento, naquela se entrevê, a partir de juízo acerca do dispêndio no cumprimento da prestação pelo devedor, a efetivação de ajuste que previamente distribuiu os riscos do inadimplemento ao credor em contrapartida a vantagem concedida a este. Em síntese, a análise de custo-benefício não constitui, nos termos analisados, dolo específico." (CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. **Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar**: releitura dos requisitos tradicionais de validade. Orientador: Gustavo Tepedino. 2018. 273f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 179).

[787] "No entanto, em algumas situações, o inadimplemento do contrato pode colocar o devedor em uma situação melhor do que ficaria se o cumprisse, ou seja, em algumas hipóteses o inadimplemento pode ser mais benéfico para o devedor. Em outras palavras, se os custos a serem suportados pelo devedor com o cumprimento do contrato forem maiores do que os custos que tiver de suportar com as consequências do seu inadimplemento (todos os consectários financeiros e morais, acima mencionados), o inadimplemento será considerado eficiente. Nessa esteira, para que o inadimplemento seja eficiente, o custo do cumprimento, para o devedor, tem de ser superior ao benefício que terá o credor do contrato: o devedor descumpre o ajuste, indenizar plenamente o credor e, ainda assim, fica em uma situação melhor do que se cumprisse o contrato. Tal estado de coisas enquadra a relação contratual no critério de eficiência de Pareto e de Kaldor Hicks. Nesses casos, afirma a teoria, a lei deve não apenas deixar de punir o inadimplemento do contrato, mas incentivá-lo." (PERRI, Cláudia Haidamus. **Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais**. Orientador: Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi. 2017. 212f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Núcleo de Pesquisa em Direito Civil, São Paulo, 2017, p. 130-131).

empresários, os quais definiram a matriz de riscos associadas ao inadimplemento, a qual deve ser observada em atenção à autonomia privada. Neste sentido, trazemos a explicação da autora:

> Nos contratos empresariais, em que vislumbramos a hipótese de aplicação da teoria da quebra eficiente – ressaltando que nada impede que esta se aplique na relação entre os particulares, em que há igualdade de poder de barganhga – as partes podem discutir amplamente as condições, as escolhas são feitas de forma racional, as partes sempre buscam eficiência econômica, conhecem o mercado em que atuam e a concorrência, consegue avaliar (ao menos no momento da contratação) algumas externalidades, assim como conseguem avaliar os custos da transação. As partes têm como avaliar os riscos do contrato, e, assim, através da estipulação de cláusulas, criar uma lei que lhes permita que seu ajuste seja orientado de acordo com as regras da Análise Econômica do Direito, respeitando-se, é claro, a legislação.[788]

Além de tais aspectos, é de se reconhecer que a prática contratual tem demonstrado que a verificação do dolo no inadimplemento contratual, além de ser objeto de ampla divergência entre as partes, é tarefa tormentosa, de reconhecida dificuldade fática de diferenciação com outros institutos[789], estando sujeito, ao fim e ao cabo, à alegação da parte supostamente prejudicada, à instrução probatória e apreciação judicial, que são ações incertas, assim como seus resultados, como visto no Capítulo 2 deste trabalho. Com efeito, Judith Martins-Costa afirma que "a figura do dolo é, no entanto, fugidia, suscitando problemas teóricos e práticos atinentes à sua compreensão, delimitação e prova."[790]

Essa questão tem conexão com a problemática da busca da verdade sobre os fatos, que é enfrentada no plano filosófico há milênios. Como relata a doutrina, "há que se ter em mente o fato de que para várias situações existe uma interpretação. E tudo depende da posição do observador acerca do fato"[791]. Assim, a questão da verdade acerca da ocorrência de dolo ou modalidade diversa da culpa transita por uma interpretação do sujeito de direito – o observador naquela determinada situação jurídica. O credor, visando afastar a cláusula de não indenizar,

---

[788] PERRI, Cláudia Haidamus. **Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais**. Orientador: Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi. 2017. 212f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Núcleo de Pesquisa em Direito Civil, São Paulo, 2017, p. 190.

[789] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade da cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração da culpa grave em caso de responsabilidade profissional. *In*: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 430-431.

[790] MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no Direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, v. 923, p. 116, 2012.

[791] DONNINI, Rogério. O Direito na perspectiva lúdica e a necessidade de fair play. Cooperação, probidade e a verdade relativa do observador. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 318, p. 103-117, 2021.

compreenderá determinada conduta como dolosa, ao passo que o devedor, por sua vez, negará a sua ocorrência, buscando manter a integridade da estipulação legitimamente pactuada.

A verdade, assim, passa a ser depreendida a partir da alegação mais verossímil, ou seja, mais provável, segundo um juízo de valor feito sobre as evidências e provas. Outrossim, a discussão sobre a ocorrência do dolo está atrelada à prevalência da tese de uma das partes no processo[792], não correspondendo, necessariamente, à real situação fática efetivamente verificada. Essa revelação ajuda a flexibilizar a visão, em certa medida, estarrecedora sobre a regulação convencional do dolo.

Sendo uma questão sujeita à análise do julgador sobre as circunstâncias do inadimplemento, das teses jurídicas apresentadas e das provas efetivamente produzidas, nos projetamos para um cenário de incerteza passível de algum grau de dimensionamento pelas partes (alegação da parte, expectativa do resultado da instrução probatória e apreciação judicial), fazendo uso das técnicas de probabilidade e impacto, convertendo-se, assim, em análise de risco cuja alocação pode ser regulada pelas partes, segundo seus juízos acerca da utilidade da decisão. O raciocínio é simples: sendo possível perceber a alegação de inadimplemento por dolo como uma incerteza emergente do contrato, esta pode ser convertida em risco por meio do exame de sua probabilidade e impacto, baseado em evidências, informações e dados disponíveis, de modo que este evento adverso passa a ser um risco passível de regulação privada.

Para ilustrar o argumento, fazemos referência ao recente julgado do STJ, no Recurso Especial 1.989.291-SP[793], em que se decidiu pela validade da cláusula de não indenizar limitada a um milhão de dólares estabelecida entre a Hewlett-Packard Brasil Ltda. e a RC Sistemas Ltda em contrato de distribuição e representação comercial estabelecido entre as partes. A RC pleiteou indenização por diversos descumprimentos contratuais por parte da HP, alegando

---

[792] Tércio Sampaio Ferraz Junior explica que o direito também pode servir como técnica de controle e dominação, acessível aos mais privilegiados, em razão da argumentação jurídica, *in verbis*: "o direito, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas. Por tudo isso podemos perceber que o direito é muito difícil de ser definido com rigor. De uma parte, consiste em grande número de símbolos e ideais reciprocamente incompatíveis, o que o homem comum percebe quando se vê envolvido num processo judicial: por mais que ele esteja seguro de seus direitos, a presença do outro, contes-tando-o, cria-lhe certa angústia que desorganiza sua tranquilidade. De outra parte, não deixa de ser um dos mais importantes fatores de estabilidade social, posto que admite um cenário comum em que as mais diversas aspirações podem encontrar uma aprovação e uma ordem." (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 55).

[793] REsp n. 1.989.291/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator para acórdão Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 23/11/2023.

cometimento de abusos por parte da ré, com alterações unilaterais dos contratos e decisões que visavam apenas ao aumento de seus lucros, inserção de novos distribuidores nas áreas de atuação da autora etc. Apesar de o fundamento não ter sido apresentado no referido processo, considerando a descrição dos descumprimentos, poderia a autora ter alegado que a ré praticou atos dolosos, de forma a fulminar a validade da cláusula de não indenizar. Esta realidade fática, contudo, apesar de depreendida das circunstâncias fáticas, não foi levantada pelo STJ, que, inclusive, reforçou em seu voto vencedor o papel da cláusula como instrumento de alocação de riscos, independentemente da natureza do inadimplemento. Este caso foi trazido para reforçar que a cláusula de não indenizar tem por função conter os riscos do inadimplemento, a despeito de sua modalidade culposa, até porque a prova da feição da culpa no caso concreto é tormentosa e estará atrelada a incertezas relacionadas à prevalência da tese de uma das partes, instrução probatória e reconhecimento judicial.

Neste contexto, voltamos a indagar se numa situação em que as partes compreendem que existe uma incerteza associada a alegações de inadimplemento por dolo atribuídas pelo credor ao devedor, visando elidir a proteção que a cláusula assegura a este último, que, cientes dela, resolvem examiná-la a partir da sua probabilidade e impacto, convertendo-a em risco, haveria algum impedimento à celebração de uma cláusula de não indenizar para regular este risco? Vejamos, por exemplo, a seguinte cláusula hipotética:

> As Partes reconhecem que a operação econômica que pretendem regular no presente Contrato é altamente complexa e que no curso da relação contratual podem surgir alegações de uma parte à outra acerca de descumprimento contratual apto a deflagrar pleitos indenizatórios. As referidas alegações podem se basear em alegada conduta dolosa ou culposa da parte inadimplente, o que será objeto de instrução probatória e apreciação judicial, cujos desfechos são essencialmente incertos. As Partes, no exercício legítimo da autonomia privada, cientes dos riscos correspondentes, desejam regular esta incerteza por meio da estipulação da presente cláusula de não indenizar, que determinará, em qualquer caso, o limite máximo de indenização aplicável, conforme abaixo detalhado: (i) caso o órgão julgador reconheça a prática de dolo no descumprimento contratual, a limitação de indenização corresponderá ao preço total da operação; (ii) para as demais hipóteses, a limitação da indenização corresponderá a 50% do preço total da operação. Ficam preservados todos os demais remédios contratuais resultantes do inadimplemento previstos neste Contrato.

A partir da leitura da minuta de cláusula acima trazida, não parece razoável a decretação imediata da inoperância do trecho relativo à limitação da indenização por eventual reconhecimento de dolo. Não se vislumbra qualquer imoralidade ou antijuridicidade neste pacto, tampouco perturbações de ordem pública. Isto porque a intenção das partes é regular

limites máximos de indenização em quaisquer cenários de inadimplemento, que está sujeito à instrução probatória, prevalência da tese do credor que busca afastá-la e o reconhecimento judicial definitivo. Tudo isso está sujeito à incerteza, que é passível de conversão em análise racional de risco. Vale ressaltar que o devedor ainda estará exposto a todos os demais remédios legais disponíveis como resposta ao inadimplemento, abrangendo, por exemplo, a possibilidade de exigir cumprimento da obrigação vinculante, em caso de mora, e da satisfação do equivalente ou restituição do já cumprido na rescisão por inadimplemento absoluto.

Os contratos empresariais que regulam as operações de fusões e aquisições, usualmente conhecidas pelo jargão inglês *Mergers and Acquistions* ("M&A") são exemplos marcantes de negócios jurídicos econômicos que revelam modelos de negócio e cláusulas contratuais que desafiam a vedação da cláusula de não indenizar para as hipóteses de dolo do devedor.

Com efeito, não é incomum em operações de fusões e aquisições, usualmente conhecidas pelo jargão inglês *Mergers and Acquistions* – M&A, a estipulação no pacote usual das regras de limitação de responsabilidade, a estipulação de acordo com a qual a quebra das declarações e garantias fundamentais[794], má-fé e fraude, atos que podem ser enquadrados como dolo a depender das circunstâncias do caso concreto, estão limitadas ao preço total da transação. Depreende-se desta estipulação que o vendedor estaria, no máximo, obrigado a devolver o preço recebido caso lhe seja imputado, por decisão judicial (incerteza convertida em risco), a prática de ato doloso. E isso tem um racional, à medida em que, na ausência de tal estipulação, o vendedor poderia estar sujeito a um cenário perturbador de indenizar o comprador por valores até mesmo superiores ao que recebeu pelo bem, ficando o comprador com o objeto da operação econômica e somatório das indenizações reconhecidas por suposta prática de dolo. A cláusula de não indenizar, inclusive para a hipótese de dolo, entra em cena para neutralizar este risco e proporcionar equilíbrio e estabilidade à esta relação jurídica.

Nesta mesma linha, há determinadas operações de M&A que são realizadas sob o regime intitulado de "Porteira Fechada", em que as partes acordam que o vendedor não indenizará o credor por perdas, passivos anteriores ao fechamento, revelados ou não,

---

794 "Outras cláusulas ainda são as cláusulas de limitação máxima da responsabilidade civil. É comum a fixação de um limite máximo (cap) de responsabilidade do vendedor por violação de 'garantias', sendo a limitação pelo preço do contrato ou por percentagem do mesmo. […]. As cláusulas de limite máximo exigem que tenhamos em consideração a posição vigente entre nós quando à admissibilidade de cláusulas limitativas ou de exclusão de responsabilidade civil, sob a forma de limitação do montante indenizatório. Em todo o caso, a doutrina tem considerado que, dentro dos limites comuns, são, em princípio, válidas, ao Abrigo do artigo 809º do Código Civil, as cláusulas de mera limitação da responsabilidade em que há limitação do dano a certo montante, posição que nos parece acolher". (PIRES, Catarina Monteiro. **Aquisições de empresas e de participações acionistas**: problemas e litígios. Coimbra: Almedina, 2018, p. 79-80).

estipulação essa que serve de base para a obtenção de desconto no preço da transação, já que o comprador renunciou o direito a potenciais indenizações emergentes desse período, assumindo o risco correspondente[795].

Nesses casos, o comprador pode estar confortável com os documentos que analisou durante a auditoria, e também porque a empresa objeto da transação é uma companhia aberta, com títulos negociados no mercado de capitais, sujeita, portanto, a amplos deveres de transparência e governança, de modo a chegar a conclusão de que a probabilidade de existir algo que não tenha sido detectado é baixa e, ainda que possa ocorrer, o impacto é imaterial, em típico expediente de dimensionamento do risco, segundo suas dimensões – probabilidade, impacto e utilidade dos custos e benefícios.

Há casos, inclusive, que comprador e vendedor estipulam um preço simbólico de transferência das ações ou quotas, como um real, já que o real efeito econômico da transação se deu mediante a consciente transferência ao comprador do conjunto de dívidas, passivos e contingências, os quais foram adequadamente precificados e assumidos pelo novo proprietário. Em contrapartida a não receber um preço aderente pela venda do bem, exige o vendedor que não possa mais ser demandado por qualquer contingência que se verificar após o fechamento da operação. Nesse tipo de regime, vale indagar, poderia o comprador, uma vez onerado por severas condenações e indenizações decorrentes do período anterior à transação, alegar a prática de dolo do devedor para buscar a inoperância da cláusula de não indenizar livremente pactuada? Nos parece que não, devendo a cláusula ser tida como plenamente eficaz. E isso se deve pelo fato de as partes terem livremente negociado e precificado o risco correspondente (com base nas dimensões de probabilidade e impacto), que passou a ser alocado na esfera contratual do comprador.

Para não ficar restrito a operações de M&A, voltamos a explorar os contratos de EPC. É usual em tais contratos complexos que o construtor assuma os riscos ordinários associados ao seu escopo contratual até a entrega do empreendimento em operação, sendo eles (i) *Engineering* – elaboração dos projetos de engenharia referentes ao empreendimento de

---

795 "A operação com porteira fechada, em geral, implica em uma dedução do valor global que seria pago pelo comprador pelo ativo adquirido considerando as contingências (materializadas ou não, já exigíveis ou não) mapeadas durante o processo de diligência (legal, trabalhista, tributária, contábil, financeira e/ou técnica), resultando em um preço de aquisição inferior ao que seria pago caso tais contingências não existissem. Nesse tipo de contratação, o vendedor não se comprometeria a indenizar contingências relativas ao período em que foi responsável pela empresa alienada". (RIBEIRO, João Ricardo de Azevedo; MACIEL, Cristina Rangel. Indenização por perdas pós-fechamento e contratos de compra e venda de participação societária. **Revista de Direito Societário e M&A**, São Paulo, v. 2, p. 2, jul./dez. 2022).

infraestrutura; (ii) *Procurement* – fornecimento dos materiais e equipamentos necessários; e (iii) *Construction* – realização das obras de construção do empreendimento[796].

O Contrato EPC geralmente é estruturado na modalidade *Turn-key Lump Sum*. A expressão *Turn-Key*, também conhecida como "chaves na mão", significa que o produto final do contrato – o empreendimento de infraestrutura - deve ser entregue completo e em operação comercial.

Considerando a pluralidade e magnitude dos riscos associados ao amplo escopo contratual do "Epecista", somado as perdas que poderiam ser a ele imputadas num cenário de eventual inadimplemento, é usual a estipulação de cláusulas de limitação de indenização, de forma que se possa ter um horizonte claro acerca da delimitação total da responsabilidade. Também é comum, por outro lado, que esta cláusula seja excepcionada para excluir as hipóteses de dolo (e, ainda, que não prevista, pela atual doutrina, a cláusula não alcançaria situações de dolo).

O dono da obra, por sua vez, costuma se valer de uma série de instrumentos para assegurar o cumprimento do contrato, a exemplo das cláusulas penais e exigência de apresentação de garantia de performance do contrato – *performance bond*.

Vamos supor que o Epecista tenha entrado em colapso financeiro e operacional, o que o levou a não concluir o empreendimento na data acordada, tendo apenas executado 65% do escopo contratual. Suponha-se, ainda, que tenha sido estipulada cláusula exaustivamente negociada entre dono da obra e Epecista, com apoio de prestigiadas consultorias jurídicas, após ampla análise de riscos, que delimitou a indenização total em caso de inadimplemento absoluto, abrangendo eventuais alegações e reconhecimento de dolo, a 120% do custo total incorrido pelo dono da obra com a contratação de outro fornecedor para a conclusão do empreendimento. É da compreensão deste autor que esta cláusula seria plenamente válida e eficaz. Nesta hipótese, o Epecista, além de estar sujeito às demais sanções contratuais, poderia ser instado a indenizar até o limite de 120% do custo total incorrido pelo dono da obra com a contratação de outro fornecedor, principal rubrica indenizável neste caso, sendo certo que eventuais perdas excedentes seriam suportadas pelo dono da obra. Típica cláusula de divisão de riscos que ajuda

---

796 "A perspectiva de escopo pode ser inferida pela própria sigla EPC (do inglês, *engineering, procurement and construction*), que se refere à atribuição em um único agente de toda a responsabilidade pelo escopo de implantação do empreendimento, desde a fase de engenharia e suprimento até a total construção, montagem (quando for o caso) e o início de operação do empreendimento, em conformidade com os requisitos técnicos de qualidade, segurança e desempenho estabelecidos pelo dono da obra. Evita-se, dessa forma, que, falhas de uma fase de implantação, especialmente a fase de engenharia, impactem o custo e o cronograma de implantação das fases seguintes, as quais são a ela, engenharia, intrinsecamente vinculadas." (TOLEDO DA SILVA, Leonardo. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. *In*: TOLEDO DA SILVA, Leonardo (Org.). **Direito e infraestrutura**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 24).

a fomentar e manter o equilíbrio de contratações para a implantação de empreendimentos complexos de infraestrutura. Em mais esta oportunidade é possível depreender interesses jurídicos merecedores de tutela.

Outro exemplo marcante que auxilia no convencimento acerca da licitude da cláusula de não indenizar para situações envolvendo dolo é a denominada cláusula de não litigar, estipulação também conhecida pelo aforisma "*pactum de non petendo*", por meio da qual as partes acordam que não poderão ajuizar demandas uma em face da outra em determinadas situações jurídicas específicas. Naturalmente, tal estipulação deflagra preocupações, tendo em vista a indisponibilidade do direito de ação, garantido constitucionalmente, nos termos do Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que é categórico ao garantir que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Esta estipulação tornou-se notória no processo envolvendo a recuperação judicial do Grupo Americanas, que entrou em grave crise econômica após a revelação de supostos desvios contábeis no balanço da companhia, gerando severa perda de valor de mercado de suas ações.

Estabeleceu-se no plano de recuperação judicial, aprovado pela assembleia geral de credores em 19/12/2023, em contrapartida aos compromissos de injeção de capital assumidos pela recuperanda e suas afiliadas, uma disposição intitulada "Compromisso de Não Litigar, Quitação e Renúncia"[797], que abrangia a obrigação de abstenção de ajuizamento de novas demandas em face dos compromitentes. A 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro entendeu ser válida a estipulação sob o fundamento de que "os direitos e garantias individuais não possuem caráter absoluto, sendo possível limitações de ordem jurídica e aplicação de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto." Entendeu o

[797] Eis o teor da cláusula: "11.3. Compromisso de Não Litigar, Quitação e Renúncia. Em contrapartida e como condição essencial e indispensável aos compromissos assumidos pelas Partes Isentas para viabilizar a implementação e a execução deste Plano (incluindo, mas não se limitando, as obrigações de subscrever o Aumento de Capital Reestruturação e de aportar recursos na Companhia nos termos dos Financiamentos DIP), bem como em contrapartida às concessões propostas pelo Grupo Americanas e Credores Isentos no âmbito das Demandas, todos para viabilizar a implementação e a execução deste Plano, as Partes Isentas, por operação e força deste Plano, obrigam-se de forma recíproca, individual e não solidária, em caráter irrevogável e irretratável, ressalvado o disposto na Cláusula 9, observadas as Exclusões do Compromisso de Não Litigar, Quitação e Renúncia, a (i) suspender ou fazer com que sejam suspensas (ainda que a suspensão acarrete extinção sem julgamento de mérito) todas as Demandas em curso entre as Partes Isentas desde a Aprovação do Plano (exceto se tal compromisso tiver sido assumido em momento anterior) e até a ocorrência de cada Evento de Quitação aplicável a cada Parte Isenta ou até a Resolução do Plano, nos termos da Cláusula 9 e se abster de iniciar novas Demandas contra qualquer Parte Isenta ('Período de Suspensão de Demandas'); e (ii) outorgar as quitações e renúncias conforme previsto na Cláusula 11.3.5 abaixo, direta, imediata e automaticamente, a partir da ocorrência de cada Evento de Quitação, ipso facto, sem necessidade de prática de qualquer ato adicional (ressalvado nos casos dos Administradores Isentos, dos Acionistas de Referência e/ou suas respectivas Afiliadas, dos Acionistas dos ARs e/ou suas respectivas Afiliadas, desde que tenham individual e expressamente aderido e assinado o respectivo Termo de Compromisso de Não Litigar, Quitação e Renúncia, até a Data Limite de Assinatura do Termo de Compromisso de Não Litigar, Quitação e Renúncia), sem prejuízo do disposto na Cláusula 11.3.8 abaixo ('Compromisso de Não Litigar, Quitação e Renúncia')."

juízo que a cláusula, no universo da recuperação judicial, "figura como um dos elementos que compõem esse ambiente de convergência de interesses para o atingimento do bem jurídico tutelado pela norma, qual seja, a manutenção da empresa produtiva, com todos os seus consectários econômicos e sociais, o que justifica, em muitos casos, a renúncia ou flexibilização de direitos"[798].

O caso acima é emblemático na medida em que revela a possibilidade de se convencionar a obrigação de abstenção de exercício do direito de ação em determinadas circunstâncias que demonstrem interesses jurídicos merecedores de tutela, ainda que presentes determinados elementos a indicar a suspeita de prática de atos dolosos (fraude contábil).

E é compreensível a admissão de tal cláusula. Na perspectiva dos compromitentes, trata-se de uma exigência legítima face aos vultosos compromissos financeiros assumidos por eles para viabilizar o plano de recuperação judicial. Também representa, evidentemente, uma forma de contenção do risco da responsabilização pelos credores. Estariam certamente desestimulados a propor tal contrapartida, vista como essencial à continuidade da empresa e pela maioria dos credores, se ainda estivessem expostos a investidas judiciais visando a sua responsabilização. Na ótica dos credores, vale destacar, ausente o compromisso de injeção de capital, que está condicionado à não responsabilização dos administradores e empresas afiliadas da recuperanda, estes correriam o risco de não verem seus créditos satisfeitos. As partes, então, realizam análises de probabilidade e impacto das alternativas que possuem, julgam o que é melhor para seus interesses (utilidade) e alcançam um acordo que traduz a convergência desses interesses, que são merecedores de tutela por atenderem ao espírito da lei de recuperação judicial, que "estabelece uma ordem de prioridade nas finalidadesque diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a 'manutenção da fonte produtora, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível [...]"[799].

Ora, se até mesmo se admite a cláusula de não litigar, subtraindo de seu titular a possibilidade de manejo de ações judiciais para buscar a responsabilização por supostas práticas dolosas, com repercussões até mesmo criminais, certamente pode-se admitir, pela lógica sistemática, uma cláusula que busque regular os efeitos do inadimplemento por eventuais alegações de dolo na feição de descumprimento intencional do contrato (que nada mais representa do que uma alegação, sujeita a instrução probatória e apreciação judicial). Tudo

---

[798] Decisão proferida em 25/02/2024 nos autos da Recuperação Judicial nº 0803087-20.2023.8.19.0001, pelo juiz titular da 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, Senhor Paulo Assed Estefan.

[799] JUSTINO, Manoel. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p . 209.

depende, vale frisar, da presença concreta de interesses jurídicos merecedores de tutela no caso sob análise.

O instituto da transação sobre potenciais controvérsias emergentes da prática de dolo na execução do contrato também vem a reforçar o argumento da possível admissibilidade da cláusula de não indenizar em determinadas situações envolvendo dolo. Suponha-se que em determinado contrato de distribuição entre um grande fornecedor de resinas termoplásticas e um distribuidor se detecta que, ao longo da relação contratual, o fornecedor praticou uma série de atos deliberadamente contrários ao contrato de distribuição, os quais poderiam ser caracterizados como dolo, como a fixação de preço de revenda, com graves prejuízos à margem do distribuidor, que resolve ajuizar uma ação judicial para requerer a rescisão do contrato por inadimplemento e pleitear indenização por perdas e danos. No curso da ação, as partes alcançam acordo para encerrar a ação judicial e regular o pagamento de uma indenização do fornecedor ao distribuidor em valores substancialmente inferiores àqueles inicialmente pleiteados pelo distribuidor em sua petição inicial. Frise-se que esta transação foi celebrada tendo como origem supostos atos dolosos praticados pelo fornecedor. Ainda que os institutos sejam diferentes, eles possuem uma lógica comum, que é a gestão de riscos jurídicos. Em mais este caso, não se vislumbra qualquer antijuridicidade neste acordo, feito com base numa análise pragmática de riscos pelas partes, abrangendo o tempo do processo judicial, o sucesso da instrução probatória e o efetivo reconhecimento judicial do direito[800].

De tudo que foi exposto, a mensagem que se quer transmitir é a seguinte especificamente sobre a cláusula de não indenizar em contratos empresariais e sua oponibilidade em casos de dolo: como a ocorrência e circunstâncias do inadimplemento são fatores incertos para as partes no momento de pactuação da cláusula de não indenizar, já que dependem de fatores exógenos (alegação da parte, prevalência da sua tese de dolo para afastar a cláusula, instrução probatória e apreciação judicial), elas podem convencionar, também com base na boa-fé objetiva, a matriz completa de risco de indenização, baseada em análises de probabilidade e impacto, independentemente da natureza da culpa, por meio da estipulação de uma robusta cláusula de não indenizar, segundo a racionalidade econômica por elas livremente definida.

---

[800] Dante Olavo Frazon Carbonar critica essa associação entre a transação e a cláusula de não indenizar, aduzindo que a renúncia, que pode compor uma transação, é negócio jurídico abstrato, ao passo que a cláusula de não indenizar, consiste em negócio jurídico causal, de modo que a sua estipulação deve estar vinculada à uma causa legítima, isto é, de um inadimplemento que não pode derivar do dolo. (CARBONAR, Dante Olavo Frazon. **Cláusula de não indenizar**: características, modalidades, requisitos de validade e interpretação. Orientador: Arruda Alvim. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 127).

E sendo a alocação de riscos uma prerrogativa conferida expressamente pela lei, disso decorre que a cláusula de não indenizar também poderá ser pactuada para situações hipóteticas de dolo, enquanto uma incerteza que é passível de ser convertida justamente em risco, um fenômeno passível de gerenciamento e alocação pelos seus analistas.

Mais uma vez vale lembrar que estamos num ambiente de negociação entre agentes econômicos em contratos empresariais, que tomam decisões racionais acerca de escolhas contratuais e suas consequências, no pleno exercício da autonomia privada, visando a maximização de seus interesses empresariais[801]. Ademais, os agentes econômicos empresariais seguem sofisticada política de riscos e contam com administradores que têm deveres fiduciários e de diligência em relação à sociedade, os quais tomam decisões com base no melhor julgamento, o *business judgment rule*, visando atender aos melhores interesses da sociedade[802]. É natural que nesta tomada de decisão, o risco de celebração da cláusula de não indenizar nesses moldes seja ponderado com os benefícios que podem ser extraídos da avença, numa típica análise de utilidade que compõe a moderna técnica de gestão de risco[803].

Ainda que se entenda que estipulação dessa natureza poderia ter, abstratamente, pontos de antagonismo com os deveres que emanam da boa-fé objetiva, é de se ter presente que os referidos deveres, em contratos empresariais simétricos, podem ter variações de escopo e alcance, justamente pelo conteúdo da operação econômica que buscam regular e alocação de riscos que as partes querem estabelecer. Pedro Eroles, em monografia sobre a dispositividade da boa-fé objetiva, destaca que, nos contratos de lucro simétricos, ambiente no qual este trabalho se faz presente, o princípio contratual da boa-fé objetiva se revestiria de alguma dispositividade, de modo que as partes teriam maior espaço de liberdade para a estipulação de

---

801 PERRI, Cláudia Haidamus. **Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais**. Orientador: Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi. 2017. 212f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Núcleo de Pesquisa em Direito Civil, São Paulo, 2017, p. 42.

802 Segundo Alexandre Couto Silva, "a regra do business judgment é uma construção jurisprudencial cuja finalidade é analisar as condutas de administradores, mas não um padrão de conduta para os administradores. Ela pressupõe que as decisões dos negócios da companhia sejam tomadas por administradores desinteressados e independentes, devidamente informados e de boa-fé, acreditando que a decisão visa aos melhores interesses da sociedade". (SILVA, Alexandre Couto. **Responsabilidade dos administradores de S/A***: Business Judgment Rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 3).

803 "A primeira delas seria que o indivíduo, em regra, sempre estaria disposto a alcançar mais, maximizando suas vantagens, benefícios e proveitos. Escolher de forma racional importa que o agente, tendo conhecimento das vantagens e dos custos associados de determinado bem ou serviço, prefere aquele que lhe proporcionará maior utilidade. A escolha é feita mais em razão dos benefícios do que dos possíveis custos que possam surgir. Quando escolhe de forma racional, o agente o faz segundo padrão das suas informações ou da maneira como as considera". (PERRI, Cláudia Haidamus. **Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais**. Orientador: Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi. 2017. 212f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Núcleo de Pesquisa em Direito Civil, São Paulo, 2017, p. 37).

cláusulas que delimitem o seu alcance[804]. No mesmo sentido se posiciona Maíra de Melo Vieira Temple [805].

Deve ser entendido, pois, que nesses casos, a depender das circunstâncias negociais em que se instalou a convenção, a boa-fé objetiva não é violada, pois decorreu de uma análise pragmática de risco, enquanto evento sujeito às percepções de probabilidade e impacto, e não de uma pré-disposição de violar deliberadamente a avença por artifícios fraudulentos e capazes de causar danos à contraparte. Diana Loureiro Paiva de Castro expõe uma visão crítica sobre as exigências da boa-fé, que não poderia impor ao contratante o sacrifício de seu próprio interesse em benefício da contraparte, especialmente num contrato cuja essência é a alocação de riscos[806].

Uma vez demonstrados que os interesses em jogo são merecedores de tutela, depreendidos de uma análise racional de distribuição de riscos contratuais, a cláusula de não indenizar oponível a cenários hipotéticos de reconhecimento de dolo no incumprimento (incerteza) pode estar, na verdade, abarcada pelo referido princípio da boa-fé objetiva empresarial, dentro de sua feição protetiva da legítima regulação positiva de riscos contratuais, conforme Art. 421-A, inciso II, do CC/02. A este respeito, o anteprojeto de revisão e atualização do CC/02 destacou a boa-fé empresarial que deve ser medida também pela expectativa comum que os agentes do setor econômico de atividade dos contratantes têm[807]. Ora, nesses casos os

---

[804] "Nesse sentido, poder-se-ia estabelecer que, em relação à dispositividade gradual do princípio da boa-fé objetiva, ela seria maior nos contratos de lucro simétricos e diminuiria gradativamente conforme a categoria contratual, sendo tal dispositividade a menor possível nos contratos existenciais de subsistência. Adicionalmente, pode-se aqui levantar a hipótese de que, nos contratos de lucro simétricos, o princípio contratual da boa-fé objetiva seria plenamente dispositivo (sempre que respeitadas eventuais regras aplicáveis derivadas da boa-fé objetiva, conforme será melhor detalhado no Capítulo 4 deste trabalho)". (EROLES, Pedro. **Boa-fé objetiva nos contratos**: especificação normativa, cogência e dispositividade. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 134-135).

[805] "Ainda que se assuma que a norma do art. 422 do Código Civil é de ordem pública e, portanto, inderrogável pela vontade das partes, e atentando-se às regras hermenêuticas dos arts. 112 e 113, caput e § 1°, III, pode-se admitir, a partir da lição de Junqueira de Azevedo, que, no âmbito dos contratos empresariais, o dever de informar derivado da boa-fé objetiva e subjacente ao art. 147 do Código Civil comporta variações de escopo e intensidade, de acordo com o contrato de que trate e, na mesma linha, com o que for negociado e inequivocamente nele pactuado entre as partes." (TEMPLE, Maíra de Melo Vieira. Validade e eficácia da cláusula denominada *pró-sandbagging* nos contratos de compra e venda de participação societária sujeitos ao direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 178-179, p. 359, ago. 2019/jul. 2020).

[806] "As exigências de boa-fé objetiva não significam, como certo romantismo poderia levar a crer, a obrigação de os contratantes priorizarem o interesse da contraparte antes de seu próprio ou sacrificarem posições jurídicas de vantagem. Em verdade, a boa-fé se orienta no sentido de preservação do escopo perseguido pelas partes, nos termos da matriz de riscos previamente delineada, a qual inclui o ajuste de não indenizar." (CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. **Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar**: releitura dos requisitos tradicionais de validade. Orientador: Gustavo Tepedino. 2018. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 179).

[807] "Art. 421-C. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos, se não houver elementos concretos que justifiquem o afastamento desta presunção, e assim interpretam-se pelas regras deste Código, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais. § 1º Para sua interpretação, os contratos empresariais exigem os seguintes parâmetros adicionais de consideração e análise: [...]; II - a boa-fé empresarial mede-se, também, pela expectativa comum que os agentes do setor econômico de atividade dos contratantes têm, quanto à

contraentes têm a expectativa concreta de encontrar na cláusula de não indenizar um mecanismo efetivo de alocação do risco da indenização por perdas e danos resultantes do inadimplemento, independentemente do suposto grau de culpa do devedor, que é uma matéria tipicamente probatória. Isso quer dizer que o dolo passou a ser admitido irrestritamente nos contratos empresariais? Evidentemente que não. O dolo sob a forma de fraude patente e/ou má-fé, demonstrado concretamente, ainda demandará o repúdio do Direito. O dolo sob a perspectiva do descumprimento intencional, por sua vez, poderá comportar interesses jurídicos e econômicos merecedores de tutela, notadamente quando se depreende um legítimo arranjo de alocação de riscos.

A conclusão desta linha de raciocínio é a de que a cláusula de não indenizar estipulada para o cenário hipotético de dolo sob a roupagem de descumprimento intencional, enquanto uma incerteza sujeita a percepções de probabilidade e impacto, convertendo-se, portanto, em risco regulável, poderá ser preservada, desde que presentes interesses jurídicos merecedores de tutela. E essa regulação está amparada expressamente pela lei, nos termos do Art. 421, inciso II, do CC/02.

A compreensão da noção de risco e sua regulação em contratos empresariais permite defender que, a depender das circunstâncias negociais que justificaram a cláusula de não indenizar pactuada, especialmente nos casos em que o tema tenha sido profundamente discutido entre as partes enquanto agentes econômicos racionais sob a ótica de uma análise pragmática de regulação de riscos, a cláusula de não indenizar poderá ser admitida em situações hipotéticas envolvendo a alegação de dolo do devedor.

Passando para o exame da culpa grave enquanto requisito de validade da cláusula de não indenizar, vale destacar que o tema não é pacífico na doutrina. A divergência, contudo, não reside, fundamentalmente, nos aspectos relacionados à percepção do inadimplemento como um risco emergente da convenção que é passível de regulação privada, depreendido da análise racional de probabilidade e impacto, como esta tese se propõe a fazer.

Neste sentido, há autores que defendem a tese de que a culpa grave, apesar de ser um instituto jurídico diverso, deve receber o mesmo tratamento daquele conferido ao dolo, de modo que a cláusula de não indenizar pactuada para a inexecução decorrente de culpa grave deve ser igualmente reputada como nula. Trata-se de interpretação que se funda na equiparação da culpa

---

natureza do negócio celebrado e quanto ao comportamento leal esperado de cada parte; [...]". BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de revisão do Código Civil de 2002**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/txtmat?codmat=159721. Acesso em: 25 abr. 2024.

grave ao dolo traduzida pelo aforisma "*culpa lata dolo aequiparatur".* Este é o posicionamento predominante da doutrina clássica[808].

Em razão da equiparação, aplicar-se-iam os mesmos fundamentos já abordados em relação ao dolo, notadamente à desconfiguração obrigacional do contrato, convertendo-se numa condição potestativa; e necessidade de reprovação da conduta displicente.

A referida equiparação da culpa grave ao dolo traduz a ideia segundo a qual a violação grosseira e/ou displicente de um dever jurídico deveria ser tratada da mesma forma daquela decorrente de um ato intencional e deliberado de inadimplir como ocorre na conceituação clássica do dolo[809].

Sergio Cavalieri Filho destaca que "a culpa grave, por sua vez, revela negligência extrema, grosseira ausência de vigilância, em que até o homem menos cuidadoso não incide nos seus próprios negócios. A interdição da cláusula de não indenizar, em casos tais, é exigência moral e da boa-fé"[810]. Em Portugal, afirma António Pinto Monteiro sobre o cabimento da equiparação da culpa grave ao dolo nas convenções de irresponsabilidade:

> Cremos que neste domínio se justifica amplamente esta equiparação, para efeitos de regime – nulidade – da cláusula de exclusão (e igualmente para a cláusula limitativa), não só por razões de ordem prática – dificuldade em se provar a intenção dolosa e o desejo de impedir 'la méchant de jouer l'imbécile' – como também, e fundamentalmente, por respeito aos valores que o princípio da boa-fé encerra [...].[811]

A razão para a cominação de nulidade para esses casos decorre da constatação de que "representaria forte estímulo à negligência, à desatenção, em situação contrária à ordem pública

---

[808] Neste sentido: MONTEIRO, Antonio Pinto. Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 235-236; OLIVEIRA, Nuno Manoel Pinto. Cláusulas acessórias ao contrato, cláusulas de exclusão e limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 13; AZEVEDO, Antonio 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". Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 202; CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 506-507; WALD, Arnold. A cláusula de limitação de responsabilidade no Direito brasileiro. Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 137, jul./set. 2015.

[809] Em Portugal, António Pinto Monteiro traz uma contextualização sobre esta clássica equiparação, *in verbis*: "A equiparação em geral, da culpa grave ao dolo tem raízes bem antigas, devendo-se ao que parece, a uma interpolação em textos de direito romano concernentes à responsabilidade contratual (estendendo-se depois à responsabilidade delitual), justificada pelo facto de suscitar uma reprovação ética e social semelhante ao dolo, não merecendo consideração quem age de forma tão censurável, até porque "*um stupide est peut-être plus dangereux qu'um méchant*" (MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1985, p. 234)

[810] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 506.

[811] MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 300.

contratual e ao interesse social; daí a nulidade dessa inclusão"[812]. Seria, portanto, uma estipulação contrária à boa-fé, como assevera Alberto Trabucchi ao afirmar que "sarebbe in contrasto com la fondamentale esigenza de buona fede, per cui il soggetto non può sottarsi alle conseguenze del suo agire che sai in grave contraddizione com l'impegno assunto"[813].

A referida equiparação foi, inclusive, acolhida em alguns ordenamentos jurídicos, como é o caso do Art. 1.229[814] do Código Civil italiano, que imputa a nulidade para qualquer pacto que exclua ou limite a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave, e, no direito português, do Artigo 18 do DL 446/85 que é categórico ao regular que "são em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas gerais que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou culpa grave"[815].

Como decorrência lógica, a cláusula de não indenizar seria apenas admitida nos casos envolvendo escalas menores de culpa, excluída a culpa grave, o que é razoavelmente aceito pela doutrina tradicional[816].

Outra corrente doutrinária, todavia, não vislumbra a vedação de estipulação de cláusula de não indenizar por incumprimento decorrente de culpa grave e afasta a referida equiparação.

Nesta linha, Fábio Henrique Peres defende que, salvo algumas exceções, a teoria da gradação da culpa perdeu sua relevância jurídica no ordenamento jurídico brasileiro[817]. Sustenta, ainda, o autor, fazendo referência a Caio Mário da Silva Pereira[818], que a distinção

---

[812] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Configuração da culpa grave em caso de responsabilidade profissional. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 432.

[813] TRABUCCHI, Alberto. ***Istituzioni di diritto civile***. 43. ed. Padova: CEDAM, 2007, p. 694.

[814] "Art. 1229 Clausole di esonero da responsabilità. E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave".

[815] PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. **DL n. 446/85, de 25 de outubro**. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 2 maio 2024.

[816] AZEVEDO, Antonio 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". **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 203.

[817] "Em que pese a autoridade dos defensores dessa linha e o impacto inicial gerado pelo envolvente argumento, não nos parece, entretanto, ser esse o entendimento que melhor se coaduna com o sistema jurídico brasileiro. Suscitam-se dois motivos principais a justificar a nossa posição. Primeiramente, o nosso ordenamento não reconhece maior relevância jurídica para a gradação da culpa salvo raras exceções." (PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quarter Latin, 2009, p. 176).

[818] Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira: "não se há de deter, como efetivamente não se detém, o Direito brasileiro na apuração das gradações da culpa. [...] O Direito brasileiro, repetimos, afastou estas filigranas, para encarar a existência da transgressão da norma e impor o dever de reparar do contraventor. Alinhou-se desta sorte,

entre dolo e culpa grave seria de natureza, e não de grau[819]. Neste sentido, não se poderia equiparar um ato intencional e deliberado no sentido de inadimplir, elemento característico do dolo, com a culpa, em que o requisito da intencionalidade não se mostra presente[820].

Segundo esta vertente doutrinária, pois, a equiparação entre culpa grave ao dolo não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro[821]. Com efeito, Nilson Lautenschleger Jr afirma que "a limitação contratual da responsabilidade por culpa grave não é expressamente proibida pela lei brasileira"[822].

Neste contexto, o conceito de culpa grave se assenta na superada teoria de gradações da culpa, segundo a gravidade do desvio de conduta perpetrada, conforme se depreende do posicionamento de Caio Mário da Silva Pereira:

> O Direito brasileiro, repetimos, afastou estas filigranas, para encarar a existência da transgressão da norma e impor o dever de reparar ao contraventor. Alinhou-se, desta sorte, na escola inaugurada com o BGB, o qual, segundo os mais reputados autores, deu o golpe de morte na teoria da gradação da culpa.[823]

É bem verdade que o Art. 944, parágrafo único, regula a possibilidade de o juiz reduzir equitativamente a indenização se "houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano". No entanto, o referido dispositivo regula a fixação da indenização, e não a gradação da culpa como elemento de atribuição de responsabilidade, não podendo servir de fundamento

---

na escola inaugurada com o BGB, o qual, segundo os mais reputados autores, deu o golpe de morte na teoria da gradação da culpa". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 210. v. II).

819 PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quarter Latin, 2009, p. 168 *et seq*.

820 Roberto de Ruggiero esclarece as distinções entre os institutos, o que inviabilizaria a referida equiparação: "Há dolo no não cumprimento todas as vezes que o devedor voluntária e cientemente transgrida a obrigação contraída, não a executando. É este elemento intencional, da voluntariedade e da ciência, que distingue o não cumprimento doloso do culposo, e é o propósito de causar dano ao credor o que constitui a essência da ação dolosa. [...] Quando aquele elemento da má intenção, que é característico do comportamento doloso, falte no ato humano que produz dano, sem que todavia falte no agente o elemento da vontade, estamos em frente da figura da culpa. Pressupõe ela a voluntariedade do ato de que derivaram consequências danosas, e implica uma imputabilidade do agente, por não ter ele sabido prever e evitar os efeitos danosos do ato." (RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999, p. 159-161. v. 3).

821 PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quarter Latin, 2009, p. 177.

822 LAUTENSCHLEGER JUNIOR, Nilson. Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira: permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio empresarial? **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 41, n. 125, p. 14, 2002.

823 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 210. v. II. Em sentido equivalente, Agostinho Alvim é categórico ao afirmar que "a nossa lei repeliu a graduação da culpa." ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 360.

para desafiar a afirmação de que o Código Civil não aderiu à teoria de gradação da culpa para determinação da responsabilidade[824].

Ademais, o CC/02, em diversos momentos, faz remissão apenas à figura do dolo, não se admitindo à referida equiparação, como, por exemplo, no Art. 762[825], que considera nulo o contrato de seguro para garantia de risco decorrente de ato doloso do segurado, não sendo verdadeira a afirmação de que valeria para atos decorrentes de culpa grave.

Desta forma, perfilhamos o entendimento de que a referida equiparação é inadequada e que a culpa deve ser interpretada à luz de critérios objetivos, sendo depreendida pela análise sobre os desvios do devedor no cumprimento objetivo da prestação à luz de padrões de conduta consistentes com as circunstâncias do programa contratual, levando-se em consideração o cânone hermenêutico da boa-fé objetiva.

Em adição ao exposto acima, há uma dificuldade prática na tipificação das condutas segundo a intensidade de sua falta para efeitos da determinação do regime jurídico aplicável. Já se defendeu que a culpa grave estaria associada ao descumprimento de obrigação principal, ao passo que seria leve quando a inexecução decorresse de violação de obrigações naturais ou acessórias[826]. Tal abordagem não nos parece a mais adequada. Isto porque, a culpa sempre foi analisada a partir do padrão de diligência do devedor, e não em razão da classificação da obrigação em principal ou acessória[827].

---

824 Em sentido contrário, entendendo esta afirmação de superação é controversa à luz do Art. 944, Wanderley Fernandes afirma que: "Primeiro, é controversa a afirmação de que o direito brasileiro teria rejeitado a ideia de gradação da culpa. O parágrafo único do art. 944 do Código Civil nacional, ao contrário, dá ao juiz o poder de reduzir, equitativamente, a indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Segundo, a doutrina, embora por vezes mencione a assimilação da culpa grave ao dolo, de maneira geral, se refere à equiparação. Ou seja, não se trata de uma confusão ou identidade conceitual, mas de equiparação no sentido de aplicação de um mesmo regime jurídico a figuras distintas." (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 188-189). *e-book*.

825 "Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro."

826 PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2005, p. 300.

827 Neste sentido, Wanderley Fernandes também indica ser inapropriada a referida distinção feita por Ana Prata ao expor que "Em primeiro lugar, porque a culpa, desde os romanos, esteve sempre associada a um padrão de diligência exigido do devedor, ou seja, independentemente do bem afetado pela conduta, sua culpa estará associada ao cuidado e diligência no cumprimento da obrigação, seja ela relacionada ou não à obrigação principal. [...]. Além disso, determinados deveres acessórios também podem adquirir relevância de acordo com circunstâncias negociais. O retardo na entrega de um bem pode comprometer todo o propósito do contrato, embora, em princípio, o prazo não sejam um elemento essencial de um contrato de compra e venda. Por essas razões, o critério proposto pela autora não se sustenta". (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191-192). *e-book*.

Soma-se a isso a realidade de que a evolução da prática negocial tem exposto a dificuldade da classificação da culpa do agente ofensor no âmbito das relações contratuais[828], especialmente àquelas que regulam operações econômicas reguladas por contratos complexos[829] entre agentes econômicos no bojo de contratos empresariais, em que são estabelecidas redes de deveres e obrigações, interconectadas entre si, dentro de um todo unitário e coeso[830].

Por tais razões é que se tem entendido que a avaliação da gradação da culpa em sede de responsabilidade contratual não é elemento determinante, devendo ser presumida do inadimplemento contratual.

Sob a perspectiva de risco e sua regulação, ótica proposta neste trabalho, também não parece adequado o entendimento segundo o qual a cláusula de não indenizar não poderia ser pactuada nas situações envolvendo culpa grave, restando aplicável apenas às hipóteses de culpa leve. Este entendimento poderia levar, inclusive, a um grande esvaziamento desta estipulação tão relevante no universo empresarial[831].

As partes, quando celebram a cláusula de não indenizar, buscam objetivamente excluir ou limitar a indenização resultante do inadimplemento, um evento futuro e incerto sujeito às percepções de probabilidade e impacto. No momento de celebração da cláusula de não indenizar, as partes não conseguem antever as circunstâncias de um eventual inadimplemento,

---

828 "[...] revela-se extremamente difícil aferir o grau de culpa do agente no inadimplemento de uma obrigação contratual. Exemplo disso consiste na necessidade de o agente provar alguma excludente do nexo causal, não já a ausência de culpa, para que se exima de responsabilidade na violação de obrigação contratual, a justificar o entendimento de muitos autores no sentido de que a responsabilidade contratual é objetiva" (BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. **Civilística.com**, [*s. l.*], a.1, n. 2, p. 248, 2012).

829 Fabio Gil sugere uma definição de contratos complexos como sendo aqueles que "1] houver elevado grau de incertezas, ou elevado número de contingências, quanto a seu cumprimento ou fruição das utilidades nele previstas; 2] houver dispersão ou variabilidade entre a magnitude das prestações e contraprestações na dinâmica ou fluxo de seu cumprimento [caso típico dos contratos cuja consecução do objeto contratual se desenvolva em ambiente de risco, ou aleatoriedade]; e 3] quando o entendimento do conteúdo contratual demande conhecimento amplo ou profundo." (GIL, Fábio. **A onerosidade excessiva em contratos de *engineering***. Orientador: Raquel Sztjan. 2007. 143f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 31 *et seq*.).

830 Judith Martins-Costa destaca esse aspecto ao mencionar a complexidade do fenômeno obrigacional como abrangendo "a totalidade dos direitos, deveres, estados de sujeição, direitos formativos, direitos de exceção, pretensões, exceções e ônus jurídicos resultantes de um mesmo fato jurídico obrigacional". (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 214);

831 A mesma preocupação é externada por Diana ao afirmar que "às críticas já formuladas, deve ser acrescentada proposição essencial para a releitura sugerida, que diz respeito à dificuldade de se conceituar a culpa leve no inadimplemento contratual, de sorte que considerar inválida a convenção de não indenizar referente à culpa grave representa, em verdade, fulminar a utilidade prática de tais ajustes, descurando-se de suas potencialidades funcionais." (CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. **Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar**: releitura dos requisitos tradicionais de validade. Orientador: Gustavo Tepedino. 2018. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 171).

mas apenas que este é um evento possível que pode emergir durante a execução do contrato. A questão relacionada ao reconhecimento por dolo ou culpa grave depende, necessariamente, de uma apreciação judicial acerca das provas produzidas num eventual cenário de litígio acerca da incidência e eficácia da referida estipulação.

A doutrina é pacífica ao reconhecer a dificuldade de ordem prática na distinção entre dolo, culpa grave e outros comportamentos humanos que não se emolduram na clássica dualidade dolo e culpa[832], o que reforça se tratar de um universo de incerteza, sujeito às percepções de probabilidade e impacto, que as partes convertem em análise de risco para que possam gerenciá-lo por meio da estipulação de uma cláusula de não indenizar, com base no já mencionado Art. 421-A, inciso II, do CC/02, que reforça a autonomia privada na alocação dos riscos negociais. Tal estipulação deve ser interpretada, ainda, segundo o critério estabelecido no Art. 113, § 1º, V, que orienta a hermenêutica dos negócios jurídicos de acordo com "a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes." Em determinados tipos contratuais, é comum que as partes façam cálculos matemáticos para aferir o máximo de exposição indenizatória a que estariam expostas e, com base nisso, independentemente do grau de culpa, negociam a cláusula de não indenizar, que passa a integrar a racionalidade e viabilidade econômica do negócio, à luz do já mencionado Art. 113, §1º, inciso V, do CC/02.

Suponha-se um contrato de fornecimento de resinas termoplásticas entre uma petroquímica e um cliente que é um dos maiores fabricantes de embalagens de alimentos, em que tenha sido estipulada, após ampla negociação com participação de equipes jurídicas internas e escritórios de advocacia, uma cláusula de não indenizar limitando o valor da indenização por eventuais descumprimentos do contrato a um milhão de reais, abrangendo hipóteses de culpa grave no incumprimento. Para propor esta cláusula, a petroquímica partiu de informações e dados que dispõe internamente sobre indicadores que apontam a recorrência de problemas em especificações técnicas (alta probabilidade) e já foi condenada a indenizar outros clientes de forma severa (alto impacto). A petroquímica fez a sua proposta, assim, com base em sua visão de risco do fornecimento. Em contrapartida à estipulação da cláusula, o fabricante de plásticos consegue um preço menor pelo volume contratado, além da exclusão da cláusula de *take or pay* do contrato, que é habitualmente exigida pela petroquímica a seus clientes. O cliente, por sua vez, entende que a probabilidade de problemas na resina é baixa, por já ser um

[832] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Configuração da culpa grave em caso de responsabilidade profissional. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 430-431.

cliente assíduo, e que eventual impacto em seus negócios é tolerável. Fez, portanto, um exame de risco. No curso do contrato, o fabricante de embalagens toma conhecimento de que parte do volume de resinas contratado foi fabricado e entregue contrariedade com a especificação técnica, causando prejuízos em seu maquinário em montantes estimados de cinco milhões de reais. Neste caso, a cláusula de não indenizar, especialmente em relação ao trecho que inclui atos de culpa grave em sua cobertura, deve ser reputada como inválida? Evidentemente que não. O credor, após ampla negociação, obteve benefícios relacionados à estipulação da cláusula, numa típica avença envolvendo riscos contratuais, não havendo nenhuma razão de ordem pública que justifique o afastamento da referida estipulação.

Propõe-se outro exemplo prático para demonstrar a existência de interesses jurídicos merecedores de tutela quando da estipulação da cláusula de não indenizar ainda que em situações que possam ser caracterizadas como culpa grave. Uma empresa de exploração de ativos de geração de energia eólica busca contratar uma empresa para fornecimento e instalação de aerogeradores em determinado prazo por um preço global. Surge, então, o interesse de uma determinada empresa para a execução do escopo contratado, mas existe uma preocupação desta empresa com o perfil do cliente, que tem a prática de estruturar uma robusta administração contratual para registrar toda e qualquer desconformidade contratual, mediante envio de sucessivas notificações extrajudiciais, registros em atas, dentre outros expedientes. Sabe-se, ainda, que o potencial cliente costuma fazer uso desse acervo documental para instaurar arbitragens para requerer penalidades e indenizações em face dos contratados, buscando a caracterização do dolo ou da culpa grave e, consequentemente, o afastamento das cláusulas de limitação da indenização.

Com base neste conhecido histórico, a empresa fornecedora faz a proposta para a execução do fornecimento e instalação, com a indicação do prazo e do preço global, mas coloca como condicionante a estipulação de uma cláusula de não indenizar para limitar o montante máximo da indenização resultante de eventual inadimplemento, abrangendo toda e qualquer forma de sua configuração, incluindo hipóteses de alegadas práticas de dolo e/ou culpa grave.

As empresas chegam a um acordo nesses termos e celebram o respectivo contrato. Sabe-se, também, que a empresa cliente contratou um seguro de performance contratual em apartado, com cobertura adicional para mitigar eventuais perdas e danos que excederem o montante máximo da indenização decorrente do inadimplemento. Vale ressaltar, ainda, que o contrato dispõe de outros mecanismos de tutela do crédito, notadamente a execução forçada do contrato.

Diante deste cenário, pergunta-se: uma cláusula de não indenizar celebrada neste contexto contratual é inválida? Entendemos que não. Isto porque as partes fizeram um arranjo de alocação de riscos com base nas informações e dados que possuíam. O devedor, com base em informações sobre o comportamento de sua contraparte em contratos da mesma natureza, avalia como alta a probabilidade de receber uma demanda por alegado descumprimento contratual e de alto impacto uma eventual cobrança de indenização decorrente de reconhecimento de um inadimplemento por dolo ou culpa grave, institutos que, como visto, podem ter a aptidão de desconstituir a cláusula de não indenizar, na modalidade de limitação da indenização, estipulada em seu favor. O credor da indenização, ou seja, a empresa contratante, por sua vez, a partir de uma análise de probabilidade e impacto de não receber o total da indenização a que teria direito, consente com a estipulação, e, em apartado, contrata um seguro para valores que eventualmente excedam o montante definido como máximo de indenização. O cliente também está plenamente satisfeito com as condições comerciais pactuadas. Trata-se, portanto, de um negócio jurídico absolutamente legítimo, não havendo qualquer razão para, de partida, decretar a sua nulidade.

Estipulações desta natureza irradiam interesses legítimos merecedores de tutela, os quais se traduzem na regulação do risco consubstanciado no inadimplemento contratual enquanto evento potencial que pode acometer o contrato. A estipulação decorre de uma análise pragmática de risco que consiste na probabilidade de o inadimplemento ser alegado de uma parte à outra e da incerteza relacionada à apreciação judicial sobre o referido evento, acerca das provas produzidas e do correspondente reconhecimento do dever de indenizar. Essa incerteza é convertida em risco por meio das técnicas de probabilidade e impacto, o qual é livremente gerenciado pelos contraentes, como expressamente autoriza o Art. 421-A, inciso II, do CC/02, trazido pela Lei de Liberdade Econômica

Vale lembrar que as hipóteses trazidas neste trabalho pressupõem que os agentes participantes da relação jurídico-contratual são agentes econômicos empresariais em equivalentes condições de negociação (*equal bargaining power*), num ambiente caracterizado por sua paridade, sendo certo que em muitos casos são assessorados por consultores jurídicos especializados, do que se depreende a sua absoluta aptidão para compreender o cenário de riscos e sua efetiva alocação, no pleno exercício da autonomia privada. Não há em que se falar, dadas as circunstâncias e fundamentos acima trazidos, que estamos diante de iniciativas que afrontam a ordem pública.

Diante de todo o exposto neste item, tendo como premissa a noção fenomenológica de risco, perfilhamos o entendimento de que a cláusula de não indenizar poderá ser pactuada para

os casos envolvendo dolo ou culpa grave se for possível depreender, no caso concreto, interesses jurídicos merecedores de tutela, os quais podem ser manifestar no contexto de uma equação racional e gestão de riscos emergentes de contratos empresariais, os quais são depreendidos da análise de probabilidade e impacto dos potenciais eventos antevistos, permitindo a seus analistas, as partes contratantes, uma tomada de decisão baseada na utilidade esperada.

5.2 Revisão do Requisito da Ordem Pública

As cláusulas excludentes e limitativas do dever de indenizar também devem ser reputadas como ilícitas quando importarem na violação de normas de ordem pública e/ou quando contrariarem normas cogentes[833].

Neste sentido, a invalidade dos negócios jurídicos por violação à ordem pública decorre expressamente do Art. 2.035, parágrafo único, de acordo com o qual "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública [...]." No mesmo sentido, o Art. 17 do Decreto-Lei nº 4.657/42, conhecido como "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro", dispõe que "as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes." Vale dizer, ainda, que, nos termos do Art. 166, inciso VI, do CC/02, será nula a convenção que "tiver por objetivo fraudar lei imperativa". Por fim, o Art. 3º, VIII[834] da Lei de Liberdade Econômica, ressalva a ordem pública na liberdade de estipulação de negócios jurídicos empresariais.

Uma vez constatada a natureza de ordem pública de uma determinada norma, esta gozará de natureza cogente e, por decorrência, não poderá ser afastada pela vontade das partes

---

833 Em nossa visão, os referidos institutos são distintos, embora exista uma equivalência de efeitos jurídicos, notadamente em matéria de negócios jurídicos. Segundo Roberto Brebbia: "*todas las leyes de orden público son imperativas, pero no ocurre a la inversa, toda vez que el legislador puede acordar imperatividad absoluta a ciertas leyes, para proteger intereses particulares, sin que tengan por sutento la noción de orden público. […]. Además, las simples leyes imperativas y las de orden público diferen en su operatividad, encuanto las segundas, a diferencia de las primeras, no exigen una prohibición expresa o implícita para producir la nulidad o ineficacia del acto*" (BREBBIA, Roberto. *Intento de caracterización jurídica de la noción de orden público*. *In*: AMEAL, Oscar J. **Derecho privado**. Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 91).

834 "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...); VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública; [...]".

e, caso gere direito subjetivo, não poderá ser objeto de renúncia[835]. As normas de ordem pública são sempre imperativas ou proibitivas, o que significa que se impõem, obrigatoriamente, a todos os indivíduos, inderrogáveis que são pela vontade privada.

Vale dizer que o requisito relativo à não violação de normas de ordem pública e/ou de natureza cogente usualmente atribuído à cláusula de não indenizar pela doutrina especializada é comum a todos os negócios jurídicos. Não há dúvida sobre isso e não pretendemos nos estender acerca deste aspecto[836].

Em matéria de cláusula de não indenizar, contudo, o que consideramos relevante sobre a vedação à sua estipulação quando consubstanciar uma violação à ordem pública e/ou a normas imperativas, diz respeito ao conceito e alcance de tais institutos, notadamente quando se injeta a noção de fenomenológica de risco, suas dimensões (probabilidade e impacto) e possibilidade de sua livre regulação, conforme tutelado no arcabouço normativo vigente, no ambiente dos contratos empresariais. A questão que se coloca, portanto, é sobre o alcance do conceito de ordem pública dentro da órbita da estipulação da cláusula de não indenizar em contratos empresariais. A proposta desta tese é, a partir da compreensão de risco e sua alocação, demonstrar que o conceito de ordem pública para os negócios jurídicos em geral não é o mesmo a ser aplicado quando se tratar de cláusula de não indenizar em contratos empresariais.

A noção de ordem pública usualmente é atribuída à proteção de interesses públicos consubstanciados na preservação de determinados valores que permitem "garantir e assegurar a existência do corpo social, base do ordenamento jurídico".[837] Seu conteúdo é dinâmico e contingente, passando por constante evolução axiológica e hermenêutica à medida do desenvolvimento do pensamento social estabelecido em cada período de sua história. Por esta essência dinâmica, a doutrina também correlaciona a ordem pública com a noção de bons costumes[838], expressão de cunho sociológico e, por esta razão, também passível de adaptação e transformação ao longo do tempo.

---

[835] NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Introdução à ciência do Direito privado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 133.

[836] Por todos, fazemos referência à seguinte passagem de José de Aguiar Dias: "Prosseguindo, dissemos que não é admissível cláusula de irresponsabilidade com infração aos princípios de ordem pública e aos bons costumes, como não seria, mesmo sem atentado a essas normas, quando proibida pela lei positiva em atenção a motivos políticos, no tocante a certos contratos. Não há novidade nenhuma Nessa exigência, que é comum a qualquer contrato" (AGUIAR DIAS, José de. Cláusula de não-indenizar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 119, p. 6, set. 1948.

[837] SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1988, p. 48. v. I.

[838] "A propósito, é nesse sentido que a ideia de ordem pública também abrange claramente as noções de soberania nacional e de bons costumes, embora a doutrina procure conferir autonomia a tais conceitos" (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Bahia: JusPodivm, 2009, p. 535).

Sobre o princípio da ordem pública, trazemos abaixo o escólio de Roberto de Ruggiero, que reforça a sua natureza dinâmica:

> O princípio de ordem pública é em si mutável e contingente, mudando ao passo que mudam a constituição orgânica da sociedade, as diversas fases da consciência coletiva de cada povo e o convencimento que cada agregado social tem, no decorrer dos vários períodos de sua história, do que é ou do que deva ser a utilidade geral. Por isso não há legislação alguma que fixe em prescrições positivas quais sejam os princípios de ordem pública, que resultem do caráter de inderrogabilidade que tem a própria norma ou do complexo de todas elas e do sistema orgânico de cada ordenamento.[839]

É de se reconhecer, nesta direção, que a noção de ordem pública do século XX certamente é diferente da que se mostra presente no século XXI, tendo em vista as transformações sociais que sucederam de um período para outro, influenciando na reformulação dos valores que se fazem presente no seio social.

Apesar de seu caráter dinâmico, a doutrina indica algumas matérias que integram a noção de ordem pública. Cunha Gonçalves elenca as seguintes: (1) as normas sobre organização social, como aquelas relativas ao estado da capacidade, à constituição da família e à nacionalidade; (2) as normas de organização política, com as de direito constitucional e administrativo; (3) as normas sobre organização econômica, tais como as relativas à propriedade imobiliária, à taxa de juros, à moeda; (4) as normas sobre moral pública e privada; (5) as normas sobre religião, como as que versam sobre a liberdade de consciência e culto[840].

Tendo em vista seu caráter dinâmico e contingente, é defensável arguir que a noção vigente de ordem pública deve refletir o enaltecimento à autonomia privada proporcionado pela Lei nº 13.874/2019, conhecida pela Lei de Liberdade Econômica, que conferiu maior concretude normativa para determinados axiomas do CC/02, na medida em que: (i) introduziu o parágrafo único ao Art. 421, estabelecendo que "nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual"; (ii) inseriu o Art. 421-A, cujo *caput* preceitua a presunção de paridade nos contratos civis e empresariais, e, no seu inciso II, confere resguardo à alocação de riscos definida pelas partes; e (iii) estabeleceu nova regra interpretativa no Art. 113, § 1º, V, no sentido de que os negócios jurídicos devem ser interpretados de forma a atribuir o sentido de "corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do

---

[839] RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Atual. Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 85. v. 1.
[840] GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito civil em comentário ao Direito civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 1929, p. 409-410. v. 1.

negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração" ; e (iv) regulou em seu Art. 3º, VIII[841], que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes. Este é o contexto normativo de onde se deve extrair a noção de ordem pública e seus potenciais efeitos jurídicos, especialmente no ambiente negocial dos contratos empresariais.

A concepção de ordem pública deve considerar, ainda, a adequada compreensão dos fenômenos fáticos que a norma jurídica busca regular. É o caso da noção de risco, assim entendido como o produto de uma análise objetiva de probabilidade e impacto de um potencial evento adverso. O risco, além de um fato econômico-social, consiste em fenômeno quantificável, depreendido de análises de probabilidade e impacto, de modo que seu produto final é passível de disponibilidade pelos particulares, conforme já defendia o economista Frank H. Knight. A Lei de Liberdade Econômica assegurou expressamente a prerrogativa das partes, notadamente nos contratos empresariais, para regular este fenômeno em atendimento a seus interesses, nos termos do Art. 421, inciso II, do referido diploma legal.

Nesta perspectiva, em matéria de cláusula de não indenizar, deve-se verificar em que medida a sua pactuação por agentes econômicos empresariais em condições paritárias de negociação no bojo de contratos empresariais, após dimensionamento do risco do inadimplemento subjacente à convenção, mediante o exame de seus atributos essenciais (probabilidade e impacto) para a formação de uma matriz de risco, pode significar uma violação à ordem pública de modo a comprometer a validade e/ou eficácia deste negócio jurídico.

Isto porque, uma proibição irrefletida, divorciada das circunstâncias do caso concreto, especialmente quando presentes interesses legítimos merecedores de tutela, pode justamente representar uma violação à mesma ordem pública que o ordenamento busca tutelar, em sua feição asseguradora do legítimo exercício da autonomia privada para a regulação de riscos, conforme densidade normativa trazida pela Lei de Liberdade Econômica.

A partir desta moldura normativa atual, marcada pelo impulso à autonomia privada, entendemos que as restrições ao estabelecimento de negócios jurídicos por agentes econômicos empresariais, em condições paritárias de negociação, devem ser aplicadas em situações excepcionais, dentro do que a lei inequivocamente retira do particular a possibilidade de

[841] "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...]; VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública; [...]".

convenção em sentido diverso dada a sua natureza de ordem pública ou quando se está presente de uma violação de norma imperativa.

E nos ambientes de contratos empresariais, esta constatação se mostra muito remota, pois se fazem presentes agentes econômicos empresariais que buscam exercer suas atividades para maximização do lucro e não pretendem, via de regra, regular operações ilícitas, dada a magnitude econômica subjacente e os riscos associados.

Assim sendo, é inoperante a cláusula de não indenizar que tenha por objetivo excluir ou limitar a indenização por danos existenciais inerentes à pessoa humana, uma vez que a Constituição Federal estabelece como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), assegurando-lhe a correspondente reparação material e moral em caso de sua violação (Art. 5º, V)[842].

A doutrina também elenca como exemplos de violação à ordem pública a cláusula de não indenizar estipulada nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, nos termos do Art. 51, inciso I, com exceção daquelas estipuladas entre fornecedor e consumidor pessoa jurídica, em situações justificáveis[843]; a vedação da modalidade excludente da indenização nos contratos de transporte de pessoas e de suas bagagens, conforme Art. 734 do Código Civil brasileiro[844]; entre outras hipóteses com vedação legal expressa[845]. Fora desses casos, o espaço hermenêutico para se defender violação à ordem pública em operações reguladas por contratos empresariais se mostra bastante reduzido. Aliás, eventual tentativa de invalidar tais negócios jurídicos sob a retórica alegação de violação da ordem pública pode se

---

[842] Neste sentido, António Pinto Monteiro assim se posiciona: "Estando em causa o bem da incolumidade pessoal, não será admitida qualquer cláusula de irresponsabilidade, por evidentes razões de ordem pública, exigindo o respeito da pessoa humana que seja sancionada qualquer imprudência do lesante que cause danos pessoais, prevenindo-se assim atitudes negligentes em face de direitos les plus sacrés, e cuja proteção não poderá ser afectada, aliás, por considerações económicas de mercado." (MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 308).

[843] Wanderley Fernandes enumera esta hipótese dentre algumas, como se depreende da seguinte passagem: "Por derradeiro, não obstante a controvérsia levantada, apresentamos, a título de exemplo, algumas hipóteses em que a convenção não poderá prevalecer em razão de norma cogente em contrário e que já estão ou ainda serão referidas neste livro, como é o caso da vedação contida no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, das normas relativas a danos ambientais, do art. 754 (*sic*) do nosso Código Civil, que veda a exoneração em caso de contrato de transporte, das restrições relacionadas à integridade física da pessoa humana, além de outras hipóteses previstas em lei." (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 205). *e-book*.

[844] O Art. 734 é claro ao dispor que "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."

[845] Por exemplo, o Art. 247 da Lei n. 7.565/86, denominada de "Código Brasileiro de Aeronáutica, estabelece "É nula qualquer cláusula tendente a exonerar de responsabilidade o transportador ou a estabelecer limite de indenização inferior ao previsto neste Capítulo, mas a nulidade da cláusula não acarreta a do contrato, que continuará regido por este Código (artigo 10)".

mostrar, na verdade, contra a ordem pública, por uma ilegal intervenção na autonomia privada, na liberdade econômica e na livre iniciativa, princípios assegurados pela Constituição Federal.

De todo modo, a análise sobre eventual violação de norma de ordem pública e/ou de lei imperativa de caráter mais geral somente poderá ser realizada à luz das circunstâncias do caso concreto, da interpretação das demais normas e princípios aplicáveis aos contratos empresariais, da adequada compreensão do fenômeno do risco no ambiente contratual e, mais importante, da presença de interesses jurídicos merecedores de tutela.

Neste diapasão, a linha desta pesquisa vai na direção de propor uma aclimatação do conceito de ordem pública quando se analisa a cláusula de não indenizar em contratos empresariais, devendo este conceito ser interpretado à luz do atual ambiente normativo caracterizado pela Lei de Liberdade Econômica, pelo anteprojeto de revisão do CC/02 e pela Constituição Federal, especialmente no que tange aos preceitos da liberdade econômica e da livre iniciativa. Lembrando que este trabalho pressupõe uma premissa metodológica importante, qual seja, de que são cláusulas estabelecidas por agentes econômicos empresariais, em equivalentes condições de negociação, que conhecem o risco e seu alcance no âmbito de contratos empresariais que pretendem celebrar[846].

Assim, a análise sobre aderência à ordem pública da cláusula de não indenizar em contratos empresariais deve se dar em consonância com o referido ambiente, não devendo servir como fundamentação retórica divorciada do exame concreto de interesses jurídicos merecedores de tutela, especialmente àqueles associados à alocação de riscos que tal estipulação visa proporcionar.

A ordem pública deve ser compreendida, portanto, a partir da adequada compreensão do fenômeno fático do risco, enquanto produto do binômico probabilidade-impacto, bem como do atual contexto normativo que busca enaltecer, especialmente no âmbito dos contratos empresariais, a autonomia privada sobre a alocação dos riscos emergentes da convenção.

---

[846] Fabio Henrique Peres destaca a importância do ambiente negocial e do efetivo poder negocial das partes na aferição da validade da cláusula de não indenizar, *in verbis*: "É precisamente nesse contexto que se insere a questão acerca da validade das cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar. Consideramos que somente há espaço para a sua admissibilidade no âmbito das relações paritárias, entendidas estas como as situações nas quais as partes se encontram em reais condições de discutir e, conjuntamente, construir o conteúdo negocial, em um processo equitativo, conforme acima procuramos ressaltar. Justifique-se nosso entendimento. Em um contrato negociado, a anuência a uma cláusula de não-indenizar não representa uma imposição do polo mais forte da relação, mas sim resultado de uma decisão fundamentada, sendo a sua inclusão compensada, direta ou indiretamente, por alguma vantagem correlata – como, por exemplo, uma reciprocidade na convenção exoneratória, condições financeiras ou negociais mais benéficas aceitas pela contraparte ou, ainda, uma redução no preço do bem adquirido ou do serviço a ser prestado. Reflete, portanto o expresso consentimento das partes." (PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 137).

E foi exatamente isso que o STJ reconheceu ao julgar a validade da cláusula que afastava o pagamento da indenização, expressamente prevista para contratos de prestação de serviços nos termos do Art. 603 do CC/02, correspondente à retribuição vencida e metade do que corresponderia à remuneração pelos serviços que seriam prestados até o final do prazo contratual[847]. Apesar da expressa disposição legal acerca do ressarcimento e indenização devidos em caso de despedida sem justa causa, a corte entendeu que não havia abusividade na cláusula e que o contrato deve ser cumprido em atenção ao princípio da força obrigatória. Depreende-se do julgado, assim, que o referido dispositivo, ainda que expresso no texto legal, não era de ordem pública naquele ambiente negocial, sendo, portanto, derrogável.

De todo o exposto, uma vez compreendido o alcance do conceito de ordem pública, a partir da noção fenomenológica de risco e da sua livre alocação em contratos empresariais, temos que o recurso a seu fundamento para arguir a invalidade da estipulação tem espaço bastante reduzido no contexto de cláusula de não indenizar pactuada em contratos empresariais, devendo ser um expediente absolutamente excepcional e objeto de demonstração concreta a respeito de quais valores fundamentais à sociedade estão sendo violados pela convenção negociada por agentes econômicos empresariais.

5.3 Revisão do Requisito referente às Obrigações Essenciais do Contrato

Discute-se se a cláusula de não indenizar seria admitida quando tiver por objetivo isentar ou limitar o dever de indenizar resultante do descumprimento de obrigação principal do contrato.

As opiniões que defendem a inoperância da cláusula quando invocada para situações envolvendo inadimplemento de obrigação principal se embasam na necessidade de preservação do vínculo obrigacional, que poderia ser desconfigurado caso se admitisse a isenção e/ou limitação de indenizar resultante da inexecução pelo devedor de uma obrigação compreendida como o cerne do vínculo contratual[848]. Disso decorreria a conclusão de que a referida cláusula

[847] STJ. AgInt no AREsp n. 2.054.403/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/8/2022, DJe de 15/8/2022.
[848] MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 125; VENOSA, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p 60.

somente seria considerada válida quando seu objeto abranger o descumprimento de obrigações acessórias, cuja violação não afetaria a essência do contrato[849].

O referido requisito tem a sua origem no *fundamental breach*, teoria presente nas jurisprudências de Países da *common law*, notadamente no Reino Unido e Estados Unidos, ao longo da segunda metade do século XX, posteriormente explorada pela França e outros países do *civil law*[850]. A teoria é um desenvolvimento da doutrina do *breach of fundamental term*, que se revelava como um parâmetro para aferir a relevância da obrigação descumprida.

A teoria do *fundamental breach*, assim, consistiu numa evolução do *fundamental term*, na medida em que analisava não somente a materialidade da obrigação violada mas a sua aptidão em privar o contrato de seus efeitos essenciais[851]. Em outras palavras, o *breach of fundamental term*, apenas pelo critério da relevância da obrigação, não importaria, necessariamente, um *fundamental breach*, até porque este instituto poderia ser depreendido de infrações contratuais menores acumuladas no programa contratual, que também poderiam privar o negócio de seus efeitos essenciais[852].

Segundo a teoria do *fundamental breach*, portanto, as denominadas *exclusion clauses* seriam inválidas quando comprometessem "*the root of the contract*"[853], ou, em outras palavras, o núcleo essencial do contrato. O exemplo que ilustra a teoria é o caso julgado no Reino Unido entre *George Mitchell (Chesterhall) Ltds. V. Finney Lock Seeds Ltd*., em que a empresa fornecedora de sementes de repolho entregou sementes sem qualquer serventia, sendo imprópria a consumo humano e animal, e busca se valer da cláusula de exclusão da indenização por perdas de produção sofridas pelo autor. A corte decidiu que, em se tratando de fornecimento de produto diferente do contratado, a cláusula não seria operante[854].

---

[849] CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. As garantias e a exclusão da responsabilidade no novo direito brasileiro da compra e venda. *In*: GRUNDMANN, Stefan; SANTOS, Margarida dos (Coord.). **Direito contractual entre liberdade e proteção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 132.

[850] Geneviève Viney e Patrice Jourdan contextualizam a perda do interesse na teoria pela jurisprudência inglesa e o subsequente interesse pelos tribunais franceses. (VINEY, Geneviève; JOURDAN, Patrice. ***Les effets de la responsabilitè***. 2. ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 360-361).

[851] "*The doctrine of fundamental breach was largely the creation of Lord Denning in the 1950s. According to that doctrine, an innocent party could cease performing its obligations under a contract of the other party had committed a breach that was do 'fundamental' that it denied the innocent party of 'substantially the whole' of the contract's benefit. Even if the contract contained a clear and express 'exclusion clause' limiting liability, a fundamental breach allowed a court to refuse to enforce this clause, thereby enabling the innocent party to sue for damages that would have otherwise been excluded"* (GELOWITZ, Mark. A.; MATTHEWS, Ian. C. *Supreme court sounds the death knell for fundamental breach: Tercon Contractors. Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*. ***Banking & Finance Law Review***, [*s. l.*], v. 26, p. 339-340, 2011).

[852] SEFTON-GREEN, Ruth. ***La notion d'obligation fondamentale****: comparaison franco-anglaise*. Paris: L.G.D.J, 1999, p. 110.

[853] YATES, David. ***Exclusion clauses in contracts***. London: Sweeet & Maxwell, 1978, p. 197.

[854] George Mitechell (Chesterhall) Ltd. V. Finney Lock Seeds Ltd. (1981) 1 Lloyds Rep. 476,

Com efeito, a teoria não admitia a frustração do programa contratual em razão da incidência de uma cláusula de não indenizar oposta para o caso de descumprimento da obrigação tida como essencial. A referida teoria também se desdobrava na prerrogativa do credor, uma vez diante de uma cláusula excludente ou limitativa que privasse o contrato de sua essência, de optar pela resolução do contrato, de forma que o contrato e a estipulação restariam desconstituídos[855].

A referida doutrina, após severas críticas relacionadas à ilegítima intervenção judicial em contratos, perdeu força na jurisprudência inglesa, tendo sido fulminada pela lei *Unfair Contract Terms Act 1977*, que trouxe regramento sobre cláusulas abusivas, remetendo o julgador a critérios de julgamento sobre a razoabilidade na estipulação. A doutrina do *fundamental breach* passou a ganhar contornos de instrumento de interpretação sobre a razoabilidade da estipulação[856].

A experiência internacional teve influência na formação do convencimento da doutrina tradicional clássica no Brasil. José de Aguiar Dias, ao listar as hipóteses de nulidade da cláusula de não indenizar, menciona aquelas que importem na "transferência de obrigações essenciais do contratante"[857]. Antônio Junqueira de Azevedo, ao sistematizar os requisitos de validade da cláusula de não indenizar, reputou como nulas as referidas cláusulas quando "isentem de indenização o contratante, em caso de inadimplemento da obrigação principal"[858]. Apesar da advertência de Wanderley Fernandes de que os referidos autores talvez não tenham se referido à proibição irrestrita para a estipulação da cláusula de não indenizar aos descumprimentos de obrigações principais, especialmente na modalidade limitativa[859], é inegável que a doutrina tradicional adota este pressuposto como requisito de validade da estipulação.

Outra corrente doutrinária, por sua vez, traz uma nova abordagem ao tema, advogando pela admissibilidade da cláusula de não indenizar para descumprimento de obrigação principal, sob o fundamento de que (i) o devedor dispõe de outros meios de tutela do crédito, notadamente a execução específica da obrigação; (ii) o direito brasileiro não contém essa vedação à

---

855 BRIDGE, Michael. ***Avoidance for fundamental breach of contract under UN convention of international sale of goods***. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/avoidance-for-fundamental-breach-of-contract-under-the-un-convention-on-the-international-sale-of-goods/435FB4E563EA670C815085A89CB8F8EC. Acesso em: 4 maio 2024.

856 FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 211. *e-book*.

857 AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 672. v. I-II.

858 "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". **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.

859 FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 207-208. *e-book*.

estipulação da cláusula de não indenizar; e (iii) que a função da referida estipulação é justamente gerar previsibilidade da indenização resultante do inadimplemento da obrigação principal.

Fábio Henrique Peres afirma que a análise da validade da cláusula de não indenizar para descumprimentos de obrigações essenciais do contrato deve ser depreendida a partir de uma "aferição casuística da suficiência, ou não, dos demais instrumentos oferecidos pelo ordenamento para tutelar a posição do credor", a exemplo da execução específica[860]. Ou seja, para este autor, havendo outros instrumentos para a tutela do crédito, a cláusula de não indenizar não seria, necessariamente, nula. Outros autores lembram que essa teoria, em determinadas situações, parece ser mais compatível, na verdade, com o estudo sobre a delimitação do objeto contratual, de forma a retirar obrigações capazes de desconfigurar o vínculo contratual[861]. Apesar da semelhança de efeitos práticos, são institutos com estrutura e funções diferentes, como já abordado neste trabalho.

Luiz Octavio Villela de Viana Bandeira sustenta a admissibilidade da cláusula de não indenizar estipulada para inexecução de obrigação principal ao afirmar que "do ponto de vista normativo, não é possível vislumbrar que há uma vedação previamente estabelecida que proíba que cláusula de não indenizar verse sobre obrigações principais do contrato"[862].

Wanderley Fernandes, por sua vez, caminha na direção de sustentar que as cláusulas de limitação ou de exoneração de responsabilidade "têm o propósito de dar previsibilidade no que tange à indenização dos danos, exatamente, em razão do inadimplemento da obrigação principal [...]"[863]. Conclui o referido autor que "nossa posição é a de que não há, no direito brasileiro, fundamento legal que torne nula, *per se*, a cláusula de limitação ou de exoneração de responsabilidade quando ligada ao descumprimento de obrigação principal"[864].

Apesar de rejeitarem a conclusão sobre nulidade da cláusula de não indenizar quando seu objeto envolver obrigação principal, os referidos autores ressaltam que, a depender das circunstâncias do caso, a ineficácia da cláusula poderá ser verificada quando importar na

---

860 PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 185-186.

861 "Exige-se, nessa toada, a diferenciação na disciplina incidente para as cláusulas limitativas do objeto contratual, de um lado, e para as cláusulas excludentes, limitativas do dever de indenizar e penais de perfil limitativo, de outro, afigurando-se o requisito das obrigações essenciais procedente apenas para as primeiras, em conclusão inversa à segunda corrente doutrinária." (CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. **Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar**: releitura dos requisitos tradicionais de validade. Orientador: Gustavo Tepedino, 2018. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 133.

862 BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 169.

863 FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 207. *e-book*.

864 *Idem, ibidem*, p. 209.

desconfiguração da essência e função prático-social do contrato, especialmente se ausentes outros mecanismos de tutela[865]. Os exemplos que ilustram a hipótese seriam os contratos de depósito e estacionamento, que são caracterizados por um dever de guarda essencial, em relação aos quais a obrigação de indenizar está associada à efetividade do próprio negócio[866].

Nesta linha argumentativa, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem proferido decisões que reconhecem a nulidade da cláusula de não indenizar quando a estipulação se refere a obrigações que integram a própria essência do contrato. Foi o caso relativo à contratação de locação de estande e serviços de *marketing* em feira de mecânica, em que o contratado não prestou adequadamente os serviços contratados, uma vez que o estande foi afetado por intenso gotejamento que causou o encharcamento do piso, móveis e equipamentos, impossibilitando o atendimento de clientes e visitantes. Uma vez demandado judicialmente, o contratado alegou a existência de cláusula de não indenizar por danos decorrentes do descumprimento contratual. O tribunal afastou a cláusula de não indenizar sob o fundamento de que a "existência de cláusula de não indenizar que não afasta a responsabilidade civil da contratante por se tratar de obrigação decorrente do próprio núcleo contratual"[867].

Feito esse apanhado acerca das posições doutrinárias sobre o tema, o que se depreende é que ainda não se fez, como proposto neste trabalho, uma análise acerca deste requisito de validade, a partir da perspectiva do fenômeno do risco, depreendido a partir da tangibilização da incerteza por meio das percepções de probabilidade e de impacto, bem como de sua alocação

---

[865] Fábio Henrique Peres se posiciona da seguinte forma, *in verbis*: "Portanto, na linha do que propomos acima, consideramos que não necessariamente serão nulas as cláusulas de não-indenizar que se refiram a obrigações principais de determinado contrato, mas apenas quando tais cláusulas acabem por desconfigurá-lo, extraindo totalmente a eficácia da tutela jurídica e afetando a essência dos aspectos funcionais do contrato. Sugerimos, como critério objetivo para delimitar essa distinção, a aferição casuística da suficiência, ou não, dos demais instrumentos oferecidos pelo ordenamento para tutelar a posição do credor – execução específica, astreintes, cláusula resolutiva expressa ou tácita, exceção do contrato não cumprido e exercício de eventual direito de retenção – e garantir a efetividade da avença contratual." (PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 185-186). No mesmo sentido, alerta Wanderley Fernandes: "No tocante à obrigação principal, nosso propósito foi demonstrar que, no Brasil, não é possível inferir da lei tal restrição. Reconhecemos, no entanto, como se deu com a evolução da matéria nos países de tradição da *common law*, que a violação da obrigação essencial, que retire do negócio sua função econômico-social, deve manter-se como critério relevante de interpretação. O caso concreto poderá ou não determinar a invalidade das cláusulas de limitação ou de exoneração de responsabilidade". (FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 214). *e-book*.

[866] O Superior Tribunal de Justiça já invalidou cláusula de não indenizar de estabelecimento commercial de estacionamento de veículos sob o fundamento de se tratar de obrigação essencial, *in verbis*: "a cláusula de não indenizar não beneficia a empresa que explora comercialmente o estacionamento, considerando que a cobrança pelo serviço prestado configura, claramente, o dever de guarda e vigilância, que não pode ser superado pela isenção expontânea. A empresa que explora o estacionamento, por definição, não pode isentar-se da responsabilidade pela guarda a que se propôs". (STJ, 3a T., Resp 83179/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.09.1997).

[867] TJSP. Apelação Cível 0028496-06.2018.8.26.0100; Relator (a): Thiago de Siqueira; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 17ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/06/2020; Data de Registro: 10/06/2020.

por meio dos contratos empresariais. Sem essa análise, não é possível compreender a verdadeira lógica e função da cláusula de não indenizar. Este trabalho se direciona a este aprofundamento, tendo por finalidade a revisão deste requisito como pressuposto de validade desta importante estipulação.

Quando as partes negociam a cláusula de não indenizar, o fazem a partir de uma reflexão de risco de inadimplemento e do consequente dever de indenizar, considerando as suas dimensões: probabilidade e impacto. Logo, os partícipes da relação jurídica projetam cenários de possíveis inadimplementos (exame de probabilidade) e estimam o montante que poderiam estar expostos em razão de um eventual reconhecimento do dever de indenizar (análise de impacto). Com base nesta análise pragmática de riscos, negociam a sua alocação nas respectivas esferas contratuais, de modo que sabem, na partida, o arranjo contratual acerca do cabimento e alcance da indenização. Uma vez surgido o evento de inadimplemento, conhecem exatamente a regulação contratual acerca da repercussão indenizatória a que estão sujeitos.

Vale dizer que em determinados contratos, dada a sua natureza e complexidade, a cláusula de não indenizar pode integrar a sua causa, ou seja, sua função econômica, de modo que seu afastamento irrefletido tem a capacidade de romper a economia contratual, traduzida pela matriz de riscos, livremente concebida pelos convenentes.

Pensemos, por exemplo, nos contratos de infraestrutura sob a modalidade EPC ou contratos de fusões e aquisições de sociedades em que a estipulação da cláusula de não indenizar é amplamente negociada e integra o racional econômico das referidas operações. No primeiro caso, o construtor visa entabular a cláusula de não indenizar para conter os riscos emergentes de imputações de inadimplemento associadas a seu amplo escopo contratual, que abrange a execução das atividades de *engeneering*, *procurement* e *construction*, coordenação entre essas interfaces e efetiva entrega do empreendimento em operação comercial ou "*turn key*", pela tradução livre para "chave na mão". Havendo convergência de que todas essas atividades representam obrigações principais (e essenciais), isso quer dizer que a cláusula de não indenizar seria inoperante se oposta face a inadimplementos associados a tais atividades? Evidentemente que não, sob pena de desvirtuamento da referida estipulação contratual, fundamental para a viabilidade de projetos e empreendimentos complexos, com alta densidade de riscos. O "Epecista", na hipótese acima, após ter realizado sofisticadas análise de probabilidade e impacto, as quais se converteram em robusta matriz de riscos, busca a cláusula de não indenizar justamente para conter o risco da indenização por perdas e danos que poderá absorver em função do conjunto de atividades que integram seu escopo contratual. E essa cláusula, negociada pelo construtor justamente por considerar alta a probabilidade e relevante impacto associado às

imputações de inadimplemento dada a severidade dos riscos do EPC, passa a integrar o racional econômico do negócio, compondo, inclusive, o seu preço.

De maneira semelhante, propormos a reflexão acerca de contratos de alienação de empresas sob o regime conhecido de "porteira fechada", isto é, o vendedor transfere as ações ao comprador, que passa a assumir o risco do negócio. Usualmente, o comprador toma esta decisão após a realização de uma *due diligence*, que revela a situação econômica, contábil e jurídica da empresa alvo, abrangendo ativos, passivos etc. Esta operação é materializada pela fixação e pagamento de um preço que já reflete deduções das contingências conhecidas e identificadas na *due diligence* e de uma cláusula por meio da qual se estipula que o vendedor não indenizará o comprador por quaisquer contingências, reveladas ou não, materializadas após o fechamento – sendo uma típica causa de exclusão da indenização. Tal estipulação, juntamente com o preço fixado após deduções, passa a integrar a racionalidade econômica da operação. É simples: nesta modalidade de negócio, o comprador assume todos os riscos da empresa adquirida.

Ora, uma vez materializada uma contingência após o fechamento do negócio, assumindo que a revelação de todas as contingências da sociedade-alvo que podem afetar a compra e venda materialize uma obrigação "principal ou "essencial", a juízo do órgão judicante, a cláusula de não indenizar deverá ser reputada como inoperante? Também não nos parece que seja o caso. Trata-se de uma operação lastreada em consciente identificação e quantificação do risco deste tipo de negócio. Assim, o comprador, a partir das informações que teve acesso no âmbito da diligência, pode ter reputado como improvável, ou até mesmo provável mas com baixo impacto, os cenários de materialização de perdas após a consumação da operação, tendo decidido, em razão de tal análise, absorver conscientemente esse risco empresarial e jurídico.

Vale dizer, ainda, que não é de se esperar, num contexto de negociação de contratos empresariais complexos, que uma parte contratante, depois de ter acordado a matriz dos riscos contratuais, mediante a definição do conjunto de deveres, obrigações, garantias, responsabilidades e demais instrumentos de alocação de riscos, incluída a cláusula de não indenizar, se volte em desfavor da contraparte para ver declarada nula ou ineficaz uma disposição livremente pactuada alegando a ilicitude de seu objeto por se referir à obrigação essencial. Tal postura, na visão deste pesquisador, seria uma afronta à boa-fé objetiva, configurando *venire contra factum proprium*[868].

[868] Anderson Schreiber, em sua obra específica sobre o tema, assim explica o instituto do *nemo potest venire contra factum proprium*: "De fato, a proibição de comportamento contraditório não temp or fim a manutenção da

Ademais, a prática contratual tem revelado, especialmente no âmbito de contratos empresariais complexos, a definição de sofisticados arranjos contratuais, com uma rede de deveres e obrigações inter-relacionadas entre si, que torna desafiadora a tarefa de se encontrar uma classificação estática entre aquelas compreendidas como principais e acessórias para efeitos da aferição da validade da cláusula de não indenizar, como proposto pela doutrina tradicional. Trata-se do aspecto dinâmico da relação obrigacional[869], que desafia a mera classificação estática entre principal e acessória[870], e também do que é essencial ou não. Isto porque, a obrigação deve ser compreendida "como uma totalidade, como um complexo de direitos (direitos de crédito, direitos formativos), deveres (principais e secundários, laterais e instrumentais), sujeições, pretensões, obrigações, exceções, ônus jurídicos, legítimas expectativas etc. [...]"[871]. Disso decorre que a definição sobre a essencialidade de tal ou qual obrigação no contexto do programa contratual não é tarefa trivial, e essa incerteza pode e deve ser controlada, mediante a percepção de sua probabilidade e impacto, convertendo-se em risco que é gerido por meio da estipulação de uma cláusula de não indenizar, seja para excluir ou limitar a indenização resultante de eventual alegação de descumprimento de todo o contrato, independentemente de digressões sobre sua materialidade.

Somado a isso, negar validade à cláusula de não indenizar a partir de uma análise estática da estipulação *versus* sua oponibilidade à obrigação essencial, cuja definição é, no mínimo, discutível, parece representar uma postura hermenêutica açodada. O contrato empresarial, a cláusula de não indenizar e os diversos mecanismos contratuais negociados pelas

---

coerência por sis ó, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos. Mais que contra a simples coerência, atenta o venire contra factum proprium à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado." *(*SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: Tutela de Confiança e *Venire Contra Factum Proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 63.

[869] Há autores que destacam a nova da perspectiva da obrigação como processo. Judith Martins-Costa descreve o fenômeno: "Evidentemente, subjaz à noção deste encadear processual uma bem definida perspectiva. O termo 'processo', anota Couto e Silva, era desconhecido dos juristas romanos, tendo surgido na linguagem jurídica pela via do Direito canônico, para indicar, como substantivo de procedere, 'uma séria de atos relacionados entre si, condicionados um ao outro e interdependentes'. Atualmente, no substrato do termo encontra-se uma perspectiva hegeliana, o processo como uma sucessão de atos entre si relacionados e dirigidos a uma finalidade, que os polariza ou atrai. 'Com a expressão 'obrigação como processo' tenciona-se o sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência', o complexo de 'atividades necessárias para a satisfação do interesse do credor', o conjunto de atos interligados que se dirigem ao adimplemento, finalidade precípua da própria existência do vínculo, finalidade que é a ele inerente." (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 396; COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 20).

[870] NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 23.

[871] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 394.

partes, com base em sofisticada matriz de riscos, devem ser analisados a partir de seu conjunto, levando em consideração as circunstâncias negociais e os remédios previstos na lei e no contrato, especialmente àqueles previstos como reações ao inadimplemento.

Adotando como o exemplo o caso acima retratado *George Mitchell (Chesterhall) Ltds. V. Finney Lock Seeds Ltd*., em que a empresa fornecedora de sementes de repolho entregou sementes sem qualquer serventia, sendo imprópria a consumo humano e animal. Trazendo este caso para a lei brasileira, ainda que presente a cláusula de não indenizar, o credor ainda disporia de outros instrumentos legais para a tutela de seu crédito, a exemplo da execução específica da obrigação, de modo a compelir o fornecedor a entregar as sementes com as qualidades especificadas, se desejar manter o contrato válido e eficaz, ou, havendo perda do interesse, pleitear a resolução do contrato por inadimplemento, restituindo às partes ao *status quo ante*, ou seja, o fornecedor devolve o preço que recebeu. Não é verdade, assim, afirmar que o contrato perde a sua função econômica pela simples existência da cláusula de não indenizar.

Outro exemplo que podemos trazer é àquele do contrato de depósito celebrado por agentes econômicos empresariais. Será que a mera inserção de uma cláusula excludente de indenização associado às perdas e danos resultantes do descumprimento do dever essencial de guarda tem o condão de comprometer a função prático-social da estipulação no caso, por exemplo, de perda do bem depositado por culpa do depositário? E se o bem objeto de depósito exigir um dever de cuidado extraordinário, como no caso de produtos químicos, de forma a despertar no depositário o interesse em eximir-se do pagamento de indenização por perdas e danos pelos riscos envolvidos? E se a reputação do depositário for muito respeitada, de forma que o depositante repute como muito improvável a probabilidade de perda do bem e assuma o risco de não ser indenizado pelas perdas e danos? E se este mesmo contrato tiver sido negociado com alto desconto, em contrapartida à estipulação da cláusula? E se o depositante, tendo obtido alto desconto e ciente desta condição exoneratória, optar pela contratação de um seguro específico em apartado para lhe trazer mais segurança? São fatores que devem influenciar na análise sobre a integridade da cláusula, que podem irradiar interesses legítimos merecedores de tutela.

Ainda neste mesmo caso, independentemente da modalidade da cláusula, tem o depositante a prerrogativa de resolver o contrato por inadimplemento absoluto, com eficácia *ex tunc*, hipótese em que teria direito à satisfação pelo equivalente, tendo em vista a impossibilidade de restituição *in natura* do bem depositado, nos termos dos Arts. 239[872] c/c

[872] "Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos."

475[873] do CC/02. Isso porque o "equivalente" não tem nenhuma relação com a indenização por perdas e danos[874], que é o objeto da cláusula de não indenizar. Sendo limitativa a modalidade, o depositante teria direito, ainda, à indenização por perdas e danos comprovadas até o montante fixado como limite.

O que estamos a defender, em linha com a proposta desta tese, é que a cláusula de não indenizar tem por função, justamente, gerar previsibilidade acerca do dever de indenizar resultante da inexecução do contrato, com base numa análise pragmática de risco pelas partes, a partir dos seus atributos essenciais – probabilidade e impacto. Com base nesta análise, conseguem dimensionar objetivamente o risco e distribui-lo em suas respectivas esferas contratuais, expediente este que passa a integrar o racional econômico da operação.

No ambiente dos contratos empresariais, este expediente de alocação de riscos do negócio é ainda mais potencializado. Com efeito, as partes, sociedades empresárias com alta sofisticação na percepção dos riscos do negócio, negociam a cláusula de não indenizar dentro de todo arranjo contratual, certificando-se de que os remédios previstos no referido instrumento são suficientes para a alocação convencional dos riscos emergentes da operação.

Em operações de alta complexidade, vale ressaltar, as partes convenentes, sociedades empresárias que são na busca pelo lucro, têm o incentivo de assegurar a tutela dos direitos e obrigações que julgam ser essenciais para seus interesses[875], e absorvem os riscos relacionados a insuficiência ou ausência de determinadas prerrogativas.

São, ainda, via de regra, assessoradas por consultorias externas, inclusive escritórios de advocacia, que lhe transmitem a exata dimensão da alocação de riscos definida no programa contratual. Ou seja, o juízo de valor sobre obrigação principal e essencial é feito pelas partes e traduzido no conjunto contratual, por meio da estipulação das soluções ali previstas, no livre exercício da autonomia privada, e o resultado disso não deve ser, como regra, objeto de revisão pelo órgão julgador, nos termos do Art. 421-A, caput, e inciso II, do CC/02, de acordo com o qual "alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada".

---

[873] "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."

[874] Araken de Assis afirma que: "Resumindo: à eficácia do mecanismo resolutório, enquanto tal, interessa as recíprocas restituições e a mútua liberação, se um dos parceiros, ou mesmo ambos, deixam de prestar, o direito a perdas e danos não a integra, merecendo tratamento separado." (ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 7. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022. p. 127)

[875] Paula Forgioni destaca este ponto: "A conjunção desses três fatores [racionalidade + busca do autointeresse + escopo de lucro] faz com que a empresa, diante de vários possíveis caminhos, escolha aquele que acredita ser capaz de lhe trazer maiores benefícios. Estratégias são formatadas para obter a maior vantagem econômica possível". (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 127).

Caso se verifique uma aparente "injustiça" relacionada à insuficiência de outros meios de tutela do crédito do credor, esta constatação deverá ser transportada para este sofisticado ambiente dos contratos empresariais, que também admitem riscos relacionados a escolhas erradas ou mal dimensionadas emergentes dos efeitos jurídicos dos contratos, os quais devem ser absorvidos pela parte[876].

Com base em tais fundamentos legais, sendo a cláusula de não indenizar um instrumento lícito de alocação de riscos contratuais, o posicionamento que se busca lançar nesta tese é aquele segundo o qual, no âmbito dos contratos empresariais, a validade e eficácia da cláusula de não indenizar não devem estar sujeitas à uma análise externa e divorciada do contexto transacional sobre a sua oponibilidade à obrigação principal ou essencial do contrato.

A análise sobre a integridade da estipulação, portanto, deverá estar lastreada na compreensão do fenômeno do risco, depreendido da percepção de probabilidade e impacto do inadimplemento, e sua legítima alocação pelas partes em contratos empresariais, no legítimo exercício da autonomia privada, que se projeta na percepção acerca da existência concreta de interesses jurídicos e econômicos merecedores de tutela.

5.4 Revisão do Requisito de Danos Pessoais

As vozes preponderantes da doutrina especializada indicam que as cláusulas de não indenizar devem ser reputadas como inválidas quando tiverem por objetivo exonerar ou limitar o dever de reparar violações à vida e à integridade física das pessoas naturais, os denominados danos pessoais[877].

Aqui mais uma vez cabe a referência ao objeto deste trabalho, que diz respeito à análise do regime jurídico da cláusula de não indenizar estabelecida em contratos empresariais celebrados por agentes econômicos, na forma de sociedades empresárias, que buscam o lucro em suas atividades, dentro de um contexto de ampla possibilidade de negociação.

---

[876] Ao analisar o instituto da lesão nos negócios empresariais, Paula Forgioni critica a intenção de se desconsiderar a força obrigacional de contratos por erro de dimensionamento dos riscos do negócio, *in verbis*: "o agente econômico pode se equivocar em suas jogadas e previsões; a possibilidade do erro é fundamental para o funcionamento do Sistema do direito commercial e não pode ser desprezada pela disciplina dos contratos empresariais." Prossegue a autora reforçando que o erro e a assunção dos riscos fazem parte da dinâmica empresarial: "Um ordenameno que – em nome da proteção do agente econômico mais fraco - neutralizasse demasiadamente os efeitos nefastos do erro para o empresário poderá acabar distorcendo o mercado e enfraquecendo a tutela do crédito" (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 154-157).

[877] PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 146.

Deste modo, no presente item, faremos referência aos aspectos gerais envolvendo a vedação da cláusula de não indenizar para danos às pessoas naturais, conforme já explicitado pela doutrina especializada, mas redirecionaremos o tema aos danos pessoais que podem ser sofridos pelas pessoas jurídicas no âmbito dos referidos contratos empresariais em razão do inadimplemento. Tais danos podem ser objeto de cláusula de não indenizar em contratos empresariais. Isso que buscará demonstrar a seguir.

Neste contexto, afirma-se que o conceito de dano pessoal abrange a violação aos bens jurídicos inerentes aos sujeitos de direito e, nas palavras de Rui Stocco, "subdivide-se em dano físico ou corporal e dano moral ou anímico"[878].

Alberto Trabucchi exemplifica como hipótese de nulidade da cláusula de não indenizar a situação em que a estipulação tiver a aptidão de comprometer a reparação à violação da integridade física do outro, sendo inadmissível a exoneração de responsabilidade por danos à pessoa humana[879].

No mesmo sentido, António Pinto Monteiro é categórico na afirmação de que as cláusulas exoneratórias e limitativas não encontram respaldo quando se refiram a danos pessoais, *in verbis*:

> Estando em causa o bem da incolumidade pessoal, não será admitida qualquer cláusula de irresponsabilidade, por evidentes razões de ordem pública, exigindo o respeito da pessoa humana que seja sancionada qualquer imprudência do lesante que cause danos pessoais, prevenindo-se assim atitudes negligentes em face de direitos *les plus sacrés*, e cuja proteção não poderá ser afectada, aliás, por considerações económicas de mercado.[880]

É o mesmo posicionamento, na doutrina nacional, de Letícia Marques de Avelar, que assim afirma:

> Em suma, o que conclui é que as cláusulas de não indenizar e as limitativas do dever de indenizar não serão admitidas quando pretenderem afastar ou mitigar a indenização por danos (sejam eles morais ou patrimoniais) causados diretamente às pessoas naturais, ou danos às coisas de pessoas naturais cujo reflexo constitua dano moral.[881]

---

878 STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 1.180.

879 "*È parimenti nullo il patto che exonera o limita la responsabilità per fatti del debitore (o dei suoi ausiliari) che costituiscono violazione di obbligui derivante da norme di ordine pubblico (as es. quelli attinenti all salvaguarda dell'altrui intregrità física, per cui è invalida la clausole di esonero de responsabilità per danni ala persona*" (TRABUCCHI, Alberto. ***Istituzioni di Diritto civile***. 43. ed. Padova: CEDAM, 2007, p. 694).

880 MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 308.

881 AVELAR, Letícia Marquez. **A cláusula de não indenizar**: uma exceção do Direito contratual à regra da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 2012, p. 227.

A fundamentação reside, precipuamente, no princípio da dignidade da pessoa humana e na indisponibilidade dos bens jurídicos e direitos tutelados[882], os quais são aspectos que integram a ordem pública. Neste sentido, Antônio Junqueira de Azevedo afirma que a proibição "resulta da Constituição da República, porque tais cláusulas ferem o princípio maior do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, combinado com o art. 5º, caput, ambos da Constituição da República)."[883]

De fato, pelas mesmas razões expostas pelos demais doutrinadores, entendemos que, quando a indenização emergir em razão de danos pessoais sofridos pela vítima por ato praticado pelo agente ofensor, a cláusula de não indenizar deverá ser reputada como inválida, por ilicitude do objeto, conforme preconizam os Arts. 104, II[884], combinado com Art. 166, II[885], e, também, por afronta à ordem pública, nos termos do parágrafo único do Art. 2.035[886], todos do CC/02, e do Art. 3º, VIII[887] da Lei de Liberdade Econômica. O risco decorrente da prática de um ato ilícito que venha a causar danos pessoais não está, via de regra, na esfera de disponibilidade da autonomia privada das partes.

A este respeito, especificamente no âmbito dos contratos de transporte de pessoas, o CC/02 vedou expressamente as cláusulas exoneratórias para danos causados às pessoas e suas bagagens nos contratos de transporte, conforme se extrai do Art. 734, *caput*, do CC/02[888].

---

882 A questão da indisponibilidade do direito à indenização decorrente da violação dos danos pessoais é bem explorada por Letícia Marques de Avelar na seguinte passagem: "Eis aí, então, as premissas para a inadmissibilidade da exclusão e da limitação convencionais do dever de indenizar quando se refiram a danos pessoais: é que, tal como a transação, essas convenções não podem ter por objeto direitos indisponíveis; são indisponíveis, dentre outros, os direitos da personalidade; logo, os direitos da personalidade não podem ser objeto da cláusula de não indenizar ou da cláusula limitativa do dever de indenizar". (AVELAR, Letícia Marquez. **A cláusula de não indenizar**: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 2012, p. 220).

883 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". **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.

884 "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: […]; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;"

885 "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: […]; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;"

886 "Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

887 "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...]; VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública;"

888 "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."

Contudo, no âmbito de danos pessoais emergentes de inadimplemento de obrigações estabelecidas em contratos de lucro, incluindo àqueles denominados de contratos empresariais estabelecidos por sociedades empresárias, a investigação jurídico-científica deve considerar outros fatores.

Neste sentido, apesar de críticas da doutrina[889], a jurisprudência assegura a reparação por danos morais às pessoas jurídicas, conforme se depreende da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça[890].

Não é objeto deste trabalho discorrer sobre o cabimento de danos morais às pessoas jurídicas, mas é forçoso reconhecer que os fundamentos que vedam a cláusula de não indenizar oponível a danos pessoais sofridos por pessoas naturais certamente não se aplicam à hipótese de danos morais sofridos por pessoas jurídicas, especialmente se resultantes do inadimplemento de obrigações previstas em contratos empresariais.

Isto porque, em primeiro lugar, enquanto nas pessoas naturais se visa tutelar aspectos da dignidade da pessoa humana, nas pessoas jurídicas o que se busca proteger é a honra objetiva, que está associada a aspectos reputacionais, os quais se circunscrevem a repercussões meramente patrimoniais[891], dado que a pessoa jurídica não goza de proteção relativa à dignidade da pessoa humana[892]. O Enunciado 286 da IV Jornada de Direito Civil (2006) vai na mesma direção ao esclarecer que "Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos".

Fábio Henrique Peres também se posiciona favoravelmente à estipulação de cláusula de não indenizar para danos morais causados à pessoa jurídica, *in verbis*:

> Partindo, assim, da premissa de que, à luz da interpretação majoritária do ordenamento jurídico vigente, as pessoas jurídicas são suscetíveis de sofrer danos de natureza extrapatrimonial, entendemos que eventual convenção exonerando parcial ou totalmente determinado agente do dever de reparar tais

---

889 TEPEDINO, Gustavo. Prefácio à Alexandre Assumpção: **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

890 Segundo a súmula: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

891 "Cabe frisar, neste passo, que os efeitos danosos que se podem registrar na pessoa jurídica, em virtude da lesão de direito, tanto em bens jurídicos patrimoniais como extrapatrimoniais, serão sempre de índole patrimonial. E aqui mostra-se irrefutavelmente claro que efeito moral, À semelhança do dano moral das pessoas físicas (que em sua concepção clássica se consubstancia na dor), não pode existir. Restaria tão-só o dano patrimonial a ser indenizado (diminuição de clientela – redução de lucros), em virtude da exclusão da outra espécie" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 75).

892 O Enunciado 286 da IV Jornada de Direito Civil (2006) vai na mesma direação ao esclarecer que "Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos".

> danos não esbarra na noção de ordem pública nem tampouco – desnecessário afirmar – no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pelo que tais cláusulas devem ser plenamente admitidas, uma vez observados os demais requisitos de validade de que vimos tratando ao longo do presente capítulo.[893]

No universo das pessoas jurídicas, os eventuais danos praticados contra tais entes, verdadeiras abstrações jurídicas, são de natureza essencialmente patrimonial, na medida em que as pessoas jurídicas não gozam dos atributos inerentes às pessoas naturais, cujas violações fazem emergir os danos extrapatrimoniais a estes sujeitos de direito.

Em segundo lugar, as hipóteses de danos extrapatrimoniais resultantes do inadimplemento contratual são extremamente remotas, se limitando aos casos em que "se caracteriza uma significativa e anormal violação a direito de personalidade, e, na hipótese de tratar-se de pessoa jurídica, deve representar significativo abalo à reputação, respeitabilidade e credibilidade da empresa, isto é, à sua honra objetiva", conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça[894]. E, ainda, nesses casos, os potenciais danos à pessoa jurídica são revestidos de natureza patrimonial, sendo, portanto, absolutamente disponíveis.

Partindo do pressuposto de que os danos morais podem resultar do inadimplemento e serem exigidos do devedor, é de se concluir que este resultado é uma incerteza emergente da convenção que, uma vez examinada sob as perspectivas de sua probabilidade e impacto, podem ser convertidas em risco tangível, permitindo, assim, a sua adequada gestão e alocação por meio de contratos empresariais. Neste sentido, reputando o devedor que este risco é de média probabilidade e de alto impacto, uma das medidas que dispõe para gerenciá-lo é por meio da estipulação de uma cláusula de não indenizar seja para excluir esta rubrica da indenização ou para limitar seu alcance. Não nos parece que, no universo de contratos empresariais celebrados por tais agentes, este tipo de estipulação possa gerar qualquer perturbação de ordem pública, até porque, diga-se de passagem, são direitos patrimoniais disponíveis, especialmente quando se referem a pessoas jurídicas.

No julgado proferido no Recurso Especial 1.989.291-SP[895], o STJ decidiu pela validade da cláusula de não indenizar limitada a US$ 1 milhão de dólares estabelecida entre a Hewlett-Packard Brasil TODA e a RC Sistemas Ltda. em contrato de distribuição e

---

[893] PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 152.
[894] STJ. REsp n. 1.658.692 – MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento 06/06/2017, Dje 12/06/2017.
[895] STJ. REsp n. 1.989.291/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator para acórdão Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 23/11/2023.

representação comercial estabelecido entre as partes, abrangendo os danos morais resultantes do inadimplemento.

Tendo os apontamentos acima em perspectiva, imagine-se o seguinte exemplo: uma determinada empresa A contrata a empresa B para veicular a sua marca num determinado evento beneficente, de modo a agregar valor reputacional, e convencionam uma cláusula de limitação de indenização até o valor máximo pago no patrocínio, abrangendo danos materiais e morais. Sucede que a empresa B administrou precariamente a realização do evento, cuja percepção pública foi muito ruim, afetando a reputação de seu patrocinador, que se sentiu violado em sua honra objetiva. A cláusula de não indenizar estipulada em benefício da empresa B é válida e eficaz no referido caso? Entendemos que sim. Isto porque o risco de eventual performance precária da empresa B, além de repercutir efeitos meramente patrimoniais na empresa A (perda de clientes, receitas etc), consiste em risco tangível e dimensionável por meio das atribuições de probabilidade e impacto, e, por esta razão, era passível de alocação entre as partes convenentes, não havendo razão jurídica para seu impedimento. Vale dizer que, segundo Art. 421, parágrafo único, nas relações contratuais privadas, prevalece o princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão. Na mesma direção, o Art. 421-A, *caput*, deixa claro que nos contratos empresariais, presume-se a paridade e simetria, de modo que os agentes econômicos que figuram como partes em tais negócios sabem exatamente os efeitos produzidos por esta cláusula, cuja essência passa a integrar a função econômica do contrato.

Neste contexto, a grande ponderação que se deve fazer no exame da admissibilidade da cláusula de não indenizar quando se tratar de danos extrapatrimoniais às pessoas jurídicas, especialmente no contexto de contratos empresariais, é se a sua estipulação tem em sua causa interesses merecedores de tutela, considerando as circunstâncias do caso concreto. Germana Carlotta Adriano destaca este ponto:

> Non è cioè questione di giudicare se il rispettivo valore econômico dele prestazioni sai adeguato, ma di capire se l'operazione econômica sai coerente alle utilità ed ai vantaggi anche non patrimonial che le parti intendono conseguire mediante il contrato. Com ciò si vuole intendere che il giudizio sulla liceità dele pattuizioni esonerative o limitative dela responsabilità deve fondarsi sulla verifica de uma congruità tra concreto assetto di interessi, patrimonial e non patrimonial, voluto dalle parti e causa del negozio, intesa come la sua funzione econômico individuale.[896]

[896] ADRIANO, Germana Carlotta. ***Clausole de esonero e di limitazione dela responsabilità civile***. Aracne: Roma, 2009, p. 16.

E a compreensão do fenômeno do risco pode ajudar substancialmente na avaliação acerca da presença ou não de tais interesses merecedores de tutela na cláusula de não indenizar pactuada para exonerar ou mitigar danos extrapatrimoniais potencialmente decorrentes do inadimplemento de contratos empresariais.

Sendo um aspecto resultante de uma análise pragmática de probabilidade e impacto de um evento, a depender das circunstâncias do caso concreto, da efetiva disponibilidade dos interesses em jogo e da boa-fé que orbita a negociação, a cláusula de não indenizar estipulada para abranger danos à personalidade nesses casos encontra respaldo legal. Voltamos a citar a doutrina italiana:

> In questa eventualità l'attività di valutazione è guidata, piú ancora che nel caso precedente, dalle clausole generali e segnatamente dal critério dela meritovolezza degli interessi e dal principio di buona fede, ala stregua dei quali potrà essere valutata la ammissibilità dela ripartizione dei rischi cosí come determinata dalla clausola di irresponsabilità voluta dalle parti.[897]

Em suma, entendemos que a cláusula de não indenizar pactuada em contratos empresariais, celebrados por agentes econômicos em condições paritárias de negociação, que tenha em seu objeto a exclusão ou a limitação de danos extrapatrimoniais, é plenamente válida, por se tratar de um típico negócio de alocação de riscos emergentes da convenção, não havendo qualquer razão objetiva para vedar a sua estipulação.

5.5 O exame concreto da validade da cláusula de não indenizar: a percepção de risco em contratos empresariais

Ao longo do presente Capítulo 5, buscou-se discorrer sobre os requisitos de validade consagradamente atribuídos pela doutrina clássica à cláusula de não indenizar, propondo a sua revisão a partir da noção fenomenológica de risco em contratos empresariais. Demonstrou-se, assim, que, a depender das circunstâncias do caso concreto, no ambiente dos contratos empresariais a aplicação de tais requisitos poderá deixar de ser exigida pelo operador do Direito, na medida em que verificado um legítimo exercício de alocação de riscos emergentes da convenção, fazendo irradiar a presença de interesses jurídicos merecedores de tutela.

Isto porque o risco, enquanto fato econômico e social, consiste no produto tangível e quantificável obtido pela análise científica de probabilidade e impacto de ocorrência de um ou

---

[897] ADRIANO, Germana Carlotta. ***Clausole de esonero e di limitazione dela responsabilità civile***. Aracne: Roma, 2009, p. 24.

mais eventos adversos futuros que podem recair sobre em uma dada situação sob análise, os quais são analisados a partir da utilidade atribuída pelo seu analista. Sendo um produto mensurável, este pode ser livremente alocado pelas partes, notadamente no ecossistema dos contratos empresariais, dentro da órbita da autonomia privada, conforme preconiza o Art. 421-A, inciso II, da Lei de Liberdade Econômica.

Como explicado ao longo do presente trabalho, os contratos empresariais são caracterizados pelo intuito do lucro, sendo certo que os agentes econômicos, quando se lançam a negociar e celebrar negócios jurídicos, estão orientados pela política de gestão de riscos de suas organizações, sendo absolutamente conhecedores das circunstâncias negociais em que os contratos são entabulados e dos respectivos efeitos jurídicos.

No âmbito de tais contratos, os agentes praticam, a todo momento, análises racionais sobre os benefícios e desvatangens associados à celebração do contrato e de suas estipulações, numa típica análise de utilidade que embasa o processo de tomada de decisão. É exatamente o que ocorre com a cláusula de não indenizar, isto é, devedor busca, de um lado, excluir ou limitar seu dever de indenizar, e, por outro, assumir um escopo obrigacional mais abrangente; ao passo que o credor, ao consentir com cláusulas desta natureza, busca alguma vantagem que julga superior à renúncia total ou parcial de seu crédito indenizatório. Este jogo de percepção de riscos deve ser preservado nos contratos empresariais, sendo este o comando da Lei de Liberdade Econômica.

Isso quer dizer que a cláusula de não indenizar não está sujeita a qualquer regramento acerca de sua validade? Evidentemente que não. A cláusula de não indenizar deverá ser examinada à luz da técnica de eliminação prograssiva, abrangendo os planos de existência, validade e eficácia, que é exigida para todo e qualquer negócio jurídico. Havendo interesses jurídicos mercedores de tutela, os quais podem ser depreendidos pela constatação de um exercício de alocação de riscos lastreado na boa-fé objetiva, não haverá razão para impor a observância dos requisitos de validade usualmente definidos pela doutrina tradicional.

Eventuais práticas abusivas, divorciadas de qualquer análise racional de riscos no processo de tomada de decisão, continuarão merecendo a reprimenda do aparato jurídico da ordenação civil, fazendo incidir as regras repressivas aplicáveis, com destaque ao art. 187 do CC/02, segundo o qual comete ato ilícito "o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

Mais uma vez vale frisar que a solução residirá na adequada compreensão do risco em contratos empresariais como o produto tangível e quantificável obtido pela análise científica de

probabilidade e impacto de ocorrência de um ou mais eventos adversos futuros que podem recair sobre em uma dada situação sob análise, os quais são analisados a partir da utilidade atribuída pelo seu analista. O risco, desta forma, passa a ser visualizado como um interesse econômico passível de regulação privada, materializando-se, ainda, como, um interesse jurídico merecedor de tutela.

CONCLUSÕES

Como anunciado na Introdução, este trabalho teve como objetivo geral responder à seguinte indagação: os requisitos de validade da cláusula de não indenizar devem ser revistos a partir da noção fenomenológica de risco e de sua aplicação no ambiente dos contratos empresariais?

A conclusão alcançada por este pesquisador é no sentido de que os referidos requisitos podem ser revistos, na medida em que se encontram divorciados da compreensão do fenômeno do risco, enquanto produto da análise de probabilidade e impacto, que é passível de livre regulação em contratos empresariais, conforme expressamente preconiza a Lei de Liberdade Econômica.

Para alcançar o objetivo geral de responder à questão acima veiculada, este trabalho percorreu etapas de construções argumentativas avaliadas como essenciais para demonstrar a proposta de revisão dos referidos requisitos.

Inicialmente, debruçou-se sobre a cláusula de não indenizar em si, elucidando suas modalidades, tipos, distinções em relação a institutos afins, alcance em relação aos danos decorrentes de responsabilidade extracontratual, natureza jurídica, regime jurídico geral e interpretação. De partida, foram apresentados, em caráter introdutório, os requisitos de validade da cláusula de não indenizar, como atribuídos pela doutrina tradicional, momento em que também se anunciou o objetivo buscado por esta tese.

Em seguida, o trabalho abordou o risco enquanto fenômeno fático-social, propondo que a sua definição fosse depreendida como o produto tangível e quantificável obtido pela análise científica de probabilidade e impacto de ocorrência de um ou mais eventos adversos futuros que podem recair sobre uma dada situação sob análise – no caso desta obra seriam os eventos que podem acometer o programa contratual, com destaque para o inadimplemento e seus efeitos. Esta abordagem permitiu compreender o risco como um interesse jurídico e econômico tangível, que pode ser objeto de livre regulação e alocação por agentes econômicos. Trata-se, portanto, de um interesse jurídico merecedor de tutela. E fazem isso de diversas maneiras, inclusive por meio do ato de contratar, aqui abrangida a negociação e estipulação de uma cláusula de não indenizar.

Passo seguinte consistiu em delimitar o território normativo em que este trabalho se localiza – os contratos empresariais. Tais contratos seguem uma lógica própria, sendo estabelecidos por agentes econômicos em busca da maximização dos seus interesses econômicos. A autonomia privada nos contratos empresariais assume grande densidade

normativa de modo que seu conteúdo e alcance se projetam a fronteiras mais expandidas, especialmente no que tange à regulação de riscos contratuais, como é o caso do risco da indenização por inadimplemento contratual. A alocação de riscos como expressão da autonomia privada em contratos empresariais foi erigida a princípio contratual pela Lei de Liberdade Econômica, trazendo ainda mais densidade e concretude jurídica a este expediente no bojo de tais contratos. Disso decorre que o inadimplemento e a indenização dele resultante devem ser compreendidos como riscos passíveis de livre alocação pelas partes contratantes, inclusive por meio da cláusula de não indenizar.

Essa abordagem foi essencial para compreender as características de tais contratos, notadamente o perfil de seus contraentes e a finalidade por eles perseguida nesses sofisticados arranjos contratuais, trazendo um lastro normativo para justificar a proposta de revisão dos requisitos da cláusula de não indenizar estipulada em tal ambiente de negócios.

Nas seções subsequentes, este trabalho pretendeu endereçar o objetivo específico de demonstrar como o risco enquanto fenômeno fático-social pode ser regulado na ciência jurídica contratual, abrangendo (i) institutos que têm o risco em seu núcleo essencial; e (ii) a regulação do inadimplemento e de seus diversos efeitos pelos agentes econômicos empresariais, já que se tratam, rigorosamente, de riscos emergentes do programa contratual.

A abordagem relativa a institutos que têm o risco em sua essência e métodos contratuais sedimentados usados por agentes econômicos para a sua regulação se mostrou crucial para consolidar a ideia segundo a qual o ordenamento jurídico pressupõe a regulação convencional do risco por meio de institutos diversos, não havendo grandes digressões sobre aderência à ordem pública, considerando os interesses em jogo. O risco, mais uma vez, se revelando como um interesse jurídico merecedor de tutela.

Numa outra vertente argumentativa, a digressão sobre a possibilidade de regulação contratual do risco do inadimplemento e dos seus diversos efeitos permitiu alcançar o convencimento de que a cláusula de não indenizar é mais uma das diversas modalidades de métodos contratuais que servem a este propósito, de modo que seus requisitos de validade devem ser aderentes à esta compreensão reveladora, e não servirem de ilegítimo óbice à sua adoção em ambientes empresariais.

No Capítulo 5, alcançou-se o propósito do presente trabalho, qual seja, a apresentação da proposta de revisão dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar em contratos empresariais a partir da noção fenomenológica de risco. Os requisitos que foram objeto da proposta de revisão foram: (1) seu pacto não deve prevalecer nos casos de dolo ou culpa grave; (2) a estipulação não pode violar ordem pública e/ou normas cogentes; (3) sua celebração não

pode prevalecer em face de obrigações essenciais do contrato; e (4) a cláusula não pode ter como objeto a indenização decorrente de danos pessoais.

A partir de uma análise individual, buscou-se demonstrar como cada um dos requisitos não se mostra aderente à noção fenomenológica de risco (aqui o risco do inadimplemento e da indenização resultante) e da concepção sobre a sua livre regulação em contratos empresariais. Em cada um dos casos foram trazidos exemplos de cláusulas de não indenizar que, embora pudessem ter sua integridade jurídica questionada se confrontada com tais requisitos, demonstraram a presença de interesses jurídicos merecedores de tutela, os quais se encontram consubstanciados na percepção de risco das partes, depreendida da análise racional de probabilidade e impacto do evento adverso do inadimplemento, não se justificando a sua aplicação naquela situação jurídica.

Até mesmo para situações hipotéticas de eventuais alegações de dolo e culpa grave na inexecução contratual, que são situações que despertam mais desconfiança sobre a possibilidade de estipulação da cláusula de não indenizar, conseguiu-se indicar, por meio de situações jurídicas específicas, a possibilidade de verificação de interesses jurídicos merecedores de tutela que justificam a sua conservação, e não a decretação de sua invalidade, sem uma análise detida do caso concreto. Tudo com base na compreensão do inadimplemento e da indenização dele resultante como riscos objetivamente verificáveis, depreendidos de análise racional de probabilidade e impacto, os quais são regulados pela cláusula de não indenizar em contratos empresariais.

Em suma, a conclusão alcançada por esta tese foi no sentido de que os requisitos de validade da cláusula de não indenizar como atribuídos pela doutrina tradicional podem ser revistos para que não representem uma interferência indevida do Estado na liberdade econômica e autonomia privada dos agentes econômicos empresariais. Isso significa que não existem limites à autonomia privada para estipulação da cláusula de não indenizar em contratos empresariais? Não. O exame de integridade da cláusula será unicamente àquele aplicável aos negócios jurídicos em geral, tendo como pilar hermenêutico estruturante a efetiva presença de interesses jurídicos merecedores de tutela, que podem ser depreendidos da investigação sobre o cálculo de risco, enquanto fator aferido a partir da análise racional de probabilidade e impacto, e de sua livre alocação pelos agentes econômicos em contratos empresariais, segundo a utilidade esperada dentro do processo de tomada de decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMS, John. ***Risk***. London: UCL Press, 1996.

ADRIANO, Germana Carlotta. ***Clausole de esonero e di limitazione dela responsabilità civile***. Aracne: Roma, 2009.

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. I-II.

AGUIAR DIAS, José de. Cláusula de não-indenizar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 119, p. 6, set. 1948.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Comentários ao novo Código civil: da extinção do contrato. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI. t. II.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos III**: contratos de liberdade, de cooperação e de risco. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ALPA, Guido. Rischio. ***Enciclopedia del Diritto***. Milano: Giuffrè, 1989. v. 40.

ALVIM. Agostinho. **Da inexecução contratual e suas consequências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

AMIGO, Garcia. ***Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual***. Madrid: Tecnos, 1965.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. II.

ASSI, Marcos. **Gestão de riscos com controles internos**: ferramentas, certificações e métodos para garantir a eficiência dos negócios. 2. ed. São Paulo: Saint Paul, 2021.

ASSIS, André Pacheco; FRANCIS, Fernando Olavo; RABECHINI JUNIOR, Roque. **Gestão de riscos**: empreendimentos complexos. Curitiba: CRV, 2019.

ASSIS, Araken de. Comentários ao art. 476 do Código civil. *In*: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). **Comentários ao Código civil brasileiro**. v. V (Arts. 421 a 578). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 7. Ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022.

AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009.

AVELAR, Letícia Marquez. **A cláusula de não indenizar**: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEREDO PERDIGÃO, José de. O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 6, n. 3-4, p. 25-63, 1946.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; Teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva – "*Laesio enormis*". *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2014.

AZEVEDO, Antonio 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. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, abr./jun. 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo: Edição do Autor, 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade da cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração da culpa grave em caso de responsabilidade profissional. *In*: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que

Contribui para Inadimplemento Contratual". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Insuficiências, deficiências e desatualizações do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos**. Revista dos tribunais, ano 89, volume 775, maio 2000, p. 11 a 17.

AZEVEDO, Ciro Rangel. Notas sobre Contratos EPC. **Âmbito Jurídico**, [*s. l.*], v. 198, 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/notas-sobre-contratos-epc/. Acesso em: 20 set. 2023.

AZEVEDO, Ciro Rangel; LEON, Gustavo Amado. Seguro de responsabilidade civil como instrumento de gestão de riscos do segurado. **Revista Jurídica de Seguros**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 135-152, nov. 2022.

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes**. São Paulo: Almedina, 2020.

BAKER, Tom. *Uncertainty and insurance law*. *In*: TZIRULNIK, Ernesto; SANSEVERINO, Paulo de Tarso; SILVA, João Nuno Calvão da; OLIVEIRA, Inaê Siqueira de (Orgs.). **Direito do Seguro: II Congresso Internacional de Direito do Seguro VIII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho CJF/STJ/IBDS**. São Paulo: Roncarati, 2022.

BANDEIRA, Luiz Octavio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016.

BANDEIRA, Paula Greco. **Contratos incompletos**. São Paulo: Atlas, 2015.

BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. **Civilística.com**, [*s. l.*], a.1, n. 2, 2012.

BANDEIRA, Paula Greco. O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 195-208, jan./mar. 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENNATI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual (com a correspondência entre os preceitos do Direito Italiano e do Direito Português)**. Tradução de Vera Jardim e Miguel Caieiro. Coimbra: Almedina, 1970.

BENETTI, Giovana. **Dolo no Direito civil**: uma análise da omissão das informações. São Paulo: Quarter Latin, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da 'Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019). *In:* SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. p. 123-152.

BERNSTEIN, Peter L. ***Against the Gods****: the remarkable story of risk*. New York: Wiley & Sons, 1996.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. v. I.

BIANCA, C. Massimo. ***Dell'inadempimento delle obbligazioni, art. 1218-1229****: commentario del Codice Civile*. SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (a cura). Bologna: Nicola Zanichelli, 1967.

BIANCA, C. Massimo. ***Diritto civile***: **la responsabilità**. Milano: Giuffrè, 1997. v. 5.

BIANCA, C. Massimo. ***Diritto civile: il contratto***. Milano: Giuffrè, 1998, v. 3.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil nas atividades perigosas. *In*: CAHALI, Youssef Said. **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *In*: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BORGE, Dan. ***The book of risk***. New York: John Wiley & Sons, 2001.

BRANCHER, Paulo M. R.. A adoção da cláusula de "melhores práticas" na implantação de projetos de tecnologia e seus efeitos em situações de litígio. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, v. 11, p. 107-123, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037exposicaodemotivos-157846-pe.html. Acesso em: 15 maio 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de revisão do Código Civil de 2002**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/txtmat?codmat=159721. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Comissões**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/ comissoes/txtmat?codmat =159721. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, 12 set. 1990, p. 1; ret. 10 jan. 2007, p. 1.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção I, Brasília, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de revisão do Código Civil de 2002**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/txtmat?codmat=159721. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASKEM. **Política global de gestão de riscos**. Disponível em https://www.braskem-ri.com.br/a-companhia/estatutos-e-politicas/. Acesso em: 24 dez. 2023.

BREBBIA, Roberto. *Intento de caracterización jurídica de la noción de orden público. In*: AMEAL, Oscar J. ***Derecho privado***. Buenos Aires: Depalma, 2001.

BRIDGE, Michael. ***Avoidance for fundamental breach of contract under UN convention of international sale of goods***. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/avoidance-for-fundamental-breach-of-contract-under-the-un-convention-on-the-international-sale-of-goods/435FB4E563EA670C815085A89CB8F8EC. Acesso em: 4 maio 2024.

BRUSEKE, Franz Josef. Risco e contingência. **Societec *e-prints***, v. 1, n. 2, p. 35-48, 2005.

BURANELLO, Renato Macedo. **Do contrato de seguro**: o seguro garantia de obrigações contratuais. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CARBONAR, Dante Olavo Frazon. **Cláusula de não indenizar**: características, modalidades, requisitos de validade e interpretação. Orientador: Arruda Alvim. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

CARNELUTTI, Francesco. ***Il danno e il reato***. Padova: Cedam, 1926.

CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2016.

CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. **Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar**: releitura dos requisitos tradicionais de validade. Orientador: Gustavo Tepedino. 2018. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. As garantias e a exclusão da responsabilidade no novo direito brasileiro da compra e venda. *In*: GRUNDMANN, Stefan; SANTOS, Margarida dos (Coord.). **Direito contractual entre liberdade e proteção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos**. Coimbra: Almedina, 2008.

CERVASIO, Daniel Bucar; TERRA, Aline Miranda Valverde. Autonomia privada e prazos prescricionais. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-19, set./dez. 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. ***Istituzioni di diritto processuale civile***. Napoli: Jovene, 1993. v. 2.

CHIRONI, Gian Pietro. ***La colpa nel diritto civile odierno****: colpa contrattuale*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **"*Law & Economics*"**. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008.

COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. A cláusula de remédio exclusivo e a resolução do contrato por inadimplemento. *In*: ADAMEK, Marcelo Vieira von; PEREIRA, Rafael Setoguti J. (Coords.). **Fusões e aquisições (M&A)**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

COSTA, José Eduardo da. **Evicção nos contratos onerosos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Mariana Fontes da. **Da alteração superveniente das circunstâncias**: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2019.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

D'ANGELO, Andrea; MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. ***Buona fede e giustizia conttratuale****: modelli cooperative e modelli conflituali a confronto*. Turim: Giappicheli, 2005.

DEZEM, Renata Mota Macial Madeira; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. A responsabilidade civil sob o aspeto econômico. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, São Paulo, v. 3, p. 100-130, 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)**. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. II.

DI MARZIO, Fabrizio. Verso il nuovo diritto dei contratti. *In*: DI MARZIO, Fabrizio (Org.). ***Il nuovo diritto dei contratti***. Milano: Giuffrè, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 426.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONNINI, Rogério. Prevenção dos danos e a extensão do *princípio neminem laedere*. *In*: DONNINI, Rogério; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 483-503.

DONNINI, Rogério. O Direito na perspectiva lúdica e a necessidade de *fair play*. Cooperação, probidade e a verdade relativa do observador. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 318, p. 103-117, 2021.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil na pós-modernidade**: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

EROLES, Pedro. **Boa-fé objetiva nos contratos**: especificação normativa, cogência e dispositividade. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

EWALD, François. *Insurance and risk*. *In*: BURCHELL, Graham; GORDON, Colin; MILLER, Peter. ***The Focault effect***. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil**: contratos. teoria geral e contratos em espécie. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FERNANDES, Wanderley. Caso fortuito e força maior: um assunto antigo que permanece moderno. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. *e-book*.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Do dolo. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Orgs.). **Teoria geral do Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

FICHTNER, Regis. **A responsabilidade civil pré-contratual**. Rio de Janeiro: Processo, 2023.

FONSECA, Amoldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. **Direito de retenção**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FRANZOLIN, Cláudio José. **Inadimplemento dos deveres anexos decorrentes do contrato**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

GELOWITZ, Mark. A.; MATTHEWS, Ian. C. *Supreme court sounds the death knell for fundamental breach: Tercon Contractors. Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*. ***Banking & Finance Law Review***, [*s. l.*], v. 26, p. 339-340, 2011.

GIDDENS, Anthony. ***Runaway world**: how globalisation is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000.

GIL, Fábio. **A onerosidade excessiva em contratos de *engineering***. Orientador: Raquel Sztjan. 2007. 143f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GOMES, Milton Carvalho. Riscos e incertezas em contratos públicos de concessão: uma análise econômica da repartição de responsabilidades. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 6, n. 4, p. 2179-2239, 2020.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. III.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito civil em comentário ao Direito civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 1929. v. 1.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. **Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração, teoria da imprevisão e fato do príncipe, o Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUILHARDI, Pedro. Breve panorama das garantias especiais impróprias e o controle de risco. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023.

HACKING, Ian. **The taming of chance**. New York: Cambridge University Press, 1990.

HARRIS, Donald R.; VELJANOVSKI, Cento G. The use of economics to elucidate legal concepts, the law of contract. *In*: DAINTITH, Terence; TEUBNER, Gunther (Eds.). ***Contract and organization**: legal analysis in the light of economic and social theory*. Berlin-New York: De Gruyter, 1986. p. 109-120.

JUSTINO, Manoel. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KEYNES, John Maynard. *The General Theory of Employment.* ***Quaterly Journal of Economics***, [*s. l.*], n. 51, p. 209-233, 1937.

KNIGHT, Frank H. ***Risk, uncertainty and profit***. New York: Dover, 2006.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Diéz-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil (Parte general)**. Tradução em espanhol e notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LATA, Natalia Alvarez. ***Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil***. Orientador: José Maria Pena Lopez. 1997. 586f. Tese de doutoramento. Coruña: Faculdad de Derecho a Coruña, 1997.

LAUTENSCHLEGER JUNIOR, Nilson. Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira: permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio empresarial? **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 41, n. 125, p. 14, 2002.

LEÃO, Luiz Gastão Paes de Barros. O seguro-garantia sob a modalidade de antecipação de pagamentos. *In*: WALD, Arnoldo (Org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 863-874. v. 4.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Evicção e processo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA REGO, Margarida. **Contrato de seguro e terceiros**: estudo de Direito civil. Coimbra: Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. II).

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOTUFO, Renan. **Direito civil constitucional**: caderno 1. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 9.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LUHMANN, Niklas. ***Risk****: a sociological theory*. Tradução do alemão para o inglês de Rhodes Barrel. New Brunswick: Transaction Publishers, 2008.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Trad. De Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAIA, Paulo Carneiro. **Da cláusula *rebus sic stantibus***, Tese de Concurso de Professor Titular, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1959.

MAIA, Roberta Mauro Medina. Critérios para alocação dos riscos de evicção de direito nos contratos imobiliários. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coords.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023.

MARCONDES, Sylvio. Do conceito de empresa. *In*: MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Comentário ao artigo 421-A do Código Civil: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coords). **Direito Privado na Lei de Liberdade Econômica: Comentários**. São Paulo: Almedina, 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 45, p. 213-244, 1989.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil**: arts. 389 a 420. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V. t. II.

MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. Crise e perturbações no cumprimento da obrigação. **Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quarter Latin, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no Direto brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, v. 923, p. 115-144, 2012.

MARTINS -COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. A origem e eficácia da lei da liberdade econômica. In: MARTINS -COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coords). **Direito Privado na Lei de Liberdade Econômica: Comentários**. São Paulo: Almedina, 2022.

MARTINS-COSTA, Judith; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coords.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. I.

MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, 2006.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. A cláusula de não indenizar e a obrigação de construir com segurança e solidez. **Migalhas de Peso**, [*s. l.*], 1 jun. 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/387514/clausula-de-nao-indenizar-e-obrigacao-de-construir-com-seguranca. Acesso em: 21 jul. 2023.

MATTEWS, Robert. **As Leis do Acaso**: como a probabilidade pode nos ajudar a compreender a incerteza. Tradução de George Schlesinger. Revisão técnica Samuel Jurkiewicz. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

MAYER FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar. O contrato como regulador e como produtor de riscos. **Prim@ Facie**, [*s. l.*], v. 4, n. 6, p. 62-85, 2010.

MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; CHABAS, François. ***Leçons de Droit civil**: Obligations. Théorie generale*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1. t. II.

MELO, Diogo Leonardo Machado. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). **Teoria geral dos contratos**, São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil**: contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELO, Pedro. **A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas**. Coimbra: Almedina, 2011.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MIRAGEM, Bruno. Seguro de grandes riscos: disciplina jurídica no Direito brasileiro atual. *In*: TZIRULNIK, Ernesto; SANSEVERINO, Paulo de Tarso; SILVA, João Nuno Calvão da; OLIVEIRA, Inaê Siqueira de (Orgs.). **Direito do Seguro: II Congresso Internacional de Direito do Seguro VIII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho CJF/STJ/IBDS**. São Paulo: Roncarati, 2022.

MLODINOW, Leonard. **O andar do bêbado**: como o acaso determina nossas vidas. Tradução de Diego Afaro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

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

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *In*: LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de Direito civil constitucional**: caderno 2. Curitiba: Juruá, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano. *In*: NANNI, Giovanni Etore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2013.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Introdução à ciência do direito privado**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Comentário ao artigo 113 §§1º e 2º do Código Civil: interpretação contratual a partir da lei da liberdade econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coords). **Direito Privado na Lei de Liberdade Econômica: Comentários**. São Paulo: Almedina, 2022.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a Estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Amanda Flavio de. Lei de Liberdade Econômica: constitucionalidade apontamentos acerca da constitucionalidade material da Lei n. 13.874/2019. *In:* SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

OLIVEIRA, Nuno Manoel Pinto. **Cláusulas acessórias ao contrato**: cláusulas de exclusão e limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Cláusulas acessórias ao contrato**: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

PARGENDLER, Mariana. 1. Comentário ao Artigo 49-A do Código Civil: a autonomia patrimonial da pessoa jurídica. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (Coords.). **Direito privado na Lei da Liberdade Econômica**: comentários. São Paulo: Almedina, 2022.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições**: contratos. 23. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2019. v. III.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. II).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. 10. ed. São Paulo: Forense, 2001. v. III.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PEREIRA, Vinicius. **Cláusula de não indenizar**: entre riscos e equilíbrio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PERLATI, Renan Varollo. As cláusulas de remédio único e o dolo no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, ed. esp. – M&A. v. 182/183, p. 159-194, ago. 2021/jul. 2022.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLMAN, Marcelo; PEREIRA, Rafael Stoguti J. A cláusula de indenização nos contratos de M&A como mecanismo de alocação de riscos. **Migalhas de Peso**, [*s. l.*], 21 ago. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/332311/a-clausula-de-indenizacao-nos-contratos-de-m-a-como-mecanismo-de-alocacao-de-riscos. Acesso em: 30 set. 2023.

PERRI, Cláudia Haidamus. **Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais**. Orientador: Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi. 2017. 212f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Núcleo de Pesquisa em Direito Civil, São Paulo, 2017.

PETERSEN, Luiza. **O risco no contrato de seguro**. São Paulo: Roncarati, 2018.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito civil**. 3. ed., 5. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. Dissertação apresentada ao 6. ano de Ciências Histórico-Jurídicas no ano letivo de 1959-60. *In*: **Suplemento XIV do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, 1966.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. **M&A Arbitration**: cláusulas de limitação de responsabilidade. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=gLSNXuvG9RY&t=4444s. Acesso em: 12 jan. 2024.

PINTO, Paulo Mota. O contrato como instrumento de gestão do risco de "alteração das circunstâncias". *In*: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). **O contrato na gestão e na garantia da equidade**. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

PIRES, Catarina Monteiro. **Aquisições de empresas e de participações acionistas**: problemas e litígios. Coimbra: Almedina, 2018.

PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de "remédio" único. *In*: MONTEIRO, Antonio [*et al.*]. **Encontros de Direito civil**: a tutela dos credores. Lisboa: Universidade Católica, 2020.

PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 35, n. 3027.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 5.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Tomo III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. Atualizado por Marco Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. IV.

PONZANELLI, Guilio. ***Le clausole di esonero dalla responsabilità civile**: studio di diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1984.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Bahia: JusPodivm, 2009.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2016.

PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 1985.

PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2020.

PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. **DL n. 446/85, de 25 de outubro**. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 2 maio 2024.

REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, data de 16 de Janeiro de 1975. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, ed. esp., parte 1, p. 9-34, fev./jun. 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, João Ricardo de Azevedo; MACIEL, Cristina Rangel. Indenização por perdas pós-fechamento e contratos de compra e venda de participação societária. **Revista de Direito Societário e M&A**, São Paulo, v. 2, p. 1-11, jul./dez. 2022.

RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução de Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937.

RISCO. *In*: **Michaelis**, [*s. l.*], 2004. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/palavra/V4j7A/risco-2/. Acesso em: 13 maio 2024.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: normas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e Pós-Modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Almedina: Coimbra, 2009.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

RUPERTO, Cesare. ***La giurisprudenza sul codice civile coordinata com la dottrina***. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 467. Libro IV. t. I.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa; BRAGANÇA, Gabriel de Orleans. O empresário no Código Civil: um conceito superado. *In*: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (Orgs.). **A evolução do direito empresarial e obrigacional**: 18 anos do Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 163-178. v. 1.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Orientador: Maria Celina Bodin de Moraes. 2011. 258f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; LOPES, Maria. Notas sobre a responsabilidade contratual do alienante pela violação das cláusulas de declarações e garantias nos contratos de alienação de participação societária representativa de controle. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 24, p. 257, abr./jun. 2020.

SAVATIER, René. ***Traité de la responsabilité em droit français***. 2.ed. Paris: Librairie Generale de Droit, 1951. t. 1.

SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: Tutela de Confiança e *Venire Contra Factum Proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHREIBER, Anderson [*et al.*]. **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. ***Interpretazione del contrato e interessi dei contraenti***. Pádua: CEDAN, 1992.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Risarcimento del danno*. *In*: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dir.). ***Novissimo Digesto italiano***. Torino: UTET, 1969. v. 16.

SEFTON-GREEN, Ruth. ***La notion d'obligation fondamentale****: comparaison franco-anglaise*. Paris: L.G.D.J, 1999.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 1.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1988. v. I.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito civil**: fontes das obrigações: contratos. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. III.

SILVA, Alexandre Couto. **Responsabilidade dos administradores de S/A***: Business Judgment Rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 78, p. 43-83, jun. 2017.

SILVA, Rodrigo da Guia; SILVA, Jeniffer Gomes da. Cláusulas *Solve Et Repete*: perspectivas de atuação da autonomia privada na (de)limitação das exceções oponíveis pelo devedor. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 17-18, jan./abr. 2020).

SODERO FILHO, Fernando Pereira. **Garantias das operações de crédito**. São Paulo: Cadernos IBCB, 1990.

STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quarter Latin, 2014.

STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. Revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/2002. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2003. v. 1.

TEMPLE, Maíra de Melo Vieira. Validade e eficácia da cláusula denominada *pró-sandbagging* nos contratos de compra e venda de participação societária sujeitos ao direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 178-179, p. 359, ago. 2019/jul. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. X.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Lais. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. *In:* SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. p. 487-510.

TEPEDINO, Gustavo. Prefácio à Alexandre Assumpção: **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Forum, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021. Disponível em: https://civilistica.com/excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-coligacao/. Acesso em: 18 jun. 2024.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Vol. 6. Out/Dez 2015.

TOLEDO DA SILVA, Leonardo. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. *In:* TOLEDO DA SILVA, Leonardo (Coord.). **Direito e infraestrutura**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

TRABUCCHI, Alberto. ***Istituzioni di diritto civile***. 43. ed. Padova: CEDAM, 2007.

TRIMARCHI, Pietro. ***Il contrato****: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffré, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flavio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VASCONCELOS, Miguel Pestana de. Riscos das Garantias e riscos dos credores. O eterno jogo de xadrez. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda de; PIRES, Catarina Monteiro (Coord.). **Riscos no Direito privado e na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023.

VENOSA, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VILLA, Íñigo Mateo y. ***El derecho de retención***. Navarra: Aranzadi, 2014.

VINEY, Geneviève; JOURDAN, Patrice. ***Les effets de la responsabilitè***. 2. ed. Paris: LGDJ, 2001.

WALD, Arnoldo. **A cláusula de escala móvel**: um meio de defesa contra a depreciação monetária. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

WALD, Arnold. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 131-138, jul./set. 2015.

WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

YATES, David. ***Exclusion clauses in contracts***. London: Sweeet & Maxwell, 1978.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público Privada (PPP)**: risco e incerteza. São Paulo: Quarter Latin, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A cláusula resolutiva expressa na lei e nos tribunais: o caso do termo de ocupação. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.