

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA
Professor Emérito na Universidade Federal do Rio de Janeiro e na
Universidade Federal de Minas Gerais

CAMPOS SCAFF E PEÑA
ADVOGADOS

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

11.^a edição

VOLUME II

Teoria Geral de Obrigações

FORENSE

INSTITUIÇÕES

DE

DIREITO CIVIL

Nº 1052

um tarifamento para os atos lesivos, como se fosse possível dizer que a uma tal ofensa corresponde um qual padrão pecuniário.

A idéia da reparação, no plano patrimonial, tem o valor de um correspectivo, e liga-se à própria noção de patrimônio. Verificado que a conduta antijurídica do agente provocou-lhe uma diminuição, a indenização traz o sentido de restaurar, de restabelecer o equilíbrio, e de reintegrar-lhe a cota correspondente ao prejuízo. Para a fixação do valor da reparação do dano moral, não será esta a idéia-força. Não é assente na noção de contrapartida, pois que o prejuízo moral não é suscetível de avaliação em sentido estrito. E tão remoto deve ser o conceito de restabelecimento de valores que a jurisprudência francesa tem sido às vezes informada pela tendência de considerar meramente simbólica a reparação por dano moral, com a singela condenação do agente na quantia de um *franco*.³¹ Não há, contudo, razão para que assim se proceda. Apagando do ressarcimento do dano moral a influência da indenização, na acepção tradicional, como técnica de afastar ou abolir o prejuízo, o que há de preponderar é um jogo duplo de noções; a) De um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia; não se trata de imiscuir na reparação uma expressão meramente simbólica, e, por esta razão, a sua condenação não pode deixar de considerar as condições econômicas e sociais dele, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério de aferição subjetivo; mas não vai aqui uma confusão entre responsabilidade penal e civil, que bem se diversificam; a punição do ofensor envolve uma sanção de natureza econômica, em benefício da vítima, à qual se sujeita o que causou dano moral a outrem por um erro de conduta. b) De outro lado proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondolhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém uma ensanchar de reparação da afronta; mas reparar pode traduzir, num sentido mais amplo, a substituição por um equivalente, e este, que a quantia em dinheiro proporciona, representa-se pela possibilidade de obtenção de satisfações de toda espécie, como dizem MAZEAUD et MAZEAUD, tanto materiais quanto intelectuais, e menos morais.³² c) A essas motivações, acrescenta-se o gesto de solidariedade à vítima, que a sociedade lhe deve (AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Responsabilidade Civil*). Em doutrina, consequentemente, hão de distinguir-se as duas figuras, da indenização por prejuízo material e da reparação do dano moral: a primeira é reintegração pecuniária ou ressarcimento *stricto sensu*, ao passo que

³¹ MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons*, II, n.º 421.

a segunda é sanção civil direta ao ofensor ou reparação da ofensa, e, por isto mesmo, liquida-se na proporção da lesão sofrida.³³ d) Em terceiro lugar, a reparação por dano moral envolve a idéia de "solidariedade" à vítima, em razão da ofensa que sofreu a um bem jurídico lesado pelo agente.

E, se em qualquer caso se dá à vítima uma reparação de *domno vitando*, e não de *lucro capiendo*, mais que nunca há de estar presente a preocupação de conter a reparação dentro do razoável, para que jamais se converta em fonte de enriquecimento.³⁴

Na elaboração de nosso Anteprojeto de Código de Obrigações, tivemos ensejo de consignar em preceito os princípios doutrinários que defendemos, assentando, no art. 916, que o dano moral será ressarcido, independentemente do prejuízo material. E o Projeto consignou norma, art. 856.

O argumento contrário à reparação do dano moral, fundado na inexistência de preceituação genérica, cai por terra em face do disposto no art. 5.º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988 (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Responsabilidade Civil*, n.º 48).

177. Inimputabilidade: caso fortuito e força maior. Eliminação do risco

Como já vimos, é pressuposto essencial da reparação, em regra, a *imputabilidade* da falta, contratual ou extracontratual, ao agente. A contrario *sensu*, faltando a imputabilidade, descabe indenização. Se, então, a prestação se impossibilita, não pelo fato do devedor, mas por imposição de acontecimento estranho ao seu poder, extingue-se a obrigação, sem que caiba ao credor ressarcimento. O Direito romano, na sua lógica impecável, já figurava a liberação do devedor, admitindo a exoneração quando o descumprimento provinha do *fortuito* ou do acaso, exprimindo-o sucintamente, em termos que até hoje se repetem: *casus a nullo praestantur*.

Os romanistas, contudo, travam-se de razões que vêm até os civilistas, divididos em dois planos, no tocante à sua caracterização jurídica. De um lado, os que compõem a corrente *subjetivista*, encabeçada por GOLDSCHMIDT, justificam a exoneração do devedor à vista dos extremos

³³ GUIDO GENTILE, *Il Danno non Patrimoniale nel Nuovo Codice delle Obligazioni*, pág. 2.

³⁴ Cf., a respeito da reparação do dano moral: MAZEAUD et MAZEAUD, *Responsabilité Civile*, I, ns. 292 a 335; MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons*, II, ns. 417 e segs.; AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, II, n.º 226; HANS ALBRECHT FISCHER, *A Reparação dos Danos no Direito Civil*, págs. 229 e segs.; AGOSTINHO ALVIM, *Da Inexecução das Obrigações*, ns. 156 e segs.; DE CUPIS, *Il Danno*, pág. 30; GUIDO GENTILE, *Il Danno non Patrimoniale nel Nuovo Codice delle Obligazioni*; AMÍLCAR DE CASTRO, voto in *Revista Forense*, vol. 93, pág. 528; WILSON MELO DA SILVA, *O Dano Moral e sua Reparação*; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e Prática das Obrigações*, II, ns. 477 e segs.; JEAN VAN RYN, *Responsabilité Aquilienne et Contrats*, n.º 41; EDUARDO PONASI BENUCCI, *La Responsabilité Civile*, n.º 19; HENRI LALOU, *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, ns. 149 e segs.; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Responsabilidade*

de sua diligência, confundindo a força maior com a ausência de culpa. Esta escola peca do defeito de conspícua extremação: é demasiado rigorosa ao determinar que somente começa a *vis maior* onde acaba a culpa; e é excessivamente perigosa, porque admite a oscilação do critério judicante em função das aptidões individuais do devedor. De outro lado, planta-se a escola *objetivista*, liderada por EXNER, assentando a imputabilidade como regra e concedendo a liberação do devedor somente na hipótese de surgir um evento cuja fatalidade se evidencie ao primeiro surto ocular, obstando a execução e afastando a idéia de responsabilidade. Esta corrente é forte para sobrepor-se à primeira, pecando entretanto da falha de abandonar as circunstâncias pessoais, inequivocamente ponderáveis na apuração da responsabilidade do agente.³⁵

Consagrando o nosso Direito o princípio da exoneração pela inimputabilidade (Código Civil, art. 1.058; Anteprojeto, art. 921; Projeto, art. 860) enuncia-se em tese a irresponsabilidade do devedor pelos prejuízos, quando resultam de *caso fortuito* ou de *força maior*. Não distingue a lei a *vis maior* do *casus*, e assim procede avisadamente, pois que nem a doutrina moderna nem as fontes clássicas têm operado uma diversificação bastante nítida de uma e outra figura. Costuma-se dizer que o *caso fortuito* é o acontecimento natural, ou o evento derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio do céu, a inundação, o terremoto. E, mais particularmente, conceitua-se a *força maior* como o *damnum* que é originado do fato de outrem, como a invasão do território, a guerra, a revolução, o ato emanado da autoridade (*factum principis*), a desapropriação, o furto etc.³⁶ Outras distinções, e não poucas, apontam-se ainda, sem contudo oferecerem gabarito determinante e hábil a efetuar a diferenciação.³⁷ Preferível será mesmo, ainda com a ressalva de que pode haver um critério distintivo abstrato, admitir que na prática

³⁵ Cf., sobre a caracterização da força maior: AGOSTINHO ALVIM, n.º 207; ANDRÉ TUNC, "Force Majeure et Absence de Faute en Matière Contractuelle", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1945, pág. 235; ESMEIN, "Le Fondement de la Responsabilité", in *Revue Trimestrielle*, 1933, pág. 627; MAZEAUD et MAZEAUD, *Responsabilité Civile*, II, ns. 1.552 e segs.; ALFREDO COLMO, *Obligaciones*, ns. 116 e segs.; LALOU, *Responsabilité Civile*, ns. 270 e segs.; SOURDAT, *Traité Général de la Responsabilité*, I, n.º 645; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Obrigações*, II, ns. 460, e segs.; ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, ns. 89 e segs.; RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile*, ns. 182 e segs.

³⁶ RUGGIERO e MAROI, loc. cit.

os dois termos correspondem a um só conceito (COLMO), unitariamente considerado no seu significado negativo da imputabilidade.³⁸

Sem descer a uma distinção que destaque os extremos do caso fortuito e da força maior, o legislador de 1916 os reuniu como uma causa idêntica de exoneração do devedor e resolução absoluta da obrigação, o que para o Direito suíço já foi igualmente notado.³⁹ Conceituou-os em conjunto como o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (Código Civil, art. 1.058, paráq. único), conceito que bem se ajusta à noção doutrinária, abrangente de todo evento não imputável, que obsta ao cumprimento da obrigação sem culpa do devedor.⁴⁰ Aprofundando na dissecção do princípio, o doutrina sustenta que o legislador pátrio filiou-se ao conceito objetivista.⁴¹ Basta, pois, apurar os requisitos genéricos: a) *Necessariedade*. Não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, bastante para liberar o devedor, porém aquele que impossibilita o cumprimento da obrigação. Se o devedor não pode prestar por uma razão pessoal, ainda que relevante, nem por isto fica exonerado, de vez que estava adstrito ao cumprimento, e tinha de tudo prever e a tudo prover, para realizar a prestação. Se esta se dificulta ou se torna excessivamente onerosa, não há força maior ou caso fortuito. Para que se ache exonerado, é indispensável que o obstáculo seja estranho ao seu poder, e a ele seja imposto pelo acontecimento natural ou pelo fato de terceiro, de modo a constituir uma barreira intransponível à execução da obrigação. b) *Inevitabilidade*. Mas não basta que à sua vontade ou à sua diligência se anteponha a força do evento extraordinário. Requer-se, ainda, que não haja meios de evitar ou de impedir os seus efeitos, e estes interfiram com a execução do obrigado. Muito freqüente é, ainda, encontrar-se, entre os doutrinadores, referência à *imprevisibilidade* do acontecimento, como termo de sua extremação. Não nos parece cabível a exigência, porque, mesmo previsível o evento, se surgiu como força indomável e inarredável, e obstou ao cumprimento da obrigação, o devedor não responde pelo prejuízo. Às vezes a imprevisibilidade determina a *inevitabilidade*, e, então, compõe a etiologia desta. O que não há mister é ser destacado como elemento de sua constituição.⁴²

³⁸ TRABUCCHI, *Istituzioni*, n.º 236.

³⁹ HUDELLOT et METMANN, *Obligations*, n.º 240.

⁴⁰ AURELIO CANDIAN, in *Nuovo Digesto Italiano*, vb. "Caso Fortuito".

⁴¹ CLÓVIS BEVILÁQUA, Comentário ao art. 1.058, in vol. IV, pág. 216; ARNOLDO

Na elaboração do Anteprojeto, alinhamos entre as escusativas da responsabilidade a força maior e o fortuito, abstendo-nos de defini-los, e ressaltando que deixam de eximir o agente nos casos previstos em lei, salvo passada a inevitabilidade. Assim é que o devedor em mora responde pelo fortuito, salvo provando que o dano ocorreria ainda que cumprisse em tempo.

Como se vê, da formulação de seus contornos e da análise de seus extremos não se pode munir o julgador de um padrão abstrato a que ajustar o fato, para decretar a exoneração do devedor. Ao contrário, cada hipótese terá de ser ponderada segundo as circunstâncias que lhe são peculiares, e em cada uma ter-se-á de examinar a ocorrência do obstáculo necessário e inevitável à execução do devido. Pode até acontecer que o mesmo evento, que facultou a um devedor o cumprimento, para outro já se erija com aquelas características de impedir a prestação. Não vemos aí a instituição de um novo requisito na etiologia da *vis maior*, senão a determinação de que os seus elementos sejam apurados sem subordinação a um critério inflexível. Ao revés, elástico deve ser. Se a inevitabilidade fosse absoluta, então o fortuito não precisaria de apuração. Por ser relativa, e por admitir que o que um devedor tem força para vencer outro não domina, é que o critério de apuração dos requisitos obedece a um confronto com as circunstâncias especiais de cada caso. Daí admitir-se, mais modernamente, a necessidade de aliar à concepção objetivista um certo tempero subjetivo, resultando a concepção mista de fortuito, sustentado com galhardia por boa sorte de juristas.⁴³

Efeitos. De regra exime-se o devedor de cumprir a obrigação ou de responder pelos prejuízos, uma vez demonstrado que a inexecução se deveu à verificação do caso fortuito ou força maior — *casus vel domnum fatale*. Apurada a ocorrência do acontecimento necessário e inevitável, à vista das circunstâncias particulares à espécie, desaparece, para o credor, o direito a qualquer indenização. Esta ausência de direito, que os romanos apelidaram de *periculum* e os modernos denominam *riscos* e *perigos*, envolve os casos em que a prestação não pode ser cumprida, objetiva ou subjetivamente.⁴⁴

Mas nem sempre a *vis divina* escusa, a falta de prestação. Em algumas hipóteses vigora a responsabilidade, não obstante a interferência do

⁴³ ARNOLDO DA FONSECA, n.º 105; SERPA LOPES, n.º 341; ORLANDO GOMES, *Introdução* n.º 179, e *Obrigações*, n.º 85; ALFREDO COLMO, n.º 121; ARNOLDO, neste passo inverte a ordem dos casos. Também se tem indicado, para certid

evento estranho, ainda que revestido dos seus extremos conceituais.

a) *Convenção.* As partes podem ajustar que o devedor responde pelo cumprimento, ainda no caso de força maior ou caso fortuito, o que prevalecerá em face da declaração expressa, já que não é de se presumir um agravamento da responsabilidade. b) *Mora.* Estando o devedor em mora, cujo efeito é perpetuar a obrigação e sujeitar o devedor às conseqüências do inadimplemento, ocorre a responsabilidade pelo *casus* ou *vis maior*, salvo se demonstrar que não teve culpa no atraso ou que o dano sobreviria, mesmo se a obrigação fosse oportunamente desempenhada (v. n.º 172, *supra*). c) No caso de ter o mandatário, contra a proibição formal do mandante, substabelecido os poderes em um terceiro, responde pelo dano causado sob a gerência deste, mesmo decorrente do fortuito, salvo provando que o dano teria sobrevivendo ainda que não tivesse realizado a substituição do representante (Código Civil, artigo 1.300, § 1.º, Anteprojeto de Código de Obrigações, art. 641). d) Na gestão de negócios, quando o gestor fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesses deste por amor aos seus. e) Na tradição de coisas que se vendem contando, marcando ou assinalando, quando já postas à disposição do comprador (Código Civil, art. 1.127, § 1.º). f) No caso dos riscos profissionais previstos em lei.⁴⁵

Se o acontecimento extraordinário não trazer a impossibilidade total da prestação, eximir-se-á o devedor da parte atingida ou se forrará da mora, se apenas tiver como conseqüência o atraso na sua execução. Mas não poderá invocar o fortuito para exoneração absoluta, beneficiando-se fora das marcas.

Adotado, no Anteprojeto, o princípio da responsabilidade pelo risco criado, admitiu a conseqüente escusativa, desde que seja provada a adoção de todas as medidas idôneas a evitá-lo, e, desta forma, o excesso que se critica na doutrina desaparece no preceito (Anteprojeto, art. 935; Projeto, art. 872).

178. Exoneração convencional: cláusula de não-indenizar

Acabamos de ver que a inimputabilidade do dano ao agente, em razão do fortuito, gera a conseqüência negativa: o lesado não pode endereçar-lhe o pedido de reparação. Agora vemos um outro aspecto da irresponsabilidade, que não tem com a força maior e o fortuito parentesco

ontológico, mas que se lhes aproxima no efeito não indenizatório. Referimo-nos à convenção pela qual se exime o responsável do dever de reparação, ou seja, à *cláusula de não indenizar*. Vai prender-se, originariamente, à vontade declarada. Da mesma forma que a cláusula penal implica na prévia limitação do ressarcimento ante o inadimplemento do devedor; ou que o seguro de responsabilidade o exonera transferindo ao segurador o encargo, idéias que são pelos especialistas aproximadas à cláusula de não indenizar⁴⁶ — o Direito moderno, que presencia o pleno desenvolvimento do princípio da responsabilidade civil, coordena e aprova um sistema de contrapesos à obrigatoriedade de reparação, mediante a aceitação do afastamento convencional daquele dever. Antecipadamente, aquele que tem razões de prever, na sua atividade ou nos negócios jurídicos que realiza, o surgimento eventual do dever de reparação, estatui a limitação ou a eliminação de sua responsabilidade, por via de um ajuste que é pactuado com as pessoas com quem trata, e por estas aceito. Uma vez convencionado, equipara-se à renúncia do direito de obter reparação, como a ela equivale qualquer pacto de *non petendo in perpetuum*.⁴⁷

É preciso, de plano, ponderar na legitimidade deste ajuste. Para isto antigirmos, basta voltarmos a atenção para hipóteses em que o resultado idêntico ou aproximado é atingido. Quando as partes pactuam uma cláusula penal, prefixam as perdas e danos. Quando uma das partes dá à outra arras, ajustando-lhes o efeito penitencial, estipula-se uma convenção acessória real, que permite a qualquer dos contratantes a retratação mediante a perda do sinal ou a sua devolução em dobro. Quando há seguro, o responsável pelo ressarcimento, não obstante sê-lo, transfere para o segurador a obrigação, e, desta sorte, sem exonerar-se dela, fica forro do pagamento. Nada impede, por outro lado, que, após a ocorrência do dano, e mesmo à vista da liquidação de seu montante, o credor abra mão dele ou de parte dele, por uma transação que previne ou encerra um litígio. Se tudo isto é lícito, viável e prático, óbice não pode ser levantado a que a convenção afaste a responsabilidade, o que, na expressão feliz de AGUIAR DIAS, não passa de uma transferência dela, que passa a cargo do próprio lesado. Neste ponto, que é relevante, reside a sua natureza jurídica: não tem a convenção o efeito de suprimir

⁴⁶ AGUIAR DIAS, *Cláusula de Não-Indenizar*, ns. 4 e seqs.; HENRI LALOU, *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, n° 507.

a responsabilidade, o que em verdade não se poderia fazer, porém o de afastar a obrigação dela decorrente.⁴⁸ Pela convenção, o devedor, que era responsável e que continua responsável, exime-se de ressarcir o dano causado.

No seu mecanismo, a convenção funciona como acessória, nunca como obrigação principal. Pressupõe uma obrigação, legal ou convencional, cujo inimplemento gera a responsabilidade. E para abolir os efeitos desta, vem a cláusula exoneradora de suas conseqüências, apelada por metonímia, e com impropriedade, *cláusula de não responsabilidade*. Pode ser adjeta a um contrato ou pode aderir a uma declaração unilateral de vontade. No primeiro caso, seu campo mais freqüente é o contrato de adesão: o peticitante insere-a ao lado de outras cláusulas contratuais, e, uma vez firmado o ajuste, pela adesão do oblato, vigora juntamente com as demais a excludente da indenização. No segundo caso, o agente, ao fazer a declaração de vontade obrigatória, ressalva a escusativa de seu dever de reparação por danos ocasionais.

Em qualquer caso, a declaração volitiva da não indenização encontra fundamento na mesma razão determinante da força cogente das obrigações convencionais. E, enquanto permanecer neste estado, e dentro destes limites, é lícita, pois legítimo será que um contrato, regulador de interesses pecuniários entre particulares, desobrigue o devedor das conseqüências de sua responsabilidade, sem lesão à ordem pública.⁴⁹

Há, todavia, forte controvérsia na doutrina a respeito de sua validade, oscilando os escritores desde a sustentação de sua ineficácia, sob fundamento de que sempre ofende o princípio proibitivo de lesão ao patrimônio alheio, contido na velha regra *neminem laedere*, que é condicionante do exercício de todos os direitos, até o extremo oposto, onde se situam aqueles que, liberalmente, a admitem em todos os casos em que o princípio da autonomia da vontade vigora. Pode, conseguintemente, vir ajustada sempre que seja permitido avençar outro qualquer contrato.⁵⁰ Assim sendo, em vez de precisar o seu campo de ação e determinar quando é admissível, torna-se mais útil estabelecê-lo por exclusão, focalizando-se a zona em que não deve ter acolhida, apontando proibições que se antepõem à sua eficácia, e obstáculos jurídicos ao seu ajuste.

⁴⁸ AGUIAR DIAS, ob. cit., n° 10.

⁴⁹ AGUIAR DIAS, n° 12.

⁵⁰ Cf., sobre esta controvérsia: B. SARCK, *Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Considérée en sa Double Fonction de Garantie et de Décharge*.

De começo, é afastada se tiver por objeto a eliminação das consequências do *dolo do agente*. Neste particular, já o Direito romano condenava o *conventio de dolo non praestando*,⁵¹ por entendê-la *contra bonam fidem, contraque bonos mores*, e o Direito moderno, mesmo na fala dos mais liberais, mantém o interdito.⁵²

Afastada será também sempre que trazer atentado à *ordem pública*, o que, aliás, não evade das normas gerais, pois que no equilíbrio de forças em que medram as convenções cessa a autonomia da vontade, onde começa a imposição da ordem pública. Assim, podam-se os excessos daquela, na mesma medida em que o Direito moderno procura, com a intervenção desta, coibir os exageros do individualismo.

E, finalmente, sendo uma cláusula convencional, não tem cabida em quaisquer outros casos em que não seja permitida a criação do negócio jurídico contratual.⁵³

Pode-se acrescentar que, embora inexistia em nossa sistemática regra semelhante à contida no art. 1.255 do Código Civil espanhol, princípio análogo a este deve ser considerado em vigor, para repulsa da cláusula em todos os casos em que afronte direito expresso.

Ponto de grande importância na análise de sua estrutura é o que diz respeito à sua aceitação e já foi objeto de agudo comentário de AGUIAR DIAS. Critica a objeção levantada por aqueles que supõem possa ter guarida na falta de aceitação do credor, como posição enganosa, e fruto de um desvio de perspectiva. O monografista pátrio muito bem o esclarece, acentuando a sua natureza de *cláusula contratual*. O equívoco, acrescenta, está no fato de suporem ausência de acordo, particularmente porque é comum vir adjeta a contratos de adesão, parecendo antes imposta do que ajustada. Acontece, entretanto, que, no mecanismo mesmo deste contrato (adesão), tudo se passa de igual maneira, nascendo ele da justaposição, às vezes momentânea, da vontade de aceitação ao esquema deduzido previamente pelo proponente.⁵⁴ Adjeta a um contrato desta espécie, a cláusula não pode ser admitida quando violadora da vontade do aceitante, ou revestindo a forma de uma imposição a ele dirigida, senão que prevalece, se efetivamente aceita, ou se inequivocamente do seu conhecimento, como discutida e aceita deve

⁵¹ Digesto, Livro XVI, tit. III, fr. 1, § 7.

⁵² GIUSEPPE MANCA, in *Dizionario de SCIALOJA*, vb. "Pactum de dolo non praestando"; MAZEAUD et MAZEAUD, *Responsabilité Civile*, III, n° 2.525, pág. 695; PLANIOL et RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civile*, VI, ns. 405 e segs.

ser, sob pena de invalidade, em todo outro contrato. Seria, aliás, injurídico que aqueles que não têm a liberdade de deixar de contratar, por serem constrangidos pelas circunstâncias à aceitação do serviço, fossem tratados como aceitantes de uma convenção contrária aos seus interesses, determinada por imposição, e tartufamente interpretada como de *livre aceitação*, sob fundamento de que o serviço foi *livremente aceito*.⁵⁵ O intérprete há de ter presente que a cláusula não-indenizatória contém em seu bojo uma renúncia, e que esta jamais se presume.⁵⁶

Uma vez que reúna os requisitos de eficácia, a cláusula é válida, e por si só opera como excludente dos efeitos da responsabilidade do devedor.

Se é nula, a doutrina aconselha uma distinção: quando a cláusula adere por tal arte ao negócio que vem a formar com ele um todo incidível, admitindo a interpretação de que um se não realizaria sem a outra, a ineficácia daquela atinge a validade deste. Mas, ao revés, se a hermenêutica da vontade autoriza concluir que se justapõe ao negócio com caráter acessório e depois se invalida, cai sem deixar mossa na obrigação a que adere, pela aplicação da regra geral de que o perecimento do acessório deixa subsistir o principal, e o seu efeito não o contagia: *vitiatur sed non vitiat*. A recíproca também é a genérica: extingue-se como acessória, se a obrigação principal, por qualquer motivo, vem a invalidar-se.⁵⁷

Os seus efeitos consistem no afastamento da obrigação conseqüente ao ato danoso. Não contém apenas uma inversão do *onus probandi*.⁵⁸ Ao contrário, reconhece-se-lhe uma conseqüência específica, qual seja a de atuar, dentro no campo de sua aplicação, e nos limites de sua eficácia, como excludente da obrigação de reparar.⁵⁹ Naqueles casos em que o dever de ressarcimento decorre naturalmente da verificação de culpa, a cláusula de não-indenizar forra o devedor de suas consequências e elimina a indenização. Mas, dadas as limitações que encontra

⁵⁵ AGUIAR DIAS, ns. 20 e 21; HENRI LALOU, *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, n° 552.

⁵⁶ VON RYN, *Responsabilité Aquilienne et Contrats*, n° 227.

⁵⁷ MAZEAUD et MAZEAUD, *Responsabilité Civile*, III, ns. 2.560 e segs.; WINDSCHED, *Pandette*, I, § 82; SALEILLES, *La Déclaration de Volonté*, pág. 306; GIUSEPPE MANCA, loc. cit.

⁵⁸ MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons*, n° 639.

em sua aplicação, não se pode dizer que possa ter grande importância prática.

Não podíamos omitir, no Anteprojeto de Código de Obrigações, o tratamento desta escusativa de ressarcimento, já que ocorre com frequência no trato dos negócios. Dela cogitamos, estabelecendo (art. 924) que prevalecerá se for bilateralmente ajustada e não contrariar lei expressa, a ordem pública e os bons costumes. Descabe, igualmente, de *dolo non praestando*, isto é, quando tiver por objeto eximir o agente dos efeitos do dolo com que se haja conduzido, e é ineficaz para liberá-lo da responsabilidade extracontratual.

Capítulo XXXVI

TRANSFERÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES

- SUMÁRIO:** 179. Cessão de crédito: conceito e natureza.
180. Validade: entre as partes e em relação a terceiros.
181. Responsabilidade do cedente.
182. Efeitos: quanto aos devedores e ao cessionário.
183. Assunção de débito.

BIBLIOGRAFIA: RUGGIERO e MAROI, *Istituzioni di Diritto Privato*, § 133; SERPA LOPES, *Curso*, II, ns. 380 e segs.; BIONDO BIONDI, *In Nuovo Digesto Italiano*, vb. "Cessione di Crediti e di Altri Diritti"; GAUDEMET, *Théorie Générale des Obligations*, páginas 449 e segs.; GIORGIO GIORGI, *Teoria Generale delle Obligazioni*, VI, ns. 50 e segs.; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 13 e nota D; HECTOR LAFAILLE, *Tratado, Obligaciones*, I, n.º 300; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e Prática das Obrigações*, II, ns. 496 e segs.; ANDREAS VON TUHR, *Obligaciones*, II, pág. 285 e segs.; TRABUCCHI, *Istituzioni*, n.º 252; DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, III, 384 e IV, 372; ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado, Obligaciones*, I, §§ 78 e segs.; KARL LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, I, pág. 452 e segs.; ALFREDO COLMO, *Obligaciones*, ns. 1.022 e segs.; MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons*, II, ns. 1.253 e segs.; LUDOVICO BARASSI, *Teoria Generale delle Obligazioni*, I, ns. 86 e segs.; ORLANDO GOMES, *Obrigações*, ns. 116 e segs.; MOLITOR, *Obligations*, II, págs. 632 e segs.; LUIS ROLDÃO DE FREITAS GOMES, *Da Assunção de Dívida e sua Estrutura Negocial*, Ed. Liber Juris, Rio, 1982.

179. Cessão de crédito: conceito e natureza

Chama-se *cessão de crédito* o negócio jurídico em virtude do qual o credor transfere a outrem a sua qualidade creditória contra o devedor, recebendo o cessionário o direito respectivo, com todos os acessórios e todas as garantias. É uma alteração subjetiva da obrigação, indiretamente e realizada, porque se completa por via de uma transladação da força obrigatória de um sujeito ativo para outro sujeito ativo, mantendo