

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



A TEORIA DO FORTUITO EXTERNO:

UM NOVO ESTUDO

THIAGO PINHEIRO CORRÊA

Rio de Janeiro, 2010

THIAGO PINHEIRO CORRÊA

**A TEORIA DO FORTUITO EXTERNO:
UM NOVO ESTUDO**

Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação da professora Gisela Sampaio da Cruz apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, 2010

A TEORIA DO FORTUITO EXTERNO: UM NOVO ESTUDO

Elaborado por THIAGO PINHEIRO CORRÊA

Trabalho de conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: _____

Nome do Examinador 1: _____

Nome do Examinador 2: _____

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1

Examinador 2

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2010

Aos meus queridos pais, Fernando e Elizabeth, a quem tudo devo.

Meus sinceros agradecimentos à minha orientadora,
pelos valiosos conselhos.

Agradeço, ainda, ao Escritório de Advocacia Sergio
Bermudes, pelos valiosos ensinamentos que carregarei
ao longo da vida.

RESUMO:

Apresentação histórica dos conceitos de caso fortuito e força maior. Avanço doutrinário em relação aos sistemas de responsabilidade civil. Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. Perda de importância do elemento subjetivo culpa. Teorias explicativas das situações de caso fortuito e de força maior. Objetivista e subjetivista. Posição adotada pelo legislador. Equiparação dos efeitos de caso fortuito e de força maior. Evolução do estudo do direito consumerista. Fortuito interno. Evolução. Fortuito externo. Rompimento do nexo de causalidade. Externidade. Principais características.

PALAVRAS-CHAVE:

FORTUITO EXTERNO. CONCEITO. CARACTERÍSTICAS

ABSTRACT:

Historical presentation of the concepts of force majeure and fortuitous event. Doctrinal advance in relation to civil liability systems. Tort liability subjective and objective. Loss of importance of the subjective element fault. Theories of the fortuitous events and force majeure. Objectivist and subjectivist. Position adopted by the legislature. Assimilation of the effects of fortuitous events and force majeure. Evolution of consumerist law. Inner fortuitous. Evolution. External fortuitous. Disruption of chain of causation. Externity. Main features.

KEY-WORDS:

EXTERNAL FORTUITOUS. CONCEPT. CHARACTERISTICS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. OS CONCEITOS DE CASO FORTUITO/FORÇA MAIOR.....	15
1.1. Um embate doutrinário:	15
1.2. Uma profusão de conceitos	16
2. DUAS TEORIAS EXPLICATIVAS	20
2.1. A teoria subjetivista	20
2.2. A teoria objetivista	23
3. A UTILIZAÇÃO DE DUAS TEORIAS	26
3.1. Conclusões preliminares: a força maior sob duas perspectivas.....	26
3.2. A equiparação dos conceitos:	29
3.3. Uma indagação:.....	30
3.4. A saída doutrinária: o resgate das características da força maior	32
3.5. Outras conclusões:	34
4. A BUSCA PELA EFETIVA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	35
5. FINALMENTE, O FORTUITO EXTERNO	40
5.1. Ressalva introdutória:.....	40
5.2. Fortuito externo: suas principais características.....	41
5.2.1 Inevitabilidade:	41
5.2.2. Irresistibilidade:	43
5.2.3. Notas sobre a imprevisibilidade:	45
5.5.4. La force qui vient d'un haut:	46
CONCLUSÃO:	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	50

INTRODUÇÃO

Entre os dias 20 e 21 de março de 2010, grande parte da Europa se transformou em palco de um grande e assustador espetáculo da natureza.

Nessa data, um vulcão, adormecido há mais de 200 anos, situado na — impronunciável — geleira islandesa de *Eyjaflajallajoeukull* foi responsável por expelir grandes quantidades de pó através do céu, ocasionando momentos de caos no espaço aéreo europeu¹.

Gigantescas nuvens de fumaça rapidamente se espalharam pelos céus do Velho Mundo, comprometendo a regular utilização do espaço aéreo do continente.

Diversos países decidiram fechar definitivamente seus aeroportos, enquanto que outros cancelaram parte dos voos programados, fazendo com que um verdadeiro “caos aéreo” fosse registrado². Além disso, cerca de US\$ 1 bilhão de dólares em prejuízos foram compartilhados entre diversas empresas de aviação e mais de 7 milhões de passageiros, chegando a mais de 63 mil os registros de voos adiados³.

Acontecimentos, como este, no entanto, não são particularidade dos europeus. Em 2008, o vulcão chileno Chaitén também demonstrou sinais de força, ao despejar grandes quantidades de pó e fumaça sobre os territórios argentinos da Patagônia, como documentado pela Agência Espacial Européia⁴. Incomparavelmente menor, no entanto, foram as consequências ocasionadas por esta erupção, em relação aos recentes problemas vivenciados na Europa.

Apesar de mais sutis, os estragos causados pelo vulcão Chaitén foram, percebidos não só por chilenos e argentinos. A erupção daquele vulcão, além de causar enormes aborrecimentos e preocupações a seus vizinhos mais próximos, também provocou transtornos a cidadãos brasileiros, que programaram viagens à Argentina ou Chile.

De fato, a partir do dia 2 de maio — data do início das erupções —, diversos voos com destinos à Argentina foram cancelados por conta das cinzas vulcânicas expelidas⁵. Não é difícil chegar à conclusão de que, aeroportos fechados e voos cancelados, têm como consequência, passageiros

¹ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8578576.stm>

² <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u721175.shtml>

³ <http://oglobo.globo.com/mundo/mat/2010/04/19/vulcao-na-islandia-lanca-nova-nuvem-de-cinzas-ameaca-reabertura-do-espaco-aereo-europeu-916385595.asp>

⁴ http://www.esa.int/esaCP/SEMYQYZXUFF_index_1.html

⁵ <http://www.aerolineas.com.ar/arg/main.asp?idSitio=EU&idPagina=68&idIdioma=en&cmbPrensa=526>

insatisfeitos. O Poder Judiciário passou a ser acionado por aqueles que tiveram suas expectativas de viagem frustradas.

Em uma demanda específica, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁶, o autor, então apelante, — passageiro afetado pelos cancelamentos — pleiteava a condenação dos réus — empresa de aviação e agência de turismo — ao pagamento de indenização, a título de danos materiais, além de reparação pelos danos morais que alegava ter sofrido por conta de um suposto tratamento indiferente da empresa aérea no momento dos atrasos.

O principal argumento da empresa de aviação civil foi o de que os atrasos teriam sido causados, não por sua “culpa”, mas sim em razão da referida erupção no vulcão chileno, o que teria acarretado a necessidade de substituição, de última hora, das aeronaves da companhia, tudo com vistas à melhoria nas condições de voo. Alegou, portanto, a exclusão do dever de indenizar, devido à “força maior”.

A sentença de primeiro grau foi responsável por compartilhar do argumento apresentado pela empresa aérea, julgando improcedentes os pedidos formulados na inicial, sob alegação de que “(...) o fato ocorrido decorreu em virtude de caso fortuito.”

Complementa a sentença no sentido de que “o fortuito externo é um fato imprevisível e inevitável, estranho à organização do negócio. É fato que não guarda nenhuma ligação com a empresa [aérea], por serem decorrentes de fenômeno da natureza, como no caso ocorrido, referentes às cinzas do vulcão Chaitén⁷.”

⁶ TJRJ, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2009.001.65413, Rel. Des. Jorge Luiz Habib, j. 23.03.10.

⁷ Íntegra da sentença proferida pelo Juiz de Direito João Marcos de Castello Branco Fantinato em 07.05.2009: “Processo n. 2008.001.357263-0 Autor: Marco Antônio Adnet Réu: Aerolineas Argentinas Réu: Travel Expert Viagens e Turismo SENTENÇA MARCO ANTONIO ADNET ajuizou ação pelo procedimento sumário em face de AEROLINEAS ARGENTINAS e TRAVEL EXPERT VIAGENS E TURISMO, alegando, em síntese, que contratou com as rés o transporte aéreo para Bariloche e que, de forma inesperada, não conseguiu embarcar no horário previsto, sem qualquer informação confiável por parte da 1ª ré ou qualquer amparo ou ajuda pecuniária pelo tempo de espera. Instruiu a inicial com os documentos de fls. 09/42. Às fls. 55/56 audiência do artigo 277 do CPC, sem conciliação. Às fls. 57/63, contestação, acompanhada dos documentos de fls. 139/146, da 2ª ré, alegando em preliminar sua ilegitimidade, pugnando no mérito pela improcedência dos pedidos. Às fls. 64/85, contestação, acompanhada dos documentos de fls. 115/138, da 1ª ré pugnando pela improcedência dos pedidos. É O RELATÓRIO, DECIDO: Considerando inexistir necessidade de produção de outras provas além das já existentes, impõe-se o julgamento da lide no estado, na forma do artigo 330, I, do Código de Processo Civil. Trata-se de demanda indenizatória em razão de atraso do voo com destino a Bariloche. Relatou o autor que chegou, juntamente com a sua família, ao aeroporto na hora marcada. Ocorre, porém, que o voo demorou mais de 24 horas para partir, sem que a ré fizesse algo para minimizar o transtorno. Inicialmente, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da 2ª ré, pois a responsabilidade entre a agência de viagens e a companhia aérea é solidária, uma vez que é a companhia aérea que credencia a agência de viagem para intermediar a venda de passagens ao consumidor. Assim, conclui-se que a agência age em nome da empresa aérea. Vencida a preliminar, passo ao mérito. A ré resiste à pretensão,

Veja-se que a sentença afastou o dever de indenizar imputado à empresa de aviação civil sob o argumento de que teria ocorrido “fortuito externo”, o qual, nas palavras utilizadas na decisão, seria “imprevisível”, “inevitável” e “estranho à organização do negócio”.

Dessa forma, excluindo-se o dever de indenizar, o que fez a sentença — mesmo que não expressamente consignado — foi afastar o nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo passageiro, e o atraso em decorrência do cancelamento dos voos⁸.

Pois bem. O órgão julgador, em segundo grau, decidiu, por unanimidade, reformar em parte a sentença, no sentido de que, não só os danos morais seriam devidos, como também aqueles de natureza material.

O que se observa, portanto, é que o ponto de ligação existente entre o atraso e o dano sofrido pelo passageiro, foi refeito. O “nó” existente entre ambos os acontecimentos — considerado inexistente pela sentença de primeiro grau —, foi reatado pelo acórdão do Tribunal de Justiça.

Em outras palavras, o que se tratava de uma situação “imprevisível”, “inevitável” e “estranh[a]o à organização do negócio” — de acordo com a sentença de primeiro grau —, e que, por consequência, afastaria o dever de indenizar, perdeu todas essas características, uma vez que o Tribunal entendeu pela necessidade de reparação por parte da companhia aérea.

confirmando que efetivamente houve atraso no voo. Imputa, todavia, o atraso a uma substituição não programada das aeronaves utilizadas normalmente na rota Rio de Janeiro - Bariloche, em decorrência das constantes erupções do vulcão Chaitén que propagaram na atmosfera as suas cinzas à altitude de voo. Tal erupção provocou graves problemas e riscos nas turbinas o que comprometeria em muito a segurança dos voos. E também, ao fato de que boa parte dos voos sofreu interferência de comunicação por conta da atuação de rádios piratas na área de Buenos Aires, o que prejudicou as suas operações aéreas. Ademais, o segundo réu logrou materializar suas alegações em provas, uma vez que, o fato ocorrido decorreu em virtude de caso fortuito. O fortuito externo é um fato imprevisível e inevitável, estranho à organização do negócio. É fato que não guarda nenhuma ligação com a empresa, por serem decorrentes de fenômenos da natureza, como no caso ocorrido, referente às cinzas expelidas pelo vulcão Chaitén. Assim, como é algo fora do risco normal da atividade exercida pela empresa aérea, a exonera do dever de indenizar. Portanto, levando em consideração os fatos acima expostos, não há que se falar em indenização por danos morais e materiais. Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado pelo autor, visto os fundamentos acima. Condeno o autor ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.”.

Ao averbar que o fortuito externo seria decorrente de “fenômeno da natureza”, a sentença incorre em impropriedade. Isso porque, não necessariamente se relaciona o fortuito externo com fenômenos exclusivamente naturais, como se demonstrará adiante.

⁸ A interrupção do nexo causal é assim definida por Sergio Cavalieri Filho: “Causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo, com a doutrina tradicional, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato *exclusivo da vítima ou de terceiro*. (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 66).

Note-se que, em nenhum momento do acórdão, é claramente expresso o entendimento de que o nexo de causalidade — entre o atraso e o dano experimentado pelo passageiro — existiu⁹, mesmo que esse aspecto seja o ponto principal da questão.

⁹ APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. ATRASO NO VOO. FORTUITO EXTERNO. CANCELAMENTO DO SERVIÇO. RESTITUIÇÃO DO VALOR DESPENDIDO, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

Atraso em voo, em virtude das cinzas do vulcão. Outras empresas aéreas operaram normalmente neste dia, sendo então a Aerolineas Argentinas responsável pela indenização que o autor tem direito. No entanto, como dito, o autor cancelou a viagem por causa do atraso de 24 horas, não fazendo uso do pacote de viagens, de modo que o valor despendido não deve ser restituído ao requerente, sob pena de enriquecimento sem causa dos mesmos, até porque eles viajaram.

Parcial provimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível no 65413/09 em que é Apelante MARCO ANTÔNIO ADNET, sendo Apelado 1 TRAVEL EXPERT VIAGENS E TURISMO LTDA e Apelado 2 AEROLINEAS ARGENTINAS S/A.

ACORDAM os Desembargadores da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso.

Trata-se de Ação Indenizatória, proposta por MARCO ANTÔNIO ADNET, em face de AEROLINEAS ARGENTINAS S/A e de TRAVEL EXPERT VIAGENS E TURISMO LTDA, alegando que adquiriu um pacote de viagens no 2 dia 14/7/2008, para si e para sua família, pela operadora Travel Expert para Bariloche – Argentina. O pacote incluía passagem aérea, hospedagem, passeios turísticos e traslado, com saída do Rio de Janeiro, no dia 26/7/2008 e retorno no dia 02/8/2008, sendo que somente o autor iria direto para Salvador, quando voltasse da viagem, em razão de compromisso de trabalho.

Aduz que, inesperadamente, não conseguiu embarcar no horário previsto, sem qualquer informação confiável pela primeira ré ou qualquer amparo ou ajuda pecuniária pelo tempo de espera. Requereu a condenação dos réus ao pagamento de R\$ 12.000,00, a título de danos morais, ressarcimento pelos danos materiais, no montante de R\$ 12.651,70, referente aos gastos efetuados com o pacote de serviços e passagens. Pleiteou, ainda, a inversão do ônus probatório.

Contestação da 2ª ré, às fls. 57/63, arguindo preliminar de ilegitimidade passiva, por culpa exclusiva de terceiro. No mérito, aduz que não como falar em condenação pelo dano moral e material, visto que a culpa ocorreu por ato de terceiro, sendo notório que a primeira ré passou por crise. Quanto ao dano material, alega que não há comprovação do dano sofrido.

Contestação da 1ª ré, às fls. 64/85, alegando que os atrasos ocorreram por substituição não programada das aeronaves, em decorrência das constantes erupções do vulcão Chaitén. Aduz que as alegações do autor são exageradas e que os passageiros não ficaram desamparados, sendo providenciada alimentação, prestação das informações pertinentes e reacomodação dos passageiros em outro voo. Ressalta exclusão do dever de indenizar, como hipótese de força maior e que não ocorreu dano moral, tendo em vista a ausência de violação à dignidade do autor.

Sentença, às fls. 150/151, a qual julgou improcedente o pedido autoral, condenando-o ao pagamento das despesas processuais e dos honorários de advogado, fixados em 10% sobre o valor da causa. Apelo, às fls. 157/162, alegando que sofreu constrangimento e angústia, tendo em vista que contratou pacote turístico, mas não ocorreu o 3 embarque depois de 24 horas de espera, motivo pelo qual desistiu de embarcar pela Aerolineas Argentinas e procurou outra empresa, já que as outras estavam embarcando normalmente. Ressalta que a situação se agrava quando se está em companhia de uma criança e que foi tratado com descaso.

Contrarrazões da segunda ré, às fls. 166/171 e da primeira ré, às fls. 172/189.

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal. A sentença recorrida merece ser parcialmente modificada. Verifica-se que o autor com sua família embarcariam para Bariloche, no dia 26/7/2008, pela Aerolineas Argentinas. No entanto, depois de 24 horas do horário previsto para o embarque, o autor cancelou a viagem, conforme fl. 17. Diante disso, o autor e

Demandas envolvendo caso fortuito e força maior também já alcançaram o Superior Tribunal de Justiça. Um exemplo da importância da matéria foi a edição, no ano de 2000, do informativo de jurisprudência nº 59, que tratou da responsabilidade envolvendo contratos de transporte.

A situação que deu causa à redação desse entendimento — Resp 168.985-RJ — tratou da responsabilidade de permissionária de transporte público que autorizou a entrada, em coletivo, de indivíduo que carregava um “pacote”. Dentro de tal pacote havia material explosivo, o qual, mais tarde, confirmando o nome que possuía, provocou uma explosão dentro do veículo, chegando, inclusive, a vitimar alguns passageiros.

De acordo com o entendimento do STJ, não haveria que se falar em “caso fortuito”, uma vez que, à empresa transportadora, caberia um dever de vigilância além dos

“[...] eventos comumente verificados no exercício de sua atividade, mas de todos aqueles que se possa esperar como possíveis ou previsíveis de acontecer, dentro de um leque amplo de variáveis inerentes ao meio, interno e externo em que trafega o coletivo.”¹⁰

A exemplo do visto anteriormente, este entendimento judicial não é claro o suficiente de modo a nomear o instituto jurídico utilizado para manter intacto o nexo causal, supostamente, existente entre o acontecimento — nesse caso, a explosão — e o dano. O que se observa é que, em certos ambientes, indivíduos portando materiais explosivos dentro de suas sacolas devem consistir em situações “previsíveis de acontecer”.

Os exemplos expostos acima são pequenos perto do grande número de decisões, em matéria de responsabilidade civil, que tratam da (des)constituição

sua família contrataram com outra empresa aérea, para realizar a viagem pretendida. A resposta dada pela empresa Aerolineas Argentinas foi que, em virtude das cinzas do vulcão Chaitén, foi necessário realizar a substituição dos aviões, a fim de se adequar às condições climáticas.

Segundo a douta sentença recorrida, restou comprovado que a questão versa sobre fortuito externo, a qual exclui a responsabilidade de indenizar. Porém, outras empresas aéreas operaram normalmente neste dia, sendo então a Aerolineas Argentinas responsável pela indenização que o autor tem direito.

No entanto, como dito, o autor cancelou a viagem por causa do atraso de 24 horas, não fazendo uso do pacote de viagens, de modo que o valor despendido não deve ser restituído ao requerente, sob pena de enriquecimento sem causa dos mesmos, até porque eles viajaram. Dessa forma, a respeitável sentença merece ser reformada para que seja pago ao autor, o valor de R\$ 1.000,00, a título de danos morais, bem como o valor da diferença que o autor pagou a mais pelas passagens aéreas e mais o equivalente a dois dias do valor do pacote adquirido, acrescido de correção monetária, da data do acórdão, e juros de mora, a contar da citação.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

¹⁰ Informativo de Jurisprudência nº 59 – Acórdão paradigma 168.985/RJ, relatado pelo Min. Aldir Passarinho; j. 23.05.00.

do nexo de causalidade. A bem da verdade, o simples fato de tratar-se de responsabilização na esfera civil, tem como consequência o manejo do instituto do nexo causal.

Invariavelmente proporcional ao número de casos levados ao poder Judiciário, no entanto, é a profundidade do estudo, pelo menos no Brasil, que trata do tema do nexo de causalidade e suas dificuldades¹¹.

Se a falta de compreensão sobre o nexo de causalidade em si já dificulta o trabalho de juristas e operadores do direito, de maiores proporções se afigura o problema de sua desconstituição. De fato, a grande maioria dos manuais de direito civil dedicam poucas — e insuficientes — páginas ao tema, fazendo com que, na maior parte das vezes, advogados e juízes recorrem ao “bom-senso” ao enfrentar a questão.

Esse trabalho não poderia ser pretensioso ao extremo, de modo a se propor a analisar todas as causas de extinção da relação causal. Dessa forma, privilegia-se a análise de um deles: o denominado **fortuito externo**.

A escolha dessa vertente entre todas as causas de exclusão se dá, principalmente, por conta de sua atualidade. Bem vistas as coisas, o atual estágio dos estudos de responsabilidade civil demarca o que foi denominado

“[...] como um momento de erosão dos filtros tradicionais da reparação, isso é, de relativa perda de importância da prova de culpa e da prova do nexo causal como obstáculos ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento.”¹²

De fato, tal “erosão dos filtros tradicionais de reparação” levou a doutrina a desmembrar e a reconceituar uma das causas de exclusão do dever de indenizar. O caso fortuito e/ou força maior — utilizados como sinônimos — deram lugar à chamada “teoria do fortuito interno”, o qual, por sua vez é incapaz de desconstituir o “elo” entre determinado acontecimento e os danos por ele provocados.

Para que o nexo causal seja, portanto, desconstituído, não basta que o fato causador do dano seja imprevisível. A análise, agora, deve se aprofundar à **externalidade**¹³ do acontecimento.

¹¹ Com efeito, o estudo pioneiro no Brasil feito, exclusivamente, sobre o nexo de causalidade, é o da Profa. Gisela Sampaio da Cruz (CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. O título da obra já introduz ao leitor à grande complexidade do tema.

¹² SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas Atlas, 2009, p. 11-12.

¹³ SCHREIBER, Anderson, *op.cit.*, p. 67.

1. OS CONCEITOS DE CASO FORTUITO/FORÇA MAIOR

1.1. Um embate doutrinário:

Para que se chegue a uma correta compreensão do fenômeno denominado “fortuito externo”, é necessário que se percorra o caminho doutrinário até aqui trilhado sobre o tema.

Muito já se discutiu, em doutrina, acerca dos possíveis conceitos das expressões “caso fortuito” e força “maior”, a ponto do Prof. Arnaldo Medeiros da Fonseca classificar como um “debate secular” o existente entre as correntes subjetivistas e objetivistas.¹⁴

Não se pretende, aqui, discorrer exaustivamente sobre os respectivos conceitos. Uma tarefa como essa exigiria, além de um foco específico sobre o assunto, um inclinado debruço sobre as suas evoluções históricas — situações que não compreendem o escopo desse trabalho.

O modelo a ser adotado, portanto, privilegiará uma rápida abordagem das duas principais teorias que tentam explicar o significado das expressões, o que será seguido pelo avanço doutrinário por elas enfrentado, até a utilização da teoria adotada atualmente por ambos os Códigos Civis brasileiros — tanto o de 1916, quanto de 2002 — e pela jurisprudência.

¹⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 27. A título de curiosidade, veja-se o que próprio Prof. Arnaldo escreveu sobre esse “debate”:

“Desde os mais remotos tempos, dois critérios opostos defrontaram-se para a fixação do conceito do caso fortuito ou de força maior: um objetivo, procurando caracterizá-lo com elementos decorrentes dos próprios acontecimentos, com abstração das condições pessoais e da diligência do obrigado; outro subjetivo, conduzindo à perfeita identificação daquela noção com a ausência de culpa.

Prevalecendo, afinal, a primeira doutrina, todavia a divergência não cessou no período que se seguiu. E, conquanto uma definição objetiva de caso fortuito chegasse a ser adotada por autores recentes e incluída em Códigos modernos, como o nosso, a tendência subjetiva ressurgiu, voltando como uma novidade, a despertar a preferência de muitos juristas. O debate perdura há séculos.” (FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 27 – ênfase no original).

No mesmo sentido, J. M. de Carvalho Santos:

“Desde tempos antiqüíssimos que na fixação do conceito do caso fortuito ou de força maior surgiram divergências radicais entre os doutores, firmando-se duas doutrinas, uma das quais baseava-se no critério objetivo, procurando caracterizá-la com elementos decorrentes dos próprios acontecimentos, sem o menor apreço às condições pessoais e à diligência do obrigado, enquanto a outra, fundada num critério todo subjetivo, identificava aquela noção com a ausência de culpa.” (SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Interpretado**: principalmente do ponto de vista prático. vol. XIV. 8ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 230)

1.2. Uma profusão de conceitos

Assim como o próprio conceito dos termos “caso fortuito” e “força maior”, as origens das respectivas expressões, tal como utilizadas hoje dia, também estão envoltas em certo obscurantismo.

Tentou-se buscar no Direito Romano, mais especificamente em certos fragmentos de Ulpiano, o significado conferido aos institutos, apesar de, nem em relação a essa origem, haver convergência de opiniões.¹⁵

Em que pesem as inúmeras incertezas que circundam as origens de ambos os conceitos, o contrário pode ser observado em relação à grande quantidade de teorias que tentam explicá-los. Uma profusão de concepções sobre como poderiam ser caracterizadas a força maior e o caso fortuito foi sendo desenvolvida ao longo do tempo, sem, no entanto, que se vislumbassem com clareza, as suas bases de sustentação.¹⁶

Sem que, ao menos, se avaliasse a necessidade da distinção conceitual entre as duas expressões — situação que acabou por consumir demasiados papel e tinta de muitos autores ao longo do tempo —, pode-se dizer que, por vezes, a doutrina tateou terreno movediço ao tratar do tema, ao que, a Pontes de Miranda pareceu uma “perda de tempo”, dos escritores¹⁷.

¹⁵ “Não é exato que, entre os romanos, o *caso fortuito* se houvesse caracterizado pela impossibilidade de ser previsto; e a *força maior* pela impossibilidade de ser vencida. Tem-se pretendido que esta distinção tivesse sido feita por Ulpiano, quando em certa passagem afirmou: ‘*fortuitus casus nullum humanum consilium praevidere potest*’ (fr. 2, § 7, D. de *admin. Rer. Civitat. Pertinent*); falando em outra de ‘*vis cui resisti non potest*’ (fr. 15, § 2, D. *locati*).

Mas, a inexistência dela [distinção] já foi, à evidência, demonstrada por inúmeros autores (...).” (FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 29).

Pontes de Miranda também comenta sobre a falta de clareza sobre a origem da conceituação de ambos os institutos:

“Tentou-se apontar, nos textos romanos, diferença entre caso fortuito e força maior, inclusive em se contrastando, respectivamente, o conceito de imprevisibilidade e o de inevitabilidade, que lhes corresponderiam. Nunca se fez prova convincente de tal distinção conceptual.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, p. 77) – Grifos no original.

¹⁶ “Procurando diferenciar o caso fortuito da força maior, várias concepções tem surgido, algumas sem nenhuma utilidade prática e sem qualquer apoio nos textos legais que as inspiram.” (FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 85)

¹⁷ Essas são as suas exatas palavras:

“A distinção entre força maior e caso fortuito só teria de ser feita, só seria importante, se as regras jurídicas a respeito daquela e desse fossem diferentes. Então, ter-se-ia de definir força maior e caso fortuito, conforme a comodidade da exposição. Não ocorrendo tal necessidade, é escusado estarem os juristas a atribuir significados que não tem base histórica, nem segurança em doutrina. Lamentável é que, em vez de se fixarem conceitos, se perca tempo em critério de

A fim de que se evite esse vai-e-vem doutrinário, sem mesmo que se chegue a um ponto pacífico sobre a distinção conceitual entre “caso fortuito” e “força maior”, opta-se, nesse trabalho, pela posição adotada pela legislação civil.

Para efeitos eminentemente práticos, o Código Civil de 2002 — assim como o de 1916 — simplesmente não alimenta a discussão sobre eventuais distinções entre ambos os conceitos, equiparando, no entanto, os seus efeitos¹⁸.

Uma vez que a própria legislação já superou o debate, equiparando as consequências dos acontecimentos fortuitos ou de força maior, à “negação da imputabilidade¹⁹” — situação que já arrancava aplausos doutrinários, mesmo durante a vigência do Código Civil de 1916,²⁰ —, tal caminho será, aqui,

sabor pessoal dos escritores [...]” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino, *op. cit.* p. 79).

¹⁸ Código Civil Brasileiro de 2002. 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”.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 304

²⁰ Com efeito, o Código Civil de 1916 também já havia posto fim a essa interminável discussão, dispondo, em seu artigo 1.058, o seguinte: “Art. 1.058 — O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou de força maior, se, expressamente, não se houver por eles se responsabilizado, exceto nos casos dos artigos 955, 956 e 957.

Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

No mesmo sentido, J. M. de Carvalho Santos:

“A verdade, todavia, é que, embora não se possa negar a distinção entre o caso fortuito e a força maior, para os efeitos práticos não apresenta ela nenhuma utilidade. (SANTOS, J. M. de Carvalho *op. cit.*, p. 236).

Caio Mario também assim argumentava:

“Estes e outros critérios diferenciais adotados pelos escritores procuram extremar o caso fortuito da força maior. Preferível será, todavia, não obstante aceitar que abstratamente se diferenciem, admitir que na prática os dois termos correspondem a um só efeito, como observa Alfredo Colmo, que em última análise é a negação da imputabilidade (ver *Trabucchi, Instituzioni di Diritto Civile*, nº 236).

Foi neste sentido que marchou o Código Civil de 1916, reunindo os dois conceitos em função da exoneração de responsabilidade, declarando no parágrafo único do art. 1.058 que o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Tendo então em vista o significado negativo da responsabilidade, para o legislador brasileiro força maior e caso fortuito (*vis maior e damnum fatale*) são conceitos sinônimos.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva, *op. cit.*, p. 304).

No mesmo sentido, Arnoldo de Medeiros:

“Sinonímia reconhecida: Na realidade, porém, em nosso direito positivo, não havendo base segura para qualquer distinção entre caso fortuito e força maior, nem mesmo em face da legislação especial trabalhista, e estando generalizado o uso das duas expressões como sinônimas, preferimos aceitar também essa equivalência, tanto mais quanto os variados e contraditórios critérios diferenciais propostos aconselham ainda, do ponto de vista prático, a orientação que adotamos.” (FONSECA, Arnoldo Medeiros, *op. cit.*, p. 129 – grifos no original)

É interessante destacar, no entanto, que o próprio Clóvis Bevilacqua, autor do Código Civil de 1916, em seus comentários à sua obra, era o primeiro a alimentar essa discussão:

seguido, passando-se ao largo dessa discussão e utilizando-se, uniformemente, as expressões caso fortuito/força maior.²¹

Indo adiante, o que se passará a demonstrar, é que a utilização das expressões — cujas conseqüências, ressalte-se, são absolutamente idênticas — tal como é feita atualmente, não é capaz de oferecer respostas satisfatórias ao estudo da responsabilidade civil, a partir do momento em que se transita pelos sistemas de responsabilidade subjetiva e objetiva.

O que se verá, é que os conceitos de caso fortuito/força maior, tal qual aparecem no parágrafo único do art. 393 do Código Civil de 2002, prestam-se a afastar o dever de indenizar atribuído a determinado agente em casos de responsabilidade civil subjetiva — na qual se perquire a existência, ou inexistência de culpa. A utilização desses mesmos conceitos não poderia — ou deveria — ser utilizada para o eventual afastamento do nexo de causalidade entre a conduta e a lesão, mas sim em afastamento da incidência de culpa na conduta analisada²².

“Conceitualmente, o caso fortuito e a força maior se distinguem. O primeiro, segundo a definição de Huc, é ‘o acidente produzido por força ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes’. A segunda é ‘o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer.” (BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 2ª tiragem. edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, p. 173).

²¹ Por vezes a distinção deverá ser feita, o que configurará meramente um recurso argumentativo.

²² O parágrafo único do art. 393 deve ser lido conjuntamente com a cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva constante do caput do art. 927.

Sobre a existência dessa cláusula geral, ver Cavalieri Filho:

“A responsabilidade subjetiva era a regra no Código Civil de 1916, já que todo o sistema de responsabilidade estava apoiado na culpa provada, tal como prevista na cláusula geral do art. 159 — tão hermética que, a rigor, não abria espaço para responsabilidade outra que não fosse subjetiva. Apenas topicamente o antigo Código admitia a culpa presumida (art. 1.521) e a responsabilidade objetiva (art. 1.527, 1.528 e 1.529). em razão disso, a grande evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX (partimos da culpa provada e chegamos à responsabilidade objetiva, em alguns casos fundada no risco integral) teve lugar ao largo do Código de 1916, por meio de leis especiais.

O Código Civil de 2002 fez profunda modificação na disciplina da responsabilidade civil estabelecida no Código anterior, na medida em que incorporou ao seu texto todos os avanços anteriormente alcançados. E foi necessário, para que não entrasse em vigor completamente desatualizado. Podemos afirmar que, se o Código de 1916 era subjetivista, o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva. Mas isso não significa dizer que a responsabilidade subjetiva tenha sido inteiramente afastada. Responsabilidade subjetiva teremos sempre, mesmo não havendo lei prevendo-a, até porque essa responsabilidade faz parte da própria essência do Direito, da sua ética, da sua moral — enfim, do sentido natural de justiça. Decorre daquele princípio superior de Direito de que ninguém pode causar dano a outrem. Então — vale repetir —, temos no Código atual um sistema de responsabilidade prevalentemente objetivo, porque esse é o sistema que foi montado ao longo do século XX por meio de leis especiais: sem exclusão, todavia, da responsabilidade subjetiva, que terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa consagrando a responsabilidade objetiva.

Por isso, o Código de 2002 não poderia deixar de prever uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva. E essa cláusula é encontrada no seu art. 927, combinado com o art. 186. Dispõe o art. 927: ‘Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.’ O Código colocou aqui, com toda clareza, que quem pratica ato

Procedendo-se, por exemplo, a uma análise subjetiva em relação à conduta do devedor, e se, a essa análise, for constatado que ele tenha agido de maneira negligente, imprudente ou imperita — em outras palavras, se não se puder comprovar a ocorrência de caso fortuito/força maior —, o dever de indenização prevalecerá.

Por outro lado, certos casos há em que, para o afastamento do dever de indenizar, não se busca como causa, a exoneração da culpa — o mérito sobre a ocorrência, ou não, de negligência, imperícia ou imprudência não é sequer levado em consideração —, o que configura a existência de uma situação de responsabilidade objetiva.

Veja-se, a propósito, a literal disposição da cláusula geral de responsabilidade objetiva, constante no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002:

“§ único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Justamente pelo fato de, nesse dispositivo, estar-se tratando de responsabilidade civil em sua modalidade objetiva, não há que se falar em prova da inexistência do elemento subjetivo culpa para o afastamento do dever de indenizar. Para tanto, a única saída seria a demonstração do rompimento do nexo causal entre a conduta do agente ofensor, e os danos sofridos pelo lesado, sendo que tal demonstração não poderia ser feita com a utilização do parágrafo único do art. 393, ou seja, não poderia ser realizada a partir dos conceitos de caso fortuito/força maior.

Esta seria, portanto, uma hipótese de responsabilidade em que se privilegia quem sofreu a lesão, em detrimento do responsável pela sua causa — que, agora, terá maiores dificuldades para afastar a sua responsabilidade,

ilícito, causando dano a outrem, vai ter que indenizar. Mas não diz o que é ato ilícito, nem quando alguém o pratica.” (CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 22-23).

Parece-me, todavia, que há, na passagem acima, uma contradição em termos. Isso porque, boa parte do argumento desenvolvido tende a confirmar uma suposta tese de que o sistema de responsabilidade objetiva prevaleceria no Código Civil de 2002, configurando-se a regra geral, quando, na verdade, os meios utilizados pelo autor tendem a nos mostrar o exato contrário. Veja-se que há uma argumentação eminentemente subjetiva ao se afirmar em uma suposta “essência do Direito”, na “sua ética” ou mesmo em “princípios superiores” que deveriam ser, por todos, seguidos. Todas essas expressões podem ser lidas em contraposição à idéia de culpa, que é, justamente, o que a teoria objetiva pretende afastar. Não considero, nesse sentido, que o sistema de responsabilidade civil objetivo tenha prevalecido sobre o sistema baseado na culpa. Pelo contrário, pode-se entender que os casos de responsabilidade objetiva estejam expressamente dispostos no Código, ao passo que o sistema subjetivo seja “subsidiário”, o que não quer dizer, todavia, que um tenha prevalecido sobre o outro.

vez que a demonstração do corte causal constitui tarefa mais sofisticada do que a prova de uma conduta baseada em parâmetros medianos de diligência.

E a comprovação do rompimento causal passa, necessariamente, pela efetiva demonstração do que se passou a denominar “fortuito externo”, conceito que não se confunde com os de caso fortuito ou de força maior — que servem, repita-se, para a demonstração da inexistência de culpa.²³

A teoria do “fortuito externo” foi desenvolvida, justamente, para, em situações de responsabilidade objetiva — em que o afastamento do elemento subjetivo culpa não seria suficiente para que se chegasse à irresponsabilidade —, servir como limite entre a objetivação da responsabilidade civil, e a responsabilização absoluta.

Ocorre que, como mencionado, a busca por essa causa de exoneração é sensivelmente mais sofisticada. Com efeito, o enfoque não é direcionado à conduta do agente ofensor — se ele agiu culposamente —, mas sim, ao próprio fato causador do dano, analisado de maneira objetiva a partir de três critérios: inevitabilidade, irresistibilidade e — o mais significativo —, a sua externidade.²⁴

Antes, porém, de se alcançar o fortuito externo, será realizada uma breve análise sobre as duas principais teorias sobre o caso fortuito/força maior — as teorias subjetivista e objetivista.

2. DUAS TEORIAS EXPLICATIVAS

2.1. A teoria subjetivista

Pode-se dizer que a história das teorias explicativas do caso fortuito/força maior confunde-se com a própria história do estudo da responsabilidade civil. Nesse sentido, à teoria da responsabilidade civil clássica — baseada na culpa do agente ofensor —, seguiu-se o desenvolvimento de uma concepção

²³ A demonstração da inexistência de culpa serve simplesmente para o afastamento do dever indenizatório na modalidade de responsabilidade civil subjetiva, não cabendo sua utilização para que se escuse o devedor, em se tratando de responsabilidade objetiva, uma vez que não atua como afastador do nexo causal. Por outro lado, as situações de fortuito externo, apesar de atuarem sobre o nexo de causalidade — e, por conseguinte, serem aplicadas precipuamente sobre as situações de responsabilidade objetiva —, também podem ser utilizadas em casos de responsabilidade subjetiva. A inexistência do nexo de causalidade entre a conduta e os danos também livra o agente de responder, mesmo nas hipóteses de responsabilidade culposa.

²⁴ As principais características do fortuito externo serão melhor aprofundadas no capítulo 5.

que, centrando-se na análise da existência, ou não, de culpa, pudesse exonerar um eventual dever de indenizar atribuído ao causador do dano. Foi o que se denominou teoria **subjetiva**.

Essa teoria, capitaneada por Goldschmidt, teve como fundamento a idéia de uma “responsabilidade agravada”.²⁵ Segundo a teoria original — inicialmente afeita ao ramo das obrigações —, certos tipos de devedores não poderiam, para se escusar de cumprir com a obrigação de restituir determinada coisa, utilizar como justificativa para o inadimplemento, os eventuais imprevistos lhes acometidos. Em outras palavras, eventuais **casos fortuitos** não justificariam o inadimplemento²⁶.

Desenvolveu-se, assim, um conceito de “obrigação de custódia” em relação aos objetos confiados a determinado devedor, sendo que, a ele, portanto, não corresponderia uma obrigação de agir simplesmente de acordo com os parâmetros do chamado “homem médio”, ou de acordo com o *bonus pater familias* na guarda desse bem. Era necessário que, a essa diligência “mediana”, algo fosse acrescido.

E esse “algo” a mais foi a teorização do agravamento da responsabilidade civil, o que foi justificado pela necessidade de se conferir, ao indivíduo lesado em sua expectativa de guarda, maior possibilidade de reparação caso o inadimplemento fosse configurado.

Dessa forma, não mais importava que se agisse de acordo com padrões correspondentes à diligência média esperada, mas sim em razão da necessidade de adoção de uma conduta especial, adjetivada por uma *exactissima diligentia*.²⁷ O acréscimo na diligência do custodiante faria com que, à ele, fosse imputada a obrigação de

*“prendre « des mesures de précaution même extraordinaires commandées par toute espèce de circonstances, et il est responsable sans autre, du moment que leur omission a rendu possible le dommage... Au cas contraire, lui aussi sera libéré »”*²⁸

Para Goldschmidt, portanto, a única prova com eficácia liberatória que poderia ser utilizada pelo custodiante para fugir à responsabilidade de indenizar o lesado em razão do inadimplemento obrigacional, seria realizada com a demonstração de **força maior**.²⁹

²⁵ JUNOD, Charles André. **Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile**. Genève: Librairie de L'université, 1956, p. 11.

²⁶ *Idem. Ibidem*, p. 11

²⁷ *Idem. Ibidem*, p. 11

²⁸ *Idem. Ibidem*, p. 11

²⁹ “Somente o acontecimento que se houvesse produzido sem nenhuma culpa e que não estivesse compreendido em nenhum dos casos mencionados [1º ao pessoal da empresa e aos outros viajantes; 2º, a terceiros não pertencentes à primeira categoria, indo esta última apenas

O Prof. Arnaldo Medeiros da Fonseca, utilizando-se das palavras de Windscheid, aduz que essa nova situação poderia ser justificada pela “ideia de um acréscimo das obrigações do devedor, cuja precisa determinação é deferida pelo juiz”³⁰.

De acordo com o exposto, fica evidente o porquê da adoção do nome subjetivista a essa teoria: toda a análise sobre a existência, ou não, de força maior — e não do que se passou a denominar caso fortuito, incapaz, segundo a teoria subjetivista original, de exonerar o devedor — passaria, antes de tudo, pela análise da conduta do próprio agente ofensor.

Em outras palavras, caberia ao juiz — em último e derradeiro caso —, a ponderação de se o agente teria agido além da condição atribuída ao “homem médio”, ou seja, se houvesse agido de acordo com parâmetros de uma *exactissima diligencia* na guarda do bem lhe custodiado. Caso a essa indagação fosse atribuída uma resposta positiva, o inadimplemento da obrigação poderia ser escusado pela ocorrência de força maior, considerada como “todo acontecimento que o assumente não pode evitar com a máxima diligência (portanto diligência além da *diligentia boni patris famílias*)”³¹.

Nestes termos, fica claro que o maior escopo da teoria subjetivista seria o de isentar o agente ofensor da própria ideia de culpa. Ao estipular um parâmetro mais elevado da diligência a ser, por aquele, observado, os subjetivistas afirmavam que, até os limites desse parâmetro — a ser identificado pelo juiz —, ou seja, até os limites do dever de custódia, o inadimplemento da obrigação seria, necessariamente, causado por conduta culposa³². Ao risco que se atribuída ao custodiante, correspondia, justamente, o agravamento de sua responsabilidade.

Por outro lado, “*tout-ce-qui-est-delà-de-la-custodia*”,³³ poderia ser encarado como caso de força maior, situação que, por consequência, seria capaz de afastar a culpa. Da mesma forma, nos adverte Pontes de Miranda, baseando-se em Eduardo Espínola, nos casos “onde cessa a culpa começa o caso fortuito”, o que importaria, portanto em “investigar apenas a existência ou inexistência de culpa”. Era abraçar a teoria subjetivista, em toda a extensão.³⁴

até a obrigação da custódia] constituiria então *vis major*, não bastando, assim, na hipótese, as precauções de um *bom pai de família* e estendendo-se a responsabilidade à omissão de quaisquer medidas aconselhadas por toda espécie de circunstâncias.” (FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 52) – Grifos no original.

³⁰ *Idem. Ibidem*, p. 52-53

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino, *op. cit.*, p. 83.

³² O Prof. Arnaldo Medeiros da Fonseca, utilizando-se da teoria de Radouant, afirma haver uma sutil diferença entre as situações que configurariam caso fortuito e a ausência de culpa. Para maiores detalhes ver FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 49-50.

³³ JUNOD, Charles André, *op. cit.* p. 12.

³⁴ Eduardo Espínola utiliza-se da expressão caso fortuito para indicar o que, na teoria subjetivista, corresponderia à força maior. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino *apud* ESPÍNOLA, Eduardo, *op. cit.*, p. 87).

Veja-se que a teoria subjetivista foca, afinal de contas, em uma análise sobre a maior ou menor capacidade do agente de **prever** os acontecimentos que poderiam, eventualmente, causar a inadimplência da obrigação. Caso a sua capacidade de previsão fosse adequada — pautada pelos parâmetros de uma *exatissima diligentia* —, não haveria que se falar em culpa.

Ao juiz, caberia um exercício abstrativo consistente em imaginar todas as situações que **poderiam ser previstas** pelo devedor na tentativa de se evitarem os prejuízos, observado-se, é claro, o mais elevado grau de diligência implicado àquele³⁵.

É inegável que, ao nos fornecer uma explicação sobre o conceito de força maior, o que faz a teoria subjetivista é concedê-lo aplicabilidade prática evidente. Ela, dessa forma, atuaria como um limitador³⁶ à responsabilidade agravada adotada por Goldschmidt mantendo-se, no entanto, a “salvaguarda ao princípio universal da culpa”³⁷.

Essa teoria, no entanto, não estaria imune às críticas, o que teria como consequência a formulação de novas teorias explicativas das situações de caso fortuito e de força maior.

2.2. A teoria objetivista

À teoria subjetivista de Goldschmidt, seguiu-se outra, denominada objetivista, desenvolvida pelo jurista austríaco Adolf Exner³⁸, segundo a qual, a análise da ocorrência de força maior — causa possibilitadora da exoneração do dever de indenizar³⁹ —, não deveria partir da conduta esperada pelo agente causador do dano. Ao contrário, para que uma conclusão sobre o dever, ou não de indenizar pudesse ser atingida, deveria ser realizado um exercício capaz de se abstrair “qualquer situação pessoal do devedor e da diligência que tenha tido, ou devesse ter”⁴⁰.

³⁵ Ao elemento imprevisibilidade, como se vê, está associada grande carga de subjetivismo. Essa conclusão será aprofundada em capítulos posteriores, mais especificamente, quando se passar a caracterizar o chamado “fortuito externo”.

³⁶ JUNOD, Charles André, *op. cit.*, p. 12.

³⁷ *Idem. Ibidem*, p. 13.

³⁸ **La notion de la force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport**

³⁹ “Procura EXNER salientar o caráter igualmente objetivo do requisito quantitativo que exige, o qual não deve, na sua opinião, envolver nenhuma apreciação da existência ou inexistência de culpa, e nem mesmo a questão de saber se o acidente era inevitável, limitando-se o juiz ‘pelas aparências exteriores do caso, sem o exame aprofundado de suas particularidades’, a verificar se aquele apresenta, ou não, um caráter de intensidade que ultrapasse manifestamente o que se devia prever no curso ordinário da vida.” (FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 89-90).

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino, *op. cit.*, p. 87.

Veja-se que a teoria objetivista fundou-se numa das principais — senão a principal — críticas voltadas à teoria que pretendeu substituir, qual seja, a de deixar a cargo do magistrado a análise sobre a existência ou não de culpa na conduta do causador da lesão⁴¹. Segundo a recém criada doutrina, o elevado grau de subjetivismo conferido a esse exercício impossibilitaria que uma definição precisa sobre os casos de exoneração de responsabilidade pudesse ser adotada, já que, para cada devedor, uma hipótese absolutória distinta poderia ser alcançada.

Foi, portanto, partindo justamente dessa necessidade de se conferirem padrões absolutamente precisos⁴² às situações em que, ou i) se atribuiria o dever de indenizar, ou ii) se afastaria essa necessidade, que se colocou de lado a ideia de culpa — conceito que, por si só, já é extremamente carregado de subjetivismo.⁴³

⁴¹ Como bem afirma o Prof. Arnaldo Medeiros da Fonseca:

“O que mais se poderia pretender, das dissertações escritas sobre a matéria [teoria subjetivista], seria uma recomendação ao juiz, nessa hipótese, para ser mais severo do que indulgente na investigação da prova.” (FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.* p. 54).

⁴² “Celle-ci, au égard de sa foction, ne devra jamais designer que des circonstances bien déterminées, faute de quoi on risquerait de créer de nouvelles échappatoires ; ainsi donc, la compagnie de chemin de fer ne pourra pas simplement alléguer, si le cheval qu'elle devait transporter arrive mort à destination, qu'elle a pris toutes les précautions requises, mais elle devra démontrer qu'il a péri par l'effect de tel ou tel événement, dont la qualification juridique sera ensuite opérée par le juge.” (JUNOD, Charles André, *op. cit.*, p. 17).

No mesmo sentido, Pontes de Miranda:

“A teoria subjetiva tem o defeito de abrir margem às indagações relativas à culpa ou não-culpa. Com isso, o juiz tem maior campo do que lhe daria a teoria objetiva.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino, *op. cit.*, p. 87).

⁴³ Utilizando-se dos conceitos de diversos autores, Anderson Schreiber nos dá uma pequena mostra de como o conceito de culpa vem correndo um caminho tão sinuoso ao longo do tempo: “Na consagrada lição da doutrina francesa, a pedra de toque da responsabilidade civil consiste no ‘uso culpável da liberdade, que moralmente demanda uma sanção’. Como se vê, a culpa invocada pelos juristas da Modernidade possuía forte conotação moral. Embora a noção de culpa tivesse se desenvolvido no direito romano republicano com caráter eminentemente objetivo — sendo, ainda hoje, não raro confundida com a *iniura* em seu sentido mais amplo, de ato contrário ao direito —, a influência de noções gregas e orientais, essencialmente individualistas, em oposição à ideologia estatizante de Roma, deu-lhe conotação mais subjetiva, que, com a posterior difusão da ideologia cristã, ganhou fortes contornos éticos e morais, ligados à ideia do livre-arbítrio e de sua má utilização pelos fiéis. Durante toda a Idade Média, a influência do direito canônico reforçara este tom de infração moral atribuído à culpa, que chega ao início da Modernidade intensamente influenciada pela ideia de pecado, como consciente violação a um dever de ordem superior.

De fato, ao definir a noção jurídica de culpa, muitos autores se valiam — e ainda hoje se valem — de elementos psicológicos ou anímicos, típicos de uma avaliação moral e subjetiva da conduta individual. Assim, refere-se Chironi à culpa como um *stato d'animo* do agente que se pretende responsável. Salemi refere-se expressamente à relação entre a *psiche* e o ato lesivo, como característica da culpa. Stoppato alude à culpa como um *'diffeto della intelligenza'*.

Pontes de Miranda trata da culpa como ‘falta de devida atenção’. José de Aguiar Dias refere-se à previsibilidade do resultado como elemento indispensável ao conceito. Karl Larenz menciona, além da previsibilidade, um ‘ineludível’ juízo de valor do agente sobre seu próprio pensamento. A própria fórmula tríplice da negligência, imprudência e imperícia, incorporada a tantas codificações e apresentada frequentemente como substitutivo à definição de culpa, revele, claramente, o caráter moral e psicológico de que se costuma revestir o conceito. Não falta mesmo quem veja na culpa uma noção exclusivamente moral, de aferição nada científica.

Note-se que a formulação dessa teoria objetiva acompanhou os avanços doutrinários ocorridos dentro do sistema de responsabilidade civil *lato sensu*. Isso porque, na medida em que se abandonava a noção de culpa como ponto central no estudo da matéria⁴⁴, foi-se caminhando em direção a uma concepção objetiva da responsabilidade, deixando-se de lado elementos subjetivos que pudessem influenciar na análise.

Pelo fato de, nem a responsabilidade completamente subjetiva, e muito menos a sua modalidade agravada — analisada acima —, serem capazes de fornecer respostas verdadeiramente eficazes ante a cada vez maior necessidade de se conferir ao lesado, maiores possibilidades de reparação,⁴⁵ partiu-se para uma gradual objetivação do sistema de responsabilidade civil.

Tal mudança correspondeu, pura e simplesmente, a um “contra ataque” às questões que mais atormentavam os juristas da época, situações que não eram mais suficientemente regidas por um sistema de responsabilização baseado integralmente no elemento subjetivo culpa, responsável por, no mais das vezes, onerar somente o sujeito lesado, não garantindo a efetiva reparação⁴⁶. Não por acaso, uma das primeiras situações de objetivação da

Neste sentido, relembre-se a sempre citada definição de Philippe Malaurie, para quem a culpa, antes do mais, ‘é uma noção moral, colhida pela evidência, imediatamente ressentida por todos, salvo nos casos limites ou pelas consciências tortuosas.’ (SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, p. 14-15 – grifos no original).

⁴⁴ Como dito anteriormente, o estudo das teorias sobre as situações de caso fortuito/ força maior chega a confundir-se com o próprio estudo da responsabilidade civil. A partir de determinado momento histórico — mais precisamente, a partir da segunda metade do século XIX — o rápido e crescente avanço industrial fez com que se passasse a discutir uma teoria sobre o estudo da responsabilidade civil capaz de — no que se pensou à época — permitir um desfecho mais equitativo para as mais variadas controvérsias que surgiam em decorrência dos avanços tecnológicos e industriais. Para Louis Josserand:

“A necessidade dessa concepção [objetivação da responsabilidade civil] faz-se mais imperiosa na medida em que se desenvolve e se torna ilimitado o horizonte industrial, na medida em que a atividade se concentra em imensas empresas, nas sociedades poderosas na presença das quais o operário, com a teoria antiga [da culpa], ficaria desarmado; na medida em que também a indústria se torna mais técnica, mais largamente tributária da ciência, visto que os acidentes tornam-se então mais tenebrosos, muito frequentemente anônimos [...]” (JOSSERAND, Louis. **“Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas”**. In: *Revista Direito GV*, v. 1, nº 1, São Paulo: Editora FGV, maio 2005, p. 110.).

⁴⁵ “A perda desta força de contenção da culpa resulta no aumento do fluxo de ações de indenização a exigir provimento jurisdicional favorável. Corrói-se o primeiro dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, sendo natural que as atenções se volte — como, efetivamente têm-se voltado — para o segundo obstáculo à reparação, qual seja, a demonstração do nexo de causalidade.” (SCHREIBER, Anderson, *op. cit.* p. 50).

⁴⁶ Definido as bases éticas da teoria da responsabilidade objetiva, afirma Josserand:

“Como a causa do acidente é desconhecida, diz-se às vezes, *ninguém deve ser o responsável*, pois ninguém se encontra em estado de culpa’. O raciocínio é absolutamente falso: tão logo um acidente se produz, não é possível que ninguém seja responsável no sentido amplo da palavra, isto é, que ninguém suporte as consequências do evento; se o proprietário da coisa que causou o acidente não é obrigado a reparar o dano, a vítima deverá necessariamente suportá-lo; ela incorrerá em toda responsabilidade pelo acidente, responsabilidade que se traduzirá pela perda da vida ou da saúde, sem compensação. Qualquer que seja a solução adotada, uma responsabilidade sempre resultará dela; toda a questão é saber quem deve suportá-la”. (JOSSERAND, Louis, *op. cit.*, p. 111) - Grifos no original.

responsabilidade foi aplicada aos contratos de transporte, ramo da atividade comercial em que um grande número de distorções podiam ser observadas⁴⁷.

Favorecer a reparação, sim. O que não significaria, por outro lado, o estabelecimento de uma responsabilidade absoluta, contra a qual não se pudesse opor qualquer tipo de defesa. Foi a partir daí, que Exner formulou uma teoria que pudesse fornecer elementos necessários à exoneração da responsabilidade partindo-se de uma análise eminentemente objetiva. Uma teoria — objetiva — explicativa das hipóteses de caso fortuito e força maior.

3. A UTILIZAÇÃO DE DUAS TEORIAS

3.1. Conclusões preliminares: a força maior sob duas perspectivas

De acordo com o exposto até aqui, pode-se afirmar que o estudo da responsabilidade civil passou por três grandes momentos⁴⁸: o primeiro consistiu

⁴⁷ “Exner en déduisit qu’il faut imposer aus transporteurs um *jus singulaire* faisant de l’idée de diligence, de telle sort qu’ils répondent, en principe, de toute inexécution du contrat.” (JUNOD, Charles André, *op. cit.*, p. 17) – Grifos no original

⁴⁸ É interessante notar que Josserand, também enxerga um gradual desenvolvimento no estudo da responsabilidade civil, apesar de acentuar outros aspectos igualmente significativos: “É uma verdade superior a toda controvérsia desde a iluminada demonstração de Ihering, que as legislações primitivas fazem da injustiça e da responsabilidade uma concepção puramente objetiva: o mal é ali, em si mesmo, um ato contrário ao direito sem que haja a preocupação de retornar àquele do qual ele emana para lhe apreciar a origem e significação moral. O homem que sobre um dano se volta para a causa imediata de seu infortúnio, esteja ela em um ser inconsciente ou mesmo em uma coisa inanimada; ele se vinga dela como uma criança se vinga da pedra que a fez cair, do galho que a tingiu; ela torna essa causa imediata responsável em detrimento de toda vontade culpável, de todo elemento subjetivo: é o reino da responsabilidade objetiva.

Mas logo as noções jurídicas e morais desenvolvem-se, as consciências afinam-se: o elemento subjetivo invade o direito e a responsabilidade torna-se inseparável da ideia de culpa. O sistema da responsabilidade objetiva aparece como uma concepção grosseira e o da responsabilidade subjetiva como um progresso imenso, uma vitória definitiva do pensamento e da justiça sobre o materialismo e a brutalidade dos primeiros tempos.

Posteriormente, o tempo faz de novo a sua obra: uma outra transformação se completa. Diante do desenvolvimento inesperado do maquinismo e o caminhar sempre mais científico da indústria, o homem sente-se ameaçado por forças desconhecidas e temíveis; ele se vê exposto a acidentes anônimos cuja causa escapa a qualquer análise; ele sente a necessidade de se defender, não a exemplo de seus distantes ancestrais, contra toda força estrangeira, mas ao menos contra as forças que ele mesmo criou e das quais não pode sempre evitar os golpes. É então que a tese subjetiva trona-se insuficiente, que ela deve recuar diante da experiência para dar lugar a uma concepção mais ampla, melhor adaptada à nova sociedade; é então que a

na análise, única e exclusivamente, do elemento subjetivo culpa, para que se chegasse a um suposto dever de indenizar. Aquele que não fosse considerado culpado, não deveria sofrer o peso da reparação.

O segundo momento correspondeu ao que poderia ser encarado como um flerte com a objetivação. Com efeito, passou-se de um sistema integralmente baseado na idéia de culpa para uma noção que, ainda dela se utilizando — só que de maneira distinta —, estipulasse situações em que a culpa seria “adjetivada”. É o que foi denominado “responsabilidade agravada”, atrelada às situações de custódia.⁴⁹

Por fim, o terceiro momento consistiu na objetivação — senão completa, visto que o conceito de culpa permanece em determinados casos— da responsabilidade para certas situações previstas na lei. Alcançamos, portanto, um sistema de reparação civil que oscila entre o subjetivismo, de um lado, e o objetivismo, do outro.

Concomitantemente ao desenvolvimento de estudos que, ora eram integralmente baseados na culpa, ora buscavam afastar esse conceito, corresponderam outras teorias, as quais, por sua vez, almejaram criar hipóteses de afastamento da necessidade de reparação.

Desta feita — e aqui exposto de modo extremamente sintético —, para um sistema integralmente baseado na ideia de culpa, somente a demonstração de sua inexistência poderia livrar o devedor da exigência de reparar o dano causado.

Nesse mesmo sentido, para a responsabilidade subjetiva “agravada” — um quase apêndice da anterior, visto que não alterou significativamente as bases de seu núcleo — o único modo de escapar à obrigação reparadora,

responsabilidade se separa de novo da culpa à qual se pensava tê-la ligado indissoluvelmente [...]” (JOSSELAND, Louis, *op. cit.*, p. 118).

⁴⁹ Registre-se, ainda, que, dentro desse movimento de flerte com o objetivismo, uma outra situação pode ser destacada. Dessa forma, antes de se chegar a uma objetivação da responsabilidade civil — com o abandono da análise da culpa — passou-se por um movimento de presunção desse elemento subjetivo. O conceito de culpa presumida não equivale ao de responsabilidade objetiva, vez que ela não é afastada, mas, como diz o próprio nome, passa a ser presumida. Nesse caso, caberá ao agente ofensor provar que não agiu culposamente, facilitando-se a reparação do ofendido. Na lição de Cavalieri:

“A culpa presumida foi um dos estágios na longa evolução do sistema da responsabilidade subjetiva ao da responsabilidade objetiva. Em face da dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações e da resistência dos autores subjetivistas em aceitar a responsabilidade objetiva, a culpa presumida foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima. O fundamento da responsabilidade, entretanto, continuou o mesmo — a culpa; a diferença reside num aspecto meramente processual de distribuição do ônus da prova. Enquanto no sistema clássico (da culpa provada) cabe à vítima provar a culpa do causador do dano, no de inversão do ônus probatório atribui-se ao demandado o ônus de provar que não agiu com culpa.

Sem se abandonar, portanto, a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito prático próximo ao da teoria objetiva. O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado; mas, por se tratar de presunção relativa — *iuris tantum* —, pode elidir essa presunção provando que não teve culpa.”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*, p. 40).

seria, igualmente, a demonstração da ausência de culpa. Para essa situação, todavia, a demonstração da inocorrência desse elemento era mais sutil, partindo-se do pressuposto que a conduta do agente deveria ser pautada de acordo com *standards* mais elevados de diligência. A força maior equivaleria à única hipótese de afastamento do dever de indenizar.

Finalmente, correspondendo aos casos de objetivação da responsabilidade civil — em que se tentou afastar por completo a análise da culpa do agente — criou-se uma nova teoria para a força maior. Assim, a simples ocorrência de caso fortuito — o que também vale para a teoria subjetivista da força maior — seria insuficiente para desconstituir a necessidade de reparação. A única alternativa, nesse caso, seria a comprovação da ocorrência de força maior.

Veja-se que, para ambas as teorias explicativas da força maior — subjetivista e objetivista —, somente ela teria força de excludente de responsabilização.⁵⁰ Situações encaradas como mero fortuito não serviriam para tanto.⁵¹

A partir dessas constatações, pode-se chegar a duas conclusões distintas, porém complementares, e que, de certa forma, vem sendo ditas de maneira implícita ao longo desse trabalho:

i) partindo-se de um sistema de responsabilidade civil em sua modalidade subjetiva “agravada”, ou seja, em que parâmetros de diligência acima da média fossem buscados, a força maior — como única possibilidade de exclusão do

⁵⁰ “Muito mais interessantes, entretanto, do que as anteriores são as teorias mais modernas pelas quais a força maior abrangeria os eventos sempre exoneradores de responsabilidade, mesmo nas situações jurídicas em que dominasse um sistema de responsabilidade objetiva, por oposição ao caso fortuito que, ou não liberaria, ou somente seria atendido nas esferas que continuassem disciplinadas pelo direito comum, no qual se funda, em regra, a responsabilidade na culpa subjetiva do obrigado.” (FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 89) – Grifos no original.

Josserand também parece acreditar que as situações que envolvessem casos fortuitos não mais poderiam obstar a necessidade de reparação:

“O risco profissional deve entrar nos custos gerais de uma empresa industrial [...]. A necessidade dessa concepção faz-se mais imperiosa na medida em que se desenvolve e se torna ilimitado o horizonte industrial, na medida em que a atividade se concentra em imensas empresas, nas sociedades poderosas na presença das quais o operário, com a teoria antiga [responsabilidade civil subjetiva] ficaria desarmado; na medida em que também a indústria se torna mais técnica, mais largamente tributária da ciência, visto que os acidentes tornam-se então mais tenebrosos, muito frequentemente anônimos; o caso fortuito absorve mais e mais o domínio da culpa e a vítima, chocando-se contra o obstáculo da origem obscura do acidente, suportará quase sempre as consequências danosas de um estado de coisas, de uma força que não foi de forma alguma criada por ela. Existe um único meio de escapar desse resultado lamentável: assentar a teoria da responsabilidade sobre uma base mais larga, trata-se de admitir ao lado da responsabilidade nascida do delito a obrigação decorrente do fato da empresa, do simples jogo da atividade humana, do caso fortuito.” (JOSSERAND, Louis, *op. cit.*, p. 110).

⁵¹ Apesar de servirem ao mesmo propósito, os conceitos de força maior para as duas correntes doutrinárias eram distintos, vez que, como visto, um ainda se apoiava na noção de culpa, enquanto que o outro tentou afastá-la por completo.

dever de indenizar — serviria, simplesmente, para afastar a culpa do agente. Este é o caso de uma força maior subjetiva;

ii) partindo-se, todavia, de um sistema de responsabilidade civil objetivo, não há sentido em se atrelar as causas excludentes de reparação à noção de culpa. Para essas hipóteses, o único meio capaz de pôr um freio às ânsias indenizatórias seria o corte do nexo do nexo causal entre o dano sofrido e a conduta do agente que lhe deu causa. Esta seria a situação de força maior objetiva.⁵²

3.2. A equiparação dos conceitos:

Abram-se parêntesis para comentar o que já foi dito anteriormente. O que se percebe ao longo dos mais variados estudos sobre o tema, é uma desnecessária confusão terminológica envolvendo os conceitos de caso fortuito e de força maior,⁵³ o que chegou, inclusive a ocasionar movimentos tendentes a abolir por completo a utilização de uma dessas duas expressões.⁵⁴

Essa desnecessidade pode ser observada pelo simples fato de o legislador civil — não só brasileiro⁵⁵ — haver equiparado as consequências de

⁵² A ideia de que a força maior seria responsável por romper o nexo de causalidade entre o dano provocado e a conduta do agente foi desenvolvida Oftinger (*Schweizerisches Haftpflichtrecht*):

“Ultérieurement évoquée par divers auteurs, cette thèse a été reprise, sous une forme plus catégorique, par Oftinger qui, dans la magistrale partie de son *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, traite de la force majeure sous la rubrique « *Inadäquater Kausalzusammenhang* ». Il y déclare que « la libération [pour cause de force majeure] de la personne présumée responsable signifie simplement qu'on a reconnu que le rapport de causalité entre le fait qui lui est imputable et le dommage n'est pas adéquat ». Comparant ensuite casus et vis major, il écrit : « Le cas fortuit doit en conséquence agir d'autant plus fortement sur le rapport de causalité entre l'exploitation et le dommage pour qu'il parvienne, au titre de force majeure, à interrompre ce rapport », qui ne sera plus alors qu'un « simple anneau de fait, sans portée juridique, dans la chaîne des causes » (JUNOD, Charles André, *apud* Oftinger, *op. cit.*, p. 28).

⁵³ Conferir capítulos anteriores.

⁵⁴ “Para por termo a todas essas divergências e dificuldades de interpretação, foi que o 22º Congresso de juristas alemães emitiu voto favorável à eliminação da expressão força maior do projeto de Cód. Civil de seu país, ‘substituindo-se esse conceito por noções mais claras e mais precisas’. (FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 54).

⁵⁵ O Prof. Arnaldo Medeiros nos lembra que, em diversas legislações, existe identidade entre as expressões caso fortuito/força maior:

“Em primeiro lugar cumpre-nos assinalar que a distinção entre o caso fortuito e a força maior está, em muitos países, em franco declínio.

Assim, na França, é rejeitada pela maioria dos autores, sobretudo nos trabalhos mais recentes sobre a matéria, como BENNECASE, BRUZIN, RADOUANT, MARRE e SOLIMAN MORCOS, em face dos textos do Cód. Civil francês e da jurisprudência.

[...]

ambos os conceitos. Essa equiparação foi instrumentalizada através do parágrafo único do art. 393 do atual Código Civil.⁵⁶

Optou-se pela simples equiparação dos efeitos de situações fortuitas ou de força maior, o que, de acordo com o atual Código Civil, culminou com a redação do art. 393.⁵⁷

Registre-se não ter sido tal saída adotada única e exclusivamente pelo legislador civil brasileiro. O Prof. Arnaldo Medeiros da Fonseca nos lembra que existe “identidade de significações de ‘caso fortuito’ e ‘força maior’ em muitas legislações”.

Essa posição adotada pelo legislador merece, no entanto algumas breves considerações.

3.3. Uma indagação:

Na medida em que simplesmente equiparou os efeitos das situações fortuitas e de força maior, o legislador civil acabou por, de certo modo, desprestigiar as teorias que buscavam dar suporte teórico a ambas as situações.⁵⁸

Essa mesma circunstância conduz igualmente a rejeitar as demais concepções que visam estabelecer uma diferença de origem, de natureza ou de grau entre o caso fortuito e a força maior, ou atribuir a esta última uma eficácia mais ampla como causa liberatória de responsabilidade, pois o Código Napoleão, usando indiferentemente ora de uma, ora de outra expressão — e, às vezes, de ambas, separadas peça disjuntiva ou, como sucede no dispositivo básico sobre a matéria, que é o art. 1.148 —, emprega até mais frequentemente a primeira para designar acontecimentos destrutivos de toda responsabilidade; o que afasta as únicas concepções que poderiam oferecer qualquer interesse prático.

[...]

A sinóníma entre o caso fortuito e a força maior está também generalizada na Itália, cujo Cód. Civil nem alude mais a força maior; e é admitida pela jurisprudência espanhola e no Cód. Civil chileno (art. 55).” (FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 102-103).

⁵⁶ O que no Código anterior correspondia ao parágrafo único do art. 1.058.

⁵⁷ Código Civil Brasileiro de 2002: “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

⁵⁸ Não se está aqui a desprestigiar a louvável intenção legislativa de por fim às intermináveis e infrutíferas discussões sobre os conceitos de caso fortuito e de força maior. O que se pretende reforçar, é que toda a teoria por detrás das expressões foi abandonada. Assim, ao se igualarem as expressões, não se levou em consideração que uma e outra — em suas gêneses — possuíam utilidade prática distinta, servindo a força maior, de um lado, como causa demonstrativa da adoção de uma *exatissima diligentia* — o que afastaria a culpa do agente —, e, de outro, como excludente do nexo de causalidade para os casos de responsabilidade civil objetiva.

Por outro lado, a constante — e muitas das vezes embaraçosa — confusão doutrinária que se fez acerca do conceito de ambas as expressões, não poderia persistir, o que, acertadamente, levou o legislador civil a adotar uma posição, digamos, apaziguadora ao utilizar-se da equivalência de resultados das locuções.

A indagação que merece ser feita, no entanto, é a seguinte: na medida em que a equiparação dos efeitos de caso fortuito e de força maior somente aparece em um artigo do Código que trata de responsabilidade civil subjetiva⁵⁹ — que teria como pressuposto o afastamento da culpa —, como poderia ser denominado o evento correlato às situações de caso fortuito/força maior que, em sede de responsabilidade objetiva, pudesse escusar o obrigado de reparar os danos?⁶⁰ Em outras palavras, como poderia ser designada a situação que servisse como interrupção do nexo causal?⁶¹

Na origem das doutrinas subjetivista e objetivista sobre a força maior, seria ela, justamente, que serviria a esse propósito. Essa posição, no entanto, não poderia prevalecer, vez que a equiparação levada à cabo pelo legislador civil limitou as situações fortuitas, e de força maior, a excludentes da culpa, o que não poderia ser utilizado em sede de responsabilidade objetiva.

⁵⁹ Parágrafo único do art. 393.

⁶⁰ Relembre-se, no entanto, que a doutrina já consagrou outras causas aptas a romper o nexo de causalidade, quais sejam, a culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. Nesse sentido, Cavalieri Filho reputa como fatores de rompimento do nexo causal — igualando as expressões caso fortuito/ força maior:

“Causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo com a doutrina, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.” (CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 66.).

A doutrina francesa também já se manifestou nesse sentido, ao dispor que:

“*Le préjudice ne donne pas ouverture à action en responsabilité quand il doit être attribué exclusivement à la force majeure, au fait d'un tiers ou à la faute de la victime ; ce sont les trois causes étrangères. Les autres causes étrangères ne sont pas prises en considération.*” (LE TOURNEAU, Philippe, **La responsabilité civile**, Paris : Dalloz, 1982, p. 237 *apud* SCHREIBER, Anderson, *op. Cit.*, p. 66).

Note-se que, o que a doutrina francesa denomina como *cause étrangère*, são, justamente, as causas suficientes para o rompimento do nexo de causalidade. Isso faz sentido na medida em que a responsabilidade por um fato completamente externo à ação de determinado agente não poderia ser, a ele, atribuída. Veja-se, ainda:

“(…) la cause étrangère est un genre dont la faute de la victime, le fait d'un tiers et l'événement de force majeure sont des espèces.” (BRUN, Philippe. *Responsabilité Civile Extracontractuelle*. Paris : Lexis Nexis SA, p. 163). O que se percebe é que a doutrina francesa não considera o caso fortuito como situação capaz de romper o nexo de causalidade, ou seja, não o considera como uma *cause étrangère*, atribuindo, no entanto, à *force majeure*, essa capacidade. Essa posição é baseada nos antigos estudos sobre a força maior, o que deixado de lado por conta da equiparação dos efeitos das situações fortuitas/de força maior pelas legislações. Repare-se que, de fato, à culpa exclusiva da vítima e ao fato de terceiro pode ser atribuída a característica de externidade, visto que são situações externas à conduta do agente ofensor. Iremos detalhar a característica externidade mais à frente.

⁶¹ Ressalte-se mais uma vez que, para situações de responsabilidade objetiva, não faz sentido em se mencionar, como causa obstativa do dever indenizatório, a ausência de culpa.

3.4. A saída doutrinária: o resgate das características da força maior

Com a equivalência dos efeitos das expressões caso fortuito/força maior, era necessário que um novo elemento fosse utilizado, capaz de, por si só, afastar a responsabilização quando esta se tratasse de sua vertente objetiva. Era preciso que, hipóteses de rompimento do nexo causal fossem pensadas.

Para as situações em que a existência ou inexistência de culpa não seria levada em consideração — responsabilidade objetiva, portanto —, resgataram-se muito dos estudos que indicavam a força maior como um evento externo à atividade desenvolvida pelo agente causador do dano, de modo que a análise fosse direcionada, justamente, para o estudo do nexo.

De certa maneira, pode-se dizer que houve nova aproximação com a teoria objetivista, proposta por Exner, na medida em que, foi a partir dela, que se iniciaram os debates acerca da externidade dos acontecimentos que ensejariam a exoneração de responsabilidade.

Utilizando-se dos conceitos de Exner, o Prof. Arnaldo Medeiros entende que

“Desde que o prejuízo se haja produzido no interior da empresa, isto é, dentro de seu círculo de exploração, não se investiga mais nessa doutrina, como o mesmo se verificou, nem tampouco se era inevitável. A força maior estará afastada. Tratando-se, v. g., de um incêndio, procura-se saber apenas se o fogo veio, ou não, do exterior. Somente na primeira hipótese poder-se-á alegar força maior. Igualmente são excluídos dessa noção todos os fatos, mesmo inevitáveis, que são a consequência da ação normal dos elementos, ou que sucedem no curso ordinário da vida. Só os casos insólitos poderão ser compreendidos. Desta forma, limita-se consideravelmente o império da força maior.”⁶²

Ao comentar sobre a teoria de Exner, Louis Josserand também entende que a existência de uma situação de força maior possuiria características distintas do caso fortuito:

“Nessa obra admirável, o sábio professor da Universidade de Viena protesta contra a confusão estabelecida por alguns autores e algumas legislações entre as duas noções de caso fortuito e de força maior: essa confusão é tradicional entre nós. Ela surge em todos os tratados de direito comercial ou

⁶² FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 90.

de transporte, na motivação das decisões judiciais. Lyon-Caen e Renault reconhecem bem que ‘ rigor cada uma das expressões tem um sentido diferente’. Mas esses autores acrescentam imediatamente que, ‘sob o ponto de vista prático, não há qualquer interesse em distinguir as duas classes de eventos; seus efeitos são idênticos’. E o Tribunal de Dijon, no próprio julgado no qual adere à teoria objetiva, emprega indiferentemente uma ou outra expressão. Exner levanta-se com uma grande força contra esse hábito do espírito: ele estima justamente que é impossível não distinguir as duas categorias de acidentes estranhos à idéia de culpa, pois uns têm uma causa inerente à coisa, ao passo que os outros provêm de um fato absolutamente independente; os primeiros foram determinados no interior mesmo da empresa, é a hipótese de caso fortuito; os outros têm uma origem puramente exterior, é a hipótese de força maior”.⁶³

Junte-se a esse “retorno às origens”, o fato de que “uma análise detida da jurisprudência atual revela, em todo o mundo, uma gradual relativização do poder excludente destes fatores [caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro], com a sua absorção pela cadeia causal deflagrada pelo responsável”.⁶⁴

Dessa forma, com a retomada de concepções puramente objetivistas, somando-se ao fato de que a jurisprudência buscava alargar ainda mais o espectro reparatório do instituto da responsabilidade civil — dando-se um passo adiante mesmo em relação à objetivação do instituto —, foi desenvolvida a teoria do “fortuito interno”:

“Assim, por exemplo, ganha calorosa acolhida em diversos ordenamentos a chamada teoria do fortuito interno, desenvolvida no âmbito das relações de consumo, a fim de evitar a exclusão da responsabilidade do fornecedor por acontecimentos que, embora previsíveis e irresistíveis, se verificam anteriormente à colocação do produto no mercado.”⁶⁵

⁶³ JOSSERAND, Louis, *op. cit.*, p. 116.

Para Charles-André Junod, a gênese do conceito de força maior também estaria centrada na externidade do evento:

“a) *d'une part, le fait invoqué comme preuve libératoire doit avoir fait irruption du dehors dans la sphère d'activité du « responsable » ; son origine doit être extérieure ou même « étrangère » à « l'ensemble des activités qui coopèrent à une entreprise » ; en d'autres termes et selon l'excellente formule de Josserand, il doit y avoir « défaut de connexité entre le fait dommageable et le milieu, l'organisme où il a sévi.* (JUNOD, Charles André, *op. cit.*, p. 17).

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, p. 66.

⁶⁵ *Idem. Ibidem*, p. 66.

Chega-se, aqui, à convergência de duas situações distintas que acabariam por desaguar em um ponto comum: de um lado, percebia-se a maior necessidade de promover uma efetiva reparação — estabelecendo-se parâmetros ainda mais rigorosos do que a própria responsabilização objetiva o fez — fechando-se o cerco a situações que pudessem de alguma forma, provocar injustiças.⁶⁶ De outro lado, foi-se apurando a teoria objetiva de Exner,⁶⁷ de modo que ela fornecesse “*pour la première fois une justification technique inattaquable de la preuve libératoire de la force majeure*”.⁶⁸

Como consequência desse movimento — e para que se evitasse um sistema de responsabilização civil absoluto — é que se chegou ao desenvolvimento da teoria do “fortuito externo”, o qual seria dotado das características anteriormente atribuídas à força maior.

3.5. Outras conclusões:

Ao longo deste capítulo, foi demonstrado que, muito embora o legislador civil tenha, de fato, colocado um ponto final às intermináveis discussões sobre os conceitos de caso fortuito e força maior — a partir da equivalência de seus efeitos — não foi capaz de manter o embasamento teórico para situações de exoneração de responsabilidade civil objetiva.

Isso porque a força maior, tanto para os casos de responsabilidade subjetiva “agravada”, quanto para as situações de responsabilidade objetiva, agia como um limitador à reparação: de um lado, era prova da inoccorrência de conduta culposa, e, de outro, era a prova da existência de um fato externo à atividade desenvolvida pelo agente causador do dano — agindo, assim, nesse último caso, como fator de rompimento do nexo de causalidade.

A partir da já referida equivalência dos efeitos das situações de caso fortuito e força maior, abriu-se uma lacuna que poderia levar a certo tipo de responsabilidade civil objetiva absoluta — o que, a bem da verdade, não seria recomendável sob nenhum aspecto — já que os efeitos obstativos da força

⁶⁶ “Il nous faut, à cette fin, revenir à la ratio legis qui, selon Exner, légitime l’institution de certains cas de responsabilité causale, à savoir la nécessité de remédier aux difficultés de preuve (Beweisnotstand) auxquelles se heurtent certaines catégories de débiteurs ; c’est pour écarter ce danger qu’Exner propose d’exiger du transporteur une justification positive et précise, impliquant preuve de l’événement prétendument fortuit et dommageable. En conséquence, selon les propres termes de son auteur, cette construction doit simplement permettre « d’atteindre toujours et plus sûrement le coupable ».” (JUNOD, Charles Andre, *op. cit.*, p. 21).

⁶⁷ Oftinger. **Schweizerisches Haftpflichtrecht.**

⁶⁸ JUNOD, Charles Andre, *op. cit.*, p. 29.

maior agora eram direcionados somente aos casos de responsabilidade civil subjetiva, nos termos do art. 393 do Código Civil de 2002.

Para o preenchimento dessa lacuna, tratou a doutrina de estipular uma hipótese de liberação indenizatória, que foi, justamente, a teorização do fortuito externo. Para tanto, foram utilizados — senão os mesmos — alguns dos conceitos anteriormente atribuídos às situações de força maior.

Perceba-se, ainda, que essa teorização sobre o fortuito externo foi, antes, precedida da necessidade de se manterem intactos e de se fortalecerem os pressupostos que assegurariam a efetiva reparação dos danos — mesmo que se tratasse de responsabilidade objetiva. Pode-se dizer, portanto, que, antes mesmo do fortuito externo, foi desenvolvida a teoria do fortuito interno. Com ele, manteve-se firme a convicção de que, à vítima, deveriam ser conferidas amplas possibilidades de haver reparado o seu prejuízo.

Teorizou-se, antes de mais nada, a busca pela reparação para, em seguida, serem fundamentadas algumas alternativas de exoneração.

4. A BUSCA PELA EFETIVA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Para que se compreenda o que se entende por fortuito externo, deve-se, antes ainda, dar-se um passo atrás, tomando emprestados conceitos surgidos no estudo das relações de consumo.

Com efeito, a chamada teoria do fortuito externo desenvolveu-se com o aperfeiçoamento e a complexidade de outra teoria, dessa vez, a do fortuito interno, conceito proveniente das relações de consumo — ramo do direito em que a figura do consumidor como figura hipossuficiente passou a ser tutelada com maior afincio.

Num primeiro momento, teve-se a percepção de que a sociedade dita moderna concentrava, em si, um potencial lesivo gigantesco. Não foi por acaso, que a famosa alcunha sociedade de risco tornou-se de uso ordinário por aqueles que, minimamente, tentam desenvolver o conceito⁶⁹.

Não se pretende aqui, de maneira exaustiva, desenvolver teses sobre como o acelerado processo de industrialização e modernização de nossa

⁶⁹ É até, de certo modo, desconcertante a vulgaridade com que se passou a aplicar o termo “sociedade de risco”, desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck em sua obra homônima. Cabe a ressalva de que não se está, aqui, tentando incorrer no grandioso desafio de se explicar a sua teoria. Utiliza-se, portanto, o termo de maneira abrangente, sem a sombra do rigor técnico com que foi construído ao longo da obra de Beck.

sociedade criou mais e mais situações propícias à produção do risco⁷⁰. A entrada em cena da tutela dos interesses coletivos e difusos⁷¹ é sintoma significativo para a demonstração que, de fato, não se fala mais, e tão-somente, de riscos a serem geridos entre particulares, com efeitos que se irradiam entre duas partes bem identificadas. Com efeito, tratam-se, agora, de demandas transindividuais, com implicações que se espraiam sobre número indeterminado de pessoas⁷².

Os “novos danos”⁷³ podem ser observados, por exemplo, no campo do direito ambiental ou mesmo provenientes das relações de consumo e, no mais das vezes, ocorrem — e são causados — por conjunturas que seriam muito improváveis, ou até mesmo impossíveis de serem previstas.⁷⁴

Veja-se que, nas relações de consumo, o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos processos industriais — o que deu causa a uma verdadeira produção em massa de bens consumíveis — fez progredir quase de maneira geométrica o potencial lesivo armazenado ao longo dos mais diversos procedimentos fabris.⁷⁵ O que se observa, nesse sentido, é, de um lado, o

⁷⁰ “A evolução científica e industrial conduziu, como já truísmo dizer, a uma substancial majoração do potencial lesivo da autonomia privada. A exploração de novas fontes de energia; as técnicas de produção em massa; a ampla comercialização de medicamentos e terapias que refletem descobertas relativamente recentes de ciência médica; o desenvolvimento desconcertante dos transportes terrestre, aéreo e marítimo; a explosão da mídia; tudo que caracteriza, enfim, a sociedade contemporânea esconde, por trás de si, um enorme potencial de dano.” (Schreiber, Anderson, *op. cit.*, p. 82).

⁷¹ Esse novo modelo processual corresponderia à segunda onda cappellettiana de acesso à justiça. Apesar de não estarmos aqui tratando do tema *direitos difusos*, esse conceito pode ser útil para a compreensão do grau de complexidade atingido pela sociedade dita *pós-moderna* e as técnicas — nesse caso, processuais — adotadas a superação das dificuldades inerentes a ela — o que, análogamente, em relação ao Direito Civil, correspondeu à objetivação da responsabilidade civil. Nesse sentido, as palavras do próprio Prof. Mauro Cappelletti:

“A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos interesses difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.” (CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan **Acesso à Justiça**. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49-50).

⁷² “O atual reconhecimento dos direitos coletivos (*lato sensu*) decorre de movimentos sociais que emergiram na virada da década de 50 para 60, representados por mulheres e negros norte-americanos e, em menor escala, por ambientalistas e consumeristas. Para os europeus, seriam considerados direitos de terceira geração, desdobramentos dos direitos de primeira e segunda geração.” (BENJAMIN, Antonio Herman, MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 381).

⁷³ SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁴ O capítulo “O Risco na Sociedade Contemporânea”, do também sociólogo italiano Raffaele de Giorgi nos traz uma análise inquietante sobre os paradoxos da sociedade moderna (DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Risco e Democracia**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 185-200).

⁷⁵ “Os sistemas econômicos se tornam necessariamente complexos. A sociedade industrial, marcada pela massificação, movida por grandes proporções de consumo não mais prescinde no trato de tutela jurídica adequada no trato de novas situações. As fronteiras mundiais se abrem ao comércio de todo o gênero de produtos, forçando a criação de normas de cunho

aumento significativo do risco proporcionado pela produção de bens comercializáveis, e, de outro, a busca pela proteção da figura do consumidor⁷⁶.

Atente-se para o fato que, em se tratando de relações de consumo, está-se, via de regra, a falar de responsabilidade civil em sua modalidade objetiva,⁷⁷ o que — apesar da importância de se tutelarem os interesses dos consumidores — nunca poderia ter como consequência a instauração de um regime de responsabilização absoluto. Estabeleceu o Código as hipóteses de afastamento do dever reparatório⁷⁸ através do corte causal entre a conduta do produtor e o dano sofrido pelo consumidor.

Uma simples leitura do parágrafo único do art. 12, todavia, já é suficiente para que se perceba que, nem as situações de caso fortuito quanto as de força maior foram previstas pelo legislador consumerista como aptas a afastar eventuais obrigações de reparação.

Esse é mais um sintoma do que foi tratado anteriormente: a partir do momento em que as consequências de situações fortuitas e de força maior foram equiparadas pelo legislador civil — para hipóteses, repita-se, de responsabilidade subjetiva —, não havia mais sentido em se pretender afastar um eventual dever de indenizar em que não mais se atentaria à existência, ou não, de culpa, utilizando-se de conceitos que não teriam a capacidade de romper com o nexo de causalidade. Em outras palavras, o caso fortuito e a força maior, tal qual previstas, no art. 393 do Código Civil de 2002 — sendo insuficientes para o corte causal —, não poderiam ser aplicados às relações de consumo.

Dessa forma, a doutrina, amparada no texto do CDC, entende que:

“Como aguçadamente assinala Gabriel A. Stiglitz, como regra geral, ‘a exoneração total ou parcial da

supranacional destinadas a homogeneizar relações de consumo nas diversas nações. A difícil evolução dos textos normativos, forjada na necessária experiência pretoriana e adequadamente contemplada nos textos de doutrina renovadora, cada vez mais busca seu escopo maior de concretizar os anseios de seus destinatários.” (MARINS, Jaime. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17).

⁷⁶ Não é demais lembrar que a própria Constituição Federal já considerava, ainda que de modo implícito, a existência de uma hipossuficiência detida pelo consumidor, em relação ao produtor. Basta ver que o artigo 5º, XXXII já previa uma atuação positiva do Estado-legislador para defesa do consumidor.

⁷⁷ Código de Defesa do Consumidor brasileiro: “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. (grifou-se).

⁷⁸ § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

responsabilidade do fabricante requer, então, a presença de algum dos elementos obstativos do nexo causal, quer dizer, caso fortuito ou força maior externos à coisa ou empresa, ou ainda culpa da vítima ou de terceiro por quem não deva responder, não sendo suficiente ao produtor provar sua falta ou culpa (Protección jurídica Del consumidor, p. 95)⁷⁹

Todavia, por ser o ramo das relações de consumo objeto de especial atenção da doutrina, o que se fez, antes de se estipularem as hipóteses de exoneração do nexo de causalidade, foi definir-se exatamente o oposto, ou seja, em que situações ele não seria rompido.

Nesse sentido, veja-se a lição de Jaime Marins:

“Há, em nosso entender, que se dividir o estudo do caso fortuito e da força maior, como possíveis causas excludentes da responsabilidade do fornecedor, em dois momentos distintos: 1) quando ocorrentes antes da inserção do produto causador do dano no mercado de consumo; e 2) quando ocorrentes depois da inserção do produto causador do dano no mercado de consumo.

Para a primeira hipótese, se a força maior ocorre ainda dentro do processo produtivo, até o momento em que, juridicamente, se tem o produto por colocado em circulação, não há que se falar em exclusão da responsabilidade do mesmo. Isto porque até o momento em que o produto ingressa formalmente no mercado de consumo tem o fornecedor o dever de diligência de garantir que não sofra qualquer tipo de alteração que possa torná-lo defeituoso, oferecendo riscos à saúde e segurança do consumidor, mesmo que o fato causador do defeito seja a força maior.

Por outras palavras, a ação da força maior, quando ainda dentro do ciclo produtivo, não tem a virtude de descaracterizar a existência de defeito juridicamente relevante (possivelmente ‘defeito de produção’, consoante a classificação que adotamos).⁸⁰

Como se vê, o corte feito pela doutrina abrange dois momentos distintos: o primeiro, em que o dano perpetrado pelo agente é causado ainda dentro do círculo produtivo — antes, portanto, de sua inserção no mercado. Já o segundo

⁷⁹ BENJAMIN, Antonio Herman, MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p. 127.

Interessante notar que, ao lado das expressões, caso fortuito e força maior, os autores apressam-se a acrescentar o adjetivo “externo”. Isso faz sentido na medida em que as situações fortuitas e de força maior “internas”, ou seja, adstritas aos liames da culpa — previstas no art. 393 do Código Civil —, não teriam o condão de afastar o dever de indenizar em se tratando de responsabilidade objetiva., como visto anteriormente.

⁸⁰ *Idem. Ibidem*, p. 153.

momento, refere-se ao dano quando ocasionado posteriormente ao ingresso do produto no mercado de consumíveis.

Esse entendimento leva à conclusão de que, em relação à primeira situação, a produção danosa ocorreu por motivos inerentes ao próprio processo fabril. Entende-se, nesse sentido, que o produtor, e somente ele, seria o responsável pela criação de variáveis potencializadoras do risco, risco este que seria transmitido, através do produto final até alcançar o consumidor. Em assim sendo, o que fosse inerente a esse processo produtivo e que tivesse, em si, potencial ofensivo contra a figura do consumidor — ofensa que, mais tarde, viesse a se concretizar —, deveria ser atribuído como responsável o empreendedor.⁸¹

A tais casos, não haveria que se falar em “corte” do nexo de causalidade, vez que o responsável por dar causa ao dano, teria sido o próprio fabricante. E essa conclusão é embasada em duas razões: em primeiro lugar, porque a atividade fabril por ele desenvolvida já seria, em si, viciada — capaz de prover a mercadoria de um risco que, em princípio, nela não existiria. Em segundo lugar seria ele, fabricante, o agente introdutor desse produto viciado no mercado, expondo o consumidor a riscos por ele próprio gerados.

Por outro lado — e agora tratamos da segunda situação acima descrita —, caso todo o processo fabril tenha transcorrido sem que o produtor tenha contribuído para a potencialização do risco adquirido pela mercadoria, mas que, ao contrário, assumindo-se que esse risco venha a ser observado por razões externas à sua produção, aí sim, poderia se cogitar a ocorrência de um verdadeiro “caso fortuito” (externo) — capaz de interromper o nexo de causalidade entre o dano produzido e a conduta do agente. É o que a doutrina entende por fortuito externo⁸².

Bem vistas as coisas, o que se pretendeu, com a teoria do fortuito interno, foi, justamente, fortalecer a proteção dispensada ao consumidor, corroendo-se, dessa forma, o último meio a ser utilizado para a defesa do agente ofensor em situações de reparação civil objetiva⁸³. A interrupção do nexo de causalidade, de agora em diante, somente poderia ocorrer com a verificação hipóteses muito específicas que são, por sua vez, o objeto do próximo capítulo.

⁸¹ Repare-se para a sincronia de argumentos entre essa posição e a teoria objetivista de força maior, tal qual desenvolvida por Exner, conforme nota de rodapé nº 53.

⁸² “Assim, por exemplo, ganha calorosa acolhida em diversos ordenamentos a chamada teoria do *fortuito interno*, desenvolvida nos âmbito das relações de consumo, a fim de evitar a exclusão da responsabilidade do fornecedor por acontecimentos que, embora imprevisíveis e irresistíveis, se verificam anteriormente à colocação do produto no mercado”. (SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, p. 64).

⁸³ “Por consistir em risco ligado à atividade do sujeito responsável, o fortuito interno tem sido considerado insuficiente para o afastamento da relação de causalidade entre a atividade desenvolvida e o dano, mesmo quando imprevisível e irresistível. Em outros termos aos tradicionais requisitos da imprevisibilidade e irresistibilidade do caso fortuito, tem-se acrescentado esta terceira exigência – a externalidade ou externidade do caso fortuito, sem a qual se conserva a responsabilidade.” (*Idem. Ibidem*, p. 64-65).

5. FINALMENTE, O FORTUITO EXTERNO

5.1. Ressalva introdutória:

Até agora, adotou-se uma metodologia eminentemente histórico-indutiva. Dessa forma, abordaram-se os principais aspectos das mais importantes teorias que se propuseram a explicar as situações de caso fortuito e de força maior — subjetivista e objetivista —, aproveitando-se, ainda, para oferecer um panorama geral sobre os sistemas de responsabilidade civil em suas vertentes também subjetiva e objetiva.

Nesse sentido, buscou-se na gênese das teorias subjetiva e objetiva de caso fortuito e de força maior algum critério que fosse capaz de diferenciar ambos os conceitos.⁸⁴

Foi visto, assim, que, para os dois casos, a força maior atuaria como um limitador à responsabilização — apesar da utilização de pressupostos teóricos distintos — na medida em que, ora atuaria como um afastador da culpa, ora como um afastador do nexo de causalidade.

A partir da decisão legislativa de se equipararem os conceitos para as situações de responsabilidade subjetiva, no entanto, demonstrou-se que as hipóteses de responsabilidade objetiva poderiam perder um importante instituto que impedisse a ocorrência de uma “responsabilização absoluta”⁸⁵. Entretanto, o direito do consumidor deu resposta a essa lacuna, na medida em que — não sem antes ressalvar e ampliar as garantias conferidas pela objetivação da responsabilidade em se tratando de relações de consumo — desenvolveu a teoria do fortuito interno, a qual, mais tarde, acabaria por culminar na noção de

⁸⁴ Em nenhum momento, no entanto, pretendeu-se cravar um conceito específico que pusesse fim às incontáveis controvérsias que se originaram a esse respeito. Muito pelo contrário. O que se fez foi louvar a atitude do legislador em acabar com esse tipo de discussão, na medida em que equiparou os efeitos das hipóteses de caso fortuito e de força maior.

⁸⁵ Lembre-se que existem outras hipóteses de rompimento do nexo causal — culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. Entretanto, pelo que foi visto, a doutrina francesa entende serem essas outras hipóteses — assim como a força maior, tomada esta com suas características antigas, analisadas ao longo desse trabalho — como espécies do gênero *cause étrangère*. Assim, à elas, poderia ser atribuída a características de externidade, o que lhes conferiria a capacidade de romper o nexo de causalidade. Poder-se-ia afirmar, nesse sentido, que, tanto a culpa exclusiva da vítima, quanto o fato de terceiro seriam também situações correspondentes ao que antigamente se denominava força maior — e do que hoje, se denomina fortuito externo? Essa indagação mereceria um novo trabalho para ser respondida.

fortuito externo — este sim, capaz de impedir a concretização do nexo de causalidade.⁸⁶

De agora em diante, portanto, passa-se à análise de quais seriam as principais características do chamado fortuito externo.

5.2. Fortuito externo: suas principais características

O parágrafo único do art. 393 do atual Código Civil⁸⁷ é responsável por trazer algumas características do que é denominado “caso fortuito ou de força maior”. Como dito anteriormente, no entanto, a análise única e exclusivamente desse dispositivo não será suficiente para que se alcancem os traços do “fortuito externo”, vez que, aquelas hipóteses de exclusão do dever de indenizar atuam sobre o elemento subjetivo culpa — afastando-o —, o que é dispensável em relação às situações de responsabilidade civil objetiva.⁸⁸

Esse caminho aberto pela lei, entretanto, não pode ser ignorado, razão pela qual a análise das principais características do fortuito externo, deve passar, antes de mais nada, pelo elementos já trazidos pelo parágrafo único do art. 393, acrescentando-se todavia, o elemento caracterizador e diferenciador do fortuito externo.

5.2.1 Inevitabilidade:

Em relação ao conceito de inevitabilidade, importante ressaltar os sempre coerentes ensinamentos de Pontes de Miranda, no sentido de que:

⁸⁶ O que, aliás, acabou sendo a única alternativa para, em se tratando de relações de consumo — responsabilidade objetiva — afastar o dever de indenizar.

⁸⁷ Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

⁸⁸ “Importa, isso, admitir que também na responsabilidade objetiva teremos uma atividade ilícita, o dano e o nexo causal. Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independentemente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento.” (CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 140)

“Não se trata de ser impossível evitar ou impedir o *casus*, mas sim os efeitos do *casus*. Não se alude a previsibilidade. O caso fortuito ou a força maior pode ser previsível. Se a impossibilidade já se caracterizara antes da conclusão do contrato, o contrato é nulo; se depois, regem os princípios sobre impossibilidade do adimplemento.”⁸⁹

Como se vê Pontes de Miranda afasta completamente de sua análise, o conceito imprevisibilidade,⁹⁰ distanciando esse conceito com o de inevitabilidade.

Dessa forma, para que o dever indenizatório seja afastado, não se deve cogitar de um acontecimento que se não possa evitar. A inevitabilidade reside no fato de que não se poderão evitar as consequências da situação.

Voltando ao exemplo mencionado acima, imagine-se uma situação em que determinada empresa de transportes ferroviários seja impedida de realizar as suas atividades em decorrência de um raio que danificou os trilhos. A partir dessa situação, duas hipóteses podem ser imaginadas.

Na primeira, ainda há a possibilidade de prestação do serviço, ainda que, para tanto, um esforço acima do comum deva ser realizado para que os trilhos sejam reparados. Nessa situação hipotética, não se pode dizer que as consequências do raio — a não realização do transporte — são inevitáveis. A empresa possui uma alternativa viável para fugir às consequências desse fenômeno natural.

Por outro lado, supondo-se que o trem deva passar por uma ponte e que, esta, venha a desabar. Não há como a locomotiva dar a volta. Aquele era o único caminho possível para se alcançar o destino almejado.

Nesse caso, pode-se vislumbrar o requisito inevitabilidade. A companhia de transportes não possui alternativa, a não ser se conformar com o fato de que não como se passar pela ponte naquele instante.

Deve-se afirmar, ainda, em se tratando de fortuito externo, uma impossibilidade absoluta, e não, simplesmente relativa. Assim,

“[...] a inevitabilidade deve ser encarada, principalmente, tendo-se em vista as condições objetivas do caso concreto, atendidas as possibilidades humanas, com abstração da pessoa do devedor considerado e o grau de diligência a que estivesse obrigado.”⁹¹

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino, *op. cit.*, p. 84.

⁹⁰ O que será objeto de um tópico mais à frente.

⁹¹ SANTOS, J. M. de Carvalho, *op. cit.*, p. 241

Por estar-se tratando de causa que exclui o nexo de causalidade entre a conduta e os danos experimentados pelo sujeito lesado, não haveria, mais uma vez, que se adentrar a análise sobre a capacidade do agente. Assim, pouco importa se ele tinha a capacidade de previsão mais ou menos aguçada⁹², se era mais ou menos apto a remediar as circunstâncias ou, até mesmo, que outro indivíduo, no seu lugar, tivesse e saído com mais destreza na condução dos acontecimentos. Nada disso vem ao caso. É preciso que a inevitabilidade tenha como consequência direta contra o inadimplemento.⁹³

5.2.2. Irresistibilidade:

Outra característica a que alude o Código Civil, seria a irresistibilidade dos acontecimentos.

⁹² TJRJ, Apelação Cível nº 2007.001.48640, Rel. Des. Mario Assis Gonçalves, j. 22.11.07. “Ementa: Civil. Consumidor. Fortuito externo. Caso fortuito. Força maior. Forte temporal que se precipitou sobre a região metropolitana do Rio de Janeiro. Interrupção do fornecimento de energia elétrica. Danos morais. Excludente de responsabilidade. Responsabilidade objetiva. Inexistência. Decadência. Prazo prescricional do art. 27 do CDC, dado que pretende o autor indenização de danos morais decorrentes de eventual falha do serviço, e não da decadência prevista no art. 26, inciso II, do mesmo diploma legal, por não se tratar de vício do produto ou do serviço. O caso fortuito ou a força maior rompe o liame de causalidade entre a conduta do agente concessionário para o fornecimento de energia elétrica e o evento danoso, inexistindo, em virtude disso, a responsabilidade. As chuvas torrenciais e os fortes ventos que as coadjuvaram na chamada noite de réveillon se inserem mais na categoria de inevitabilidade do que na de imprevisibilidade. Vendaval, chuvas de granizo, alagamento de vias públicas, quedas de árvores, enfim, tempestades desse nível são causas eficientes para o rompimento do nexo de causalidade, inexistindo, via de consequência, falha na prestação de serviço. Não soa razoável que tenha a concessionária, mantenedora de redes externas de fornecimento de energia elétrica, de corrigir os danos causados à dita rede, dada a dimensão de verdadeira catástrofe como a que se abateu sobre toda a região metropolitana do Rio de Janeiro, sendo certo que tempestades como a ocorrida extrapolam a capacidade de pronta recuperação dos serviços da concessionária. Inexistência de dano moral a ser indenizado. Aplicação do art. 557, § 1º - A, do CPC. Recurso a que se dá provimento.”;

TJRJ, 9ª Câmara Cível, Des Rel. Renata Cotta, j. 24.09.08, Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Interrupção do serviço de energia elétrica. O fornecimento de energia elétrica na residência da autora foi interrompido na noite de Natal, em decorrência das fortes chuvas que assolaram o Estado do Rio de Janeiro. Fortuito externo que se caracteriza mais pela inevitabilidade do que por sua imprevisibilidade. Distribuição de energia elétrica por rede externa que se sujeita às forças da natureza. Restabelecimento do fornecimento de energia elétrica em prazo razoável em virtude da dimensão dos estragos causados. Recurso a que se nega seguimento”

⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino, *op. cit.*, p. 85.

Ou seja, é preciso que detenha caracteres objetivos:

“A razão, a nosso ver, está com o Professor Arnoldo Medeiros, mesmo porque, em tais casos [de impossibilidade subjetiva], a impossibilidade relativa é uma consequência, em última análise, da culpa do próprio devedor.” (SANTOS, J. M. De Carvalho, *op. Cit.*, p. 245).

Dessa forma, entende o Prof. Arnaldo de Medeiros, amparado por Radouant, que “a confusão entre ambas [impossibilidade de executar e irresistibilidade] provém de que a segunda é também uma impossibilidade — a de *resistir*”.⁹⁴

O que importa, nesse sentido, seria uma eventual irresistibilidade que resultasse impossível a execução de determinada obrigação. Bem vistas as coisas, um evento pode resultar em impossibilidade de executar sem que, para tanto, as suas causas tenham sido irresistíveis. A diferença é sutil.

Veja-se o seguinte exemplo fornecido por Radouant:

Imagine-se que determinado fornecedor de produtos, para realizar a entrega dos bens, necessite encomendar uma série de equipamentos, sem os quais a entrega ainda seja possível, porém dificultada. O que resultaria na eventualidade de tais equipamentos não serem a ele entregues a tempo seria um agravamento das dificuldades de cumprimento da obrigação.⁹⁵

Por mais dificultada que pareça a tarefa imposta ao fornecedor, existe a possibilidade concreta de cumprimento da obrigação. Em assim, sendo, não há que se falar em irresistibilidade.⁹⁶

O que se vê, é que os conceitos de irresistibilidade e inevitabilidade devem ambos, ser analisados em razão do eventual descumprimento obrigacional, o que somente poderia ser analisado após a realização do evento. Em outras palavras, deve tratar-se de uma “impossibilidade absoluta de executar”.⁹⁷

⁹⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁵ “*Cependant, la distinction de l'impossibilité d'exécuter et de l'irrésistibilité se conçoit et doit être faite en vue d'une analyse exacte. Car un événement peut mettre dans l'impossibilité d'exécuter sans être irrésistible, et, à l'inverse, il peut être irrésistible sans rendre l'exécution impossible. La réquisition des produits qu'il comptait employer à livraison de choses de ce genre est un fait auquel le débiteur ne peut se soustraire et contre lequel toute résistance est impossible ; cependant il n'y a pas impossibilité de livrer. Une inondation coupe une voie ferrée et rend tout transport impossible, mais des mesures appropriées n'auraient-elles pu protéger la voie de l'atteinte des aux ? par conséquent, l'un des deux caractères n'entraine pas l'autre ; leur similitude apparente n'empêche pas une indépendance mutuelle complète ; c'est l'existence de l'un et de l'autre qu'il faut constater. Quel rôle joue en effet l'irrésistibilité par rapport à l'impossibilité d'exécuter ? Celui d'une qualité dont l'existence est requise pour son efficacité . c'est l'impossibilité d'exécuter qui doit être constatée irrésistible ; il faut qu'à aucune momento le débiteur n'ait pu en triompher, soit en empêchement la survenance de l'événement, qui l'a provoquée, soit en résistance à ses conséquences.*” (RADOUANT *apud* FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 39-40)

⁹⁶ “Exigir-se-á, assim, uma impossibilidade de evitar objetiva ou absoluta, mas entendida esta expressão em termos, como impossibilidade que ocorreria, pela natureza dos fatos, em relação a qualquer homem prudente, em idênticas circunstâncias de tempo, lugar e meio, tendo em vista o objeto da prestação. O critério de apreciação permanece, portanto, objetivo, mas não inteiramente abstrato. Dever-se-á considerar apenas os elementos exteriores ao obrigado e ao seu raio de atividade econômica, tendo em vista a possível conduta de outros indivíduos, em condições objetivas análogas.” (*Idem. Ibidem*, p. 149)

⁹⁷ “Autre chose est de se demander si la survenance de l'événement peut être évitée ou si sa réalisation est fatale, autre chose est la question de déterminer si cet événement, une fois réalisé, mettra ou ne mettra pas le débiteur dans l'impossibilité absolue d'exécuter. La première question se pose avant la survenance de l'événement et se réfère à sa genèse, la seconde est forcenement postérieure à sa réalisation.” (BRUZIN *apud*, FONSECA, Arnaldo Medeiros *op. cit.*, p. 40).

5.2.3. Notas sobre a imprevisibilidade:

Supor que, para a caracterização do fortuito externo, deva o evento ser “imprevisível”, é emprestar à análise muito do subjetivismo que se pretendeu evitar.

Com efeito, a análise de se um acontecimento é imprevisível de acontecer, ou não, passa muito pelo estudo de situações intrínsecas ao próprio agente causador do dano, o que, porventura, pode vir a esbarrar no elemento subjetivo culpa.

Assim, ao se indagar se o agente teria condições de prever o acontecimento danoso, se poderia redobrar seus esforços de modo a impedir que houvesse acontecido, ou se poderia ter atuado de maneira mais diligente, caminha-se sobre uma linha tênue, entre a culpa e o que poderia ser imprevisível.

É esse o entendimento de Pontes de Miranda:

“Imprevisível, com inevitabilidade das conseqüências danosas: caso fortuito ou força maior.

Previsível, com inevitabilidade das conseqüências danosas: caso fortuito ou força maior.

Imprevisível, com evitabilidade das conseqüências: culpa.

*Previsível, com evitabilidade das conseqüências: culpa.*⁹⁸

A jurisprudência, por outro lado, parecer ter abarcado por completo a tese de que o fortuito externo deva, necessariamente, ter como requisito o elemento imprevisibilidade⁹⁹, apesar de já haver comemorado Pontes de Miranda a decisão da antiga 3ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, “*que definiu o caso fortuito ou força maior: ‘tudo que se não pode prever, ou que, previsto, não se pode evitar’*”.¹⁰⁰

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino, *op. cit.*, p. 88.

⁹⁹ Nesse sentido, os seguintes julgados: TJRJ, 19ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0052758-02.2010.8.19.0001, Rel. Des. Ferdinando do Nascimento, j. 26.10.10; TJRJ, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0026675-88.2007.8.19.0021, Rel. Des. Celso Peres, j. 05.05.10; TJRJ, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2009.001.27473; Rel. Des. Mario Guimarães Neto; j. 27.04.10; TJRJ, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2009.001.43898, Des. Rel. Mario Guimarães Neto, j. 27.04.10; TJRJ, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2009.001.63624, Des. Rel. Custodio Tostes, j. 19.11.09; TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2007.001.43180, Des. Rel. Luiz Fernando de Carvalho, 07.10.08.

¹⁰⁰ *Idem. Ibidem*, p. 88.

5.5.4. La force qui vient d'un haut:

Nos itens anteriores, analisamos, um a um, os requisitos que o próprio Código Civil enumera para que sejam caracterizadas as situações de caso fortuito/força maior — responsáveis por pelo afastamento da culpa na conduta de determinado agente, o que, por consequência, acarretaria, no sistema de responsabilidade civil subjetiva, a ausência do dever indenizatório.

Passaremos, agora, ao estudo do requisito essencial à figura do chamado fortuito externo, capaz de, por si só, quebrar o nexo de causalidade entre a conduta do agente causador das lesões e o dano experimentado pelo sujeito que as sofreu, *“a externalidade ou externidade do caso fortuito”*.¹⁰¹

Fortuito externo, segundo a melhor doutrina, *“é aquele fato estranho à organização da empresa, cujos riscos não são suportados por ela. Este sim pode elidir mesmo a responsabilidade objetiva”*.¹⁰²

Como visto anteriormente, a teoria do fortuito externo foi um afluente do que, nas relações de consumo, se entendia como fortuito interno. Este, por ser inerente às atividades de produção e fabricação de produtos, não poderia ser utilizado para a escusa de se responsabilizar o produtor, enquanto que, uma vez observado o elemento externidade no fato analisado, acarretaria a desnecessidade de indenizar.

Esse é o entendimento de Josserand:

“Ora, os acidentes nascidos de causas tão diferentes não devem ser tratados igualmente e aqui aparece o poderoso interesse da distinção: o acidente fortuito ligando-se intimamente à empresa, contribuindo para a formação do risco profissional, deve ser suportado pelo industrial, assim como todo o dano inerente à direção que ele deu à sua atividade. Mas não pode ser assim em relação aos acidentes determinados por uma força maior, ou seja, por uma força exterior à empresa, sobre a qual o proprietário não pode exercer qualquer influência, pelos elementos, pela guerra ou pela violência organizada, por todos esses eventos que a lei inglesa reúne sob as expressões ‘fato de Deus ou dos inimigos da Rainha’. Esses eventos não tem nenhuma relação com a empresa: o dano não foi verdadeiramente causado pela coisa, mas sim por uma força exterior, raio ou ciclone, tremor de terra ou pilhagem. O risco deve ser suportado por aquele que o criou e não por aquele que o sofreu: é sempre a mesma idéia que nos dita as conclusões. Ao impor ao

¹⁰¹ SCHREIBER, Anderson, *op. cit.* p. 67.

¹⁰² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 706.

proprietário a responsabilidade pelo risco criado, é, portanto, apenas o caso fortuito que a teoria objetiva lhe atribui.”¹⁰³

Somente um evento externo, portanto, ou seja, decorrente da *“falta de conexão racional entre o fato prejudicial e o meio, o organismo ou a empresa”*¹⁰⁴ — uma pura e verdadeira *“force qui vient d’un haut”*¹⁰⁵ — poderia ser capaz de romper com o nexo de causalidade entre o fato e os danos causados e, assim, isentar o agente de responsabilidade.¹⁰⁶

A jurisprudência dá coro à necessária existência do elemento externidade para que o fortuito externo seja reconhecido. Veja-se esse recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“EMENTA - AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL INDENIZATÓRIA - ROUBO OCORRIDO NA PORTA DO MOTEL CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - VEÍCULO ROUBADO PARA FUGA DOS BANDIDOS - FORTUITO EXTERNO QUE EXCLUI O DEVER DE INDENIZAR - ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE - EVENTO DANOSO NÃO GUARDA CONEXIDADE COM A ATIVIDADE EMPRESARIAL INEVITABILIDADE DO OCORRIDO - AÇÃO DO BANDO FORTEMENTE ARMADO QUE RENDEU O PORTEIRO E UTILIZOU O CARRO DO AUTOR NA FUGA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM - PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ - RECURSO DESPROVIDO - DECISÃO MANTIDA.”¹⁰⁷

A doutrina francesa também acorda no sentido de que a causa precisa ser externa ao fato, sob pena de não romper o nexo de causalidade e, por consequência, não afastar o dever de indenizar:

“Puisque la causalité doit être considérée, quelque acception que l’on en retienne par ailleurs, comme une condition irréductible de toute responsabilité civile, il est logique que celui à qui l’on impute l’origine d’un dommage puisse échapper à toute obligation de réparer s’il démontre qu’en réalité, ce dommage est dû à une cause étrangère. De fait, notre droit positif admet que le défendeur à l’action en responsabilité peut s’exonérer dès lors du moins que la

¹⁰³ JOSSEERANDO, Louis, *op. cit.* p. 116.

¹⁰⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁵ *Idem. Ibidem*, p. 96.

¹⁰⁶ “Compte tenu des caractères en principe très stricts qui sont requis de la causa étrangère pour faire disparaître la responsabilité, on est tenté d’observer qu’aucun cas de responsabilité, même objective, n’est susceptible d’être soustrait à l’effet exonératoire de la cause étrangère.” (BRUN, Philippe. *op. cit.*, p. 163).

¹⁰⁷ TJRJ, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0079985-98.2009.8.19.0001, Rel. Des. Mario Guimarães Neto, j. 09.11.10 – Grifou-se; No mesmo sentido, os seguintes julgados: TJRJ, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0021282-13.2009.8.19.0087, Rel. Des. Elton Leme, j. 03.11.10; TJRJ, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0002446-39.2005.8.19.0052, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 26.10.10.

cause étrangère qu'il invoque présente les caractères de la force majeure." ¹⁰⁸

Conclusão:

Após uma breve introdução, abordando-se os principais motivos que influenciaram a realização desse trabalho — a saber, a atualidade do tema e a falta de padrões claros metodológicos, em doutrina, sobre o conceito e características do fortuito externo —, passou-se por uma breve análise histórica sobre as teorias que buscaram explicar as situações fortuitas e de força maior.

Em seguida, buscou-se demonstrar que o secular embate doutrinário acerca dos conceitos de caso fortuito e força maior levou o legislador civil a promover a equivalência dos resultados das expressões.

Essa situação de equivalência dos resultados do caso fortuito e da força maior fez com que, para a última, fossem perdidos alguns estudos que lhe concediam características distintas do caso fortuito, como, por exemplo, a sua externidade em relação a determinado acontecimento.

Além disso, a posição legislativa também aplicou a ambos os conceitos — caso fortuito e força maior —, a capacidade de exoneração da culpa, tal qual previsto no parágrafo único do art. 393 do Código Civil de 2002.

Em razão desse fato, para as hipóteses de responsabilidade objetiva — em que não se perquire a culpa — perdeu-se situação de escusa do dever reparatório.

Com a entrada em cena da necessidade de proteção aos direitos do consumidor, foi criada uma teoria que, mesmo em situações de responsabilidade objetiva, pudesse, ainda mais, favorecer a necessidade de reparação que passou a andar de mãos dadas à crescente complexidade das relações sociais. Era a teoria do fortuito interno.

Foram, portanto, estabelecidas situações em que o nexo de causalidade não poderia ser rompido. Assim, danos que tivessem sua origem dentro do círculo de produção da empresa não teriam o condão de afastar o nexo, o que, por conseqüência, manteria intacto o dever reparatório.

¹⁰⁸ BRUN, Philippe, *op. cit.*, p. 162. Ressalte-se que este autor afirma o que já havia sido dito anteriormente: a força maior, tal qual era estudada antigamente, já possui as características de externidade — capazes de romper o nexo de causalidade — que passaram a ser utilizadas pela doutrina do fortuito externo com o objetivo de se afastar a existência de responsabilidade objetiva.

Foi, a partir da teoria do fortuito interno, que se passou a resgatar o antigo estudo que havia sido feito sobre a força maior. De acordo com tais entendimentos, à força maior seriam atribuídas características externas ao evento, estranhas à atividade realizada por determinado agente. Verificada essa causa externa, portanto, não haveria que se falar em nexo de causalidade entre os danos causados e a conduta do agente. Estava excluída a responsabilidade.

Por fim, foram observadas as principais características do chamado fortuito externo — uma das situações que ensejaram a desconstituição do nexo de causalidade —, quais sejam, a inevitabilidade/irresistibilidade e externidade.

Dessa forma, pode-se dizer que o fortuito externo pode ser utilizado para a desconstituição do nexo de causalidade, o que tem por consequência, o afastamento do dever de indenizar — principalmente — quando se fala em responsabilidade objetiva.¹⁰⁹

Por outro lado, os conceitos de caso fortuito/força maior, tal qual aparecem no parágrafo único do art. 393, prestam-se, exclusivamente, a comprovar a inexistência de culpa na conduta de determinado sujeito.

Culpa está associada à responsabilidade civil na modalidade subjetiva. Assim, a comprovação da ocorrência de uma situação fortuita ou de força maior, não tem como efeito a exclusão do dever indenizatório em responsabilização objetivada, somente nas hipóteses clássicas de responsabilização subjetiva.

¹⁰⁹ O que não significa que a desconstituição do nexo também não possa ser utilizada para o afastamento do dever de indenizar quando se fala em responsabilidade civil na sua modalidade culposa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BENJAMIN, Antonio Herman, MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 2ª tiragem. edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio

BRUN, Philippe. **Responsabilité Civile Extracontractuelle**. Paris : Lexis Nexis SA

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan **Acesso à Justiça**. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Risco e Democracia**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998

FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958

<<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8578576.stm>>. Acesso em 24.nov.2010, 17 :52 :00

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u721175.shtml>>. Acesso em 27.nov. 2010, 17:52:00

<<http://oglobo.globo.com/mundo/mat/2010/04/19/vulcao-na-islandia-lanca-nova-nuvem-de-cinzas-ameaca-reabertura-do-espaco-aereo-europeu-916385595.asp>>. Acesso em 24.nov. 2010, 17:54:00

<http://www.esa.int/esaCP/SEMYQYZXUFF_index_1.html>. Acesso em 24.nov.2010, 17:54:00

JOSSERAND, Louis. “**Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas**”. In: *Revista Direito GV*, v. 1, nº 1, São Paulo: Editora FGV, maio 2005

JUNOD, Charles André. **Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile**. Genève: Librairie de l'université, 1956

JURISPRUDÊNCIA. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 2010.

_____. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 2010.

<<http://www.aerolineas.com.ar/arg/main.asp?idSitio=EU&idPagina=68&idIdioma=en&cmbPrensa=526>> Acesso em 24.nov.2010, 18:00:00

MARINS, Jaime. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998

PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas Atlas, 2009

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Interpretado: principalmente do ponto de vista prático**. vol. XIV. 8ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

TERMO DE COMPROMISSO DE ORIGINALIDADE

A presente declaração é termo integrante de todo trabalho de conclusão de curso (TCC) a ser submetido à avaliação da FGV DIREITO RIO como requisito necessário e obrigatório à obtenção do grau de bacharel em direito.

Eu, **THIAGO PINHEIRO CORRÊA, brasileiro, solteiro, estudante, portador da Carteira de Identidade nº 20.313.511-6, expedida pelo Detran/RJ, inscrito no CPF/MF sob o nº 124.062.937-00, residente e domiciliado na cidade do Rio de Janeiro/RJ, na Rua Santa Clara, nº 303, apto. 404, Copacabana,** na qualidade de aluno da Graduação em Direito da Escola de Direito FGV DIREITO RIO, declaro, para os devidos fins, que o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em anexo, requisito necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito da FGV DIREITO RIO, encontra-se plenamente em conformidade com os critérios técnicos, acadêmicos e científicos de originalidade.

Nesse sentido, declaro, para os devidos fins, que:

O referido TCC foi elaborado com minhas próprias palavras, ideias, opiniões e juízos de valor, não consistindo, portanto **PLÁGIO**, por não reproduzir, como se meus fossem, pensamentos, ideias e palavras de outra pessoa;

As citações diretas de trabalhos de outras pessoas, publicados ou não, apresentadas em meu TCC, estão sempre claramente identificadas entre aspas e com a completa referência bibliográfica de sua fonte, de acordo com as normas estabelecidas pela FGV DIREITO RIO.

Todas as séries de pequenas citações de diversas fontes diferentes foram identificadas como tais, bem como às longas citações de uma única fonte foram incorporadas suas respectivas referências bibliográficas, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que, caso contrário, as mesmas constituiriam plágio.

Todos os resumos e/ou sumários de ideias e julgamentos de outras pessoas estão acompanhados da indicação de suas fontes em seu texto e as mesmas constam das referências bibliográficas do TCC, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que a inobservância destas regras poderia acarretar alegação de fraude.

O Professor responsável pela orientação de meu trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentou-me a presente declaração, requerendo o meu compromisso de não praticar quaisquer atos que pudessem ser entendidos como plágio na elaboração de meu TCC, razão pela qual declaro ter lido e entendido todo o seu conteúdo e submeto o documento em anexo para apreciação da Fundação Getulio Vargas como fruto de meu exclusivo trabalho.

Data: _____

Assinatura do Aluno