

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR

ANNA LUIZA MATOS COELHO

Advogada
Mestre em Direito pela UFC
Professora do Curso de Direito da
Faculdade Christus e Faculdades Nordeste - FANOR

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo proceder à análise acerca do caso fortuito e da força maior, sua previsão no *caput* do artigo 393. e seu parágrafo único do Código Civil Brasileiro de 2002, verificando a compreensão da doutrina acerca do conceito das referidas categorias jurídicas, bem como se essas são instituições semelhantes sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

É crescente o estudo do instituto da responsabilidade civil. Eis que o homem deixou de ter como vizinhos apenas a casa ao lado com seus integrantes e animais, cercas e árvores. Hoje convive com as máquinas e as novas tecnologias que criam outras realidades que outrora o ser humano não ousava acreditar existir. O aumento da população e das relações sociais, alcançado, inclusive, as terras além mar, trouxeram com suas aptidões, riscos que podem gerar danos ao homem, causando-lhe as mais variadas adversidades, e, com eles, a violação de valores protegidos pelo homem e suas normas jurídicas.

Outrossim, no exercício de seus direitos, cabe à pessoa conduzir-se de forma a não lesar terceiros, posto que em ocorrendo lesão a bem jurídico tutelado, mister se faz o dever de reparar o prejuízo causado. Mas é possível falar de meios ou excludentes do dever de indenizar?

Através deste trabalho, buscar-se-á analisar duas categorias previstas no Código Civil enquanto excludentes do nexo de causalidade, vale dizer, o previsto no artigo 393, *caput*, e parágrafo único, ou seja, caso fortuito ou força maior, e o entendimento da doutrina pátria acerca da matéria. Busca-se descobrir qual a origem dos referidos institutos e se há, no ordenamento jurídico brasileiro, possibilidade para se efetuar a distinção entre as mencionadas instituições jurídicas.

Sabe-se que o instituto da responsabilidade civil surge como uma resposta da sociedade, através do Estado, para resolução dos conflitos que ocorrem em razão da violação do princípio geral de que a ninguém é dado o direito de lesar *outrem*, ou seja, *neminem laedere*. Com efeito, esta é a previsão do artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal Brasileira que estabelece que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; e, ainda, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nesse sentido, havendo a ocorrência de dano injustamente causado a terceiro, seja este material ou moral, em razão de conduta comissiva ou omissiva, proveniente de pessoa natural ou jurídica, e, estando presente o liame

de causalidade que une a ação ao prejuízo, estar-se diante da obrigação de indenizar, nos moldes do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*:

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

Com efeito, o ato ilícito, descrito no artigo 186 do Código Civil, e que pode gerar danos, enseja o dever de reparar de acordo com o regime da responsabilização subjetiva, ou seja, obrigação de reparar o prejuízo causado tendo em vista a ocorrência de conduta culposa.

A responsabilidade compreende, inicialmente, a reparação dos danos causados pelos atos ilícitos. E o que vem a ser um ato ilícito? Ilícito é o ato cujo objeto colide com a lei, com a moral ou com os bons costumes e, por isso, gera outros efeitos que não os queridos pelo autor. Assinala Silvio Rodrigues que “ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para *outrem*”¹.

Por sua vez, o artigo 927 do Código Civil, também trata da responsabilidade civil, no entanto, referido instituto cuida de responsabilizar não só aquele que gera prejuízo a terceiro em virtude de conduta efetivada com dolo ou culpa, mas também, em razão de cometimento de atividade desenvolvida geradora de risco para direito de *outrem*, através do regime da responsabilidade objetiva, *in verbis*:

¹ Silvio Rodrigues, *in* Direito Civil, Saraiva, 2003, São Paulo, p. 308.

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar 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.

Desta forma, depreende-se da leitura dos artigos supramencionados que no Código Civil de 2002 existem dois sistemas de responsabilidade civil, a saber, a responsabilidade subjetiva, fundada na ocorrência de dano efetivado mediante uma conduta culposa, a saber, com dolo ou através das modalidades da culpa em sentido estrito que são negligência, imperícia e imprudência, unidos por um liame de causalidade; e, ainda, a responsabilidade objetiva, que prevê a obrigação de reparar prejuízo causado a *outrem* em consequência de realização de atividade geradora de risco a direito de terceiros ou mesmo em razão da própria previsão do legislador pátrio.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS PRESSUPOSTOS

Para que surja o dever de reparar o dano injustamente causado a terceiro torna-se imprescindível a ocorrência dos seguintes pressupostos: a) conduta

comissiva ou omissiva; b) o dano; e, por derradeiro, c) o nexo de causalidade.

Inicia-se a análise da conduta e suas modalidades. É sabido que só o ser humano é capaz de se conduzir. Nesse sentido, há distinção entre comportamento e conduta, tendo em vista que aqueles que agem com base em seus instintos, como os animais, se comportam, e aqueles que agem com fundamento nos instintos e na razão, tais como os seres humanos, únicos seres dotados de racionalidade, são os que efetivamente podem se conduzir, a saber, efetivar planos efetuando juízos de valor.

Ensina Nicola Abbagnano que “conduta é toda resposta do organismo vivo a um estímulo que seja objetivamente observável, ainda que não tenha caráter de uniformidade no sentido de que varia ou pode variar diante de determinada situação”².

Conduta comissiva ou positiva vem a ser aquela cujo agir consiste na realização de ato que vem a gerar dano à outra pessoa, *v. g.*, quando alguém em razão da está dirigindo em alta velocidade bate na traseira do carro que se encontra na frente do seu ocasionando dano à propriedade de *outrem*.

De outro lado, encontra-se a conduta omissiva ou negativa, que surge em razão do dever jurídico de se abster de realizar determinada ação, como por exemplo, o dever de indenizar que surge quando o poder público deixa de cuidar das vias públicas e, em algum momento, ocorre

² Nicola Abbagnano, *in* Dicionário de Filosofia, Martins Fontes, 2000, São Paulo, p. 173.

um acidente em razão de tal omissão.

Em um segundo momento, o que se verifica, pois, é a conduta do agente que implique na obrigação de reparar tendo em vista a existência de prejuízo. Não havendo dano, não há que se falar em responsabilidade.

Afirma Sergio Cavalieri Filho que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”³. Verifica-se, pois, que tanto pode ocorrer a consumação de dano material ou patrimonial, como dano moral, ou seja, consiste este no sofrimento íntimo, no desgosto e na dor, na mágoa e tristeza, que não repercutem no patrimônio da vítima.

E, como terceiro pressuposto, faz-se necessário a existência do nexos de causalidade que una a ação comissiva ou omissiva do agente ao evento danoso. Para que surja o dever de indenizar não é necessário, apenas, a realização de conduta geradora de danos, mas, faz-se imprescindível que esse dano tenha sido causado pela conduta do agente, vale dizer, há de haver uma necessária relação de causa e de efeito entre ambos.

Lembra Carlos Roberto Gonçalves que “relação de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Encontra-se expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar”⁴.

Assim, para se saber quem foi o causador do dano é preciso verificar a existência do nexos de causalidade ou nexos causal. Por outro lado, existem as chamadas cláusulas

³ Sergio Cavalieri Filho, *in* Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 2004, São Paulo, p. 88.

⁴ Carlos Roberto Gonçalves, *in* Responsabilidade Civil, Saraiva, 2003, São Paulo, p. 33.

excludentes da responsabilidade civil, ou seja, causas onde ocorre a isenção de responsabilidade tendo em vista a impossibilidade de comprovação da relação entre causa e efeito entre a conduta e o dano gerador de prejuízo à vítima.

3. CLÁUSULAS E CAUSAS QUE EXCLUEM O NEXO CAUSAL

Para que se configure o dever de indenizar torna-se necessária a presença de conduta que seja geradora de dano, patrimonial ou moral a direito de terceiro, e que exista uma relação ou liame entre referida conduta e a consequência, qual seja a ocorrência de prejuízo. Nesse sentido, ninguém deve responder por um resultado a que não deu causa. Em tais casos, ocorrem as excludentes do nexo de causalidade ou do nexo causal que geram a isenção da responsabilidade.

José Aguiar Dias, ao tratar da matéria, esclarece que os meios de defesa ou causas de isenção de responsabilidade podem se manifestar através de cláusulas de responsabilidade, ou mediante as denominadas causas de exoneração de responsabilidade, isto é, as primeiras pertinentes ao contrato, e as segundas previstas na lei.

Inicia-se, pois, pela análise das denominadas cláusulas de irresponsabilidade. Desta forma, preleciona Aguiar Dias que “A cláusula ou convenção de responsabilidade consiste na estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum ao seu caso”⁵.

⁵ José de Aguiar Dias, *in* Da responsabilidade Civil, Forense, 1997, Rio de Janeiro, p. 671.

Desta forma, cláusula de irresponsabilidade ou de não indenizar nada mais é do que o acordo celebrado pelas partes como expressão de suas vontades no sentido de que se determina que uma das partes não será responsável por eventuais danos que surjam em razão da inexecução ou execução desconforme ao que fora pactuado mediante contrato. Cumpre observar que, o ordenamento jurídico brasileiro, não tem visto com bons olhos tais cláusulas excludentes da obrigação de indenizar uma vez que entende-se estarem as mesmas divorciadas dos princípios que norteiam o novo Código Civil Brasileiro, tais como os princípios da socialidade, da eticidade, e, por último, da operabilidade.

Por outro lado, existem as denominadas causas de isenção do nexos de causalidade. Nesse sentido, afirma Sergio Cavalieri Filho que

causas de exclusão do nexos 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 terceiro⁶.

Cumpra, destarte, a análise de cada um das causas excludentes do nexos causal. Com efeito, não há que

⁶ Sergio Cavalieri Filho, *in* Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 2004, São Paulo, p. 82.

se falar de responsabilidade civil se o evento danoso ocorreu em razão de fato exclusivo da vítima. Assinala Silvio Rodrigues que “a culpa exclusiva da vítima é causa de exclusão do próprio nexos causal, porque o agente, aparente causador direto do dano, é mero instrumento do acidente”⁷. Eis que cabe à vítima responder por todos os prejuízos causados.

Desta forma, não há na legislação civil determinação no que tange à previsão da culpa exclusiva da vítima enquanto causa excludente do dever de responsabilização civil. Há, todavia, uma robusta construção por parte da doutrina e da jurisprudência, no sentido de entender que, se a vítima agiu de alguma forma favorável à ocorrência do dano, faz-se necessário verificar se houve, culpa exclusiva desta, ou se a mesma concorreu para a verificação do evento danoso. Eis que verificada a culpa exclusiva da vítima, ou seja, esta em razão de sua própria conduta deu ensejo à ocorrência do dano, não há que se falar em reparação de danos.

Inexiste o dever de indenizar, excluindo o nexos causal, ainda, no caso de fato exclusivo de terceiro. Assim, ensina Roberto Senise Lisboa, *“existindo a culpa de terceiro, isto é, de sujeito estranho à relação jurídica, o nexos de causalidade entre as partes somente se extinguirá se a violação do dever for integralmente imputada em desfavor daquele”*⁸.

⁷ Silvio Rodrigues, *in* Responsabilidade Civil, Saraiva, 2003, São Paulo, p. 179.

⁸ Roberto Senise Lisboa, *in* Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil, Revista dos Tribunais, 2004, São Paulo, p. 536.

Cumpra observar que o fato de terceiro tanto pode estabelecer a responsabilidade em face de *outrem*, como também implicar excludente desta. O fato é que predomina, na seara da responsabilização civil, o dever de reparar o dano em relação ao causador ou responsável imediato pelo evento lesivo, não ensejando a isenção do autor direto do dever jurídico de se responsabilizar pelo prejuízo causado.

Alerta Rui Stoco que a matéria encontra-se prevista nos artigos 929 e 930 do Código Civil, restando pacificada a determinação de que se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do prejuízo ação regressiva para ressarcir-se daquilo que vier a pagar⁹.

Por sua vez, é causa de exclusão do nexo causal a ocorrência do caso fortuito ou força maior, tudo com arrimo no artigo 393, *caput*, e parágrafo único do Código Civil que assim dispõe:

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.

Verifica-se que o legislador ordinário não

⁹ Rui Stoco, *in* Tratado de Responsabilidade Civil, Revista dos Tribunais, 2004, São Paulo, p. 183.

estabeleceu distinção entre os dois institutos, preferindo utilizar a conjunção “ou” ao se referir às categorias jurídicas. No entanto, o mesmo não acontece quando se trata dos doutrinadores que analisam os dois institutos, posto que para estes, bem como de acordo com a jurisprudência, há distinções entre as duas instituições.

Eis que se faz necessário indagar: há distinção entre caso fortuito ou força maior? E em havendo, como determinar o que vem a ser caso fortuito e o que vem a ser força maior? Passa-se, a seguir, a responder tais indagações.

4. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR: CONCEITO, NOÇÕES GERAIS E DIFERENÇAS

Sabe-se que o caso fortuito e a força maior constituem formas de impossibilidade absoluta do cumprimento das obrigações, pelo que excluem a obrigação de cumprir a prestação, como também excluem a responsabilidade, vale dizer, o dever de reparar o dano causado.

Alerta Themístocles Brandão Cavalcanti que as noções de caso fortuito, força maior, bem como a imprevisão e o estado de necessidade, encontram seus fundamentos nos princípios gerais de direito, vale dizer, diretrizes que têm o condão de efetivar a integração das lacunas estabelecidas pelo legislador ¹⁰. Ora, no preenchimento das lacunas jurídicas deve o operador do direito fazer uso inicialmente

¹⁰ Themístocles Brandão Cavalcanti, *in* Tratado de Direito Administrativo, Livraria Freitas Bastos S.A., 1960, Rio de Janeiro, p. 414.

da analogia e posteriormente dos costumes. Quando estes falham, cumpre ao magistado suprir tal deficiência mediante a utilização dos princípios gerais de direito, ou seja, diretrizes contidas no ordenamento jurídico para integração das lacunas.

Eis que dentre os diversos sentidos dos princípios gerais do direito encontra-se um elemento comum a todos: a justiça. Na ausência de preceitos expressos, deve o aplicador do direito fazer uso dos princípios de justiça como fonte derradeira que deve recorrer para objetivar o preenchimento das lacunas jurídicas.

Como se vê, a exclusão do dever de reparar o dano em virtude da ocorrência de caso fortuito ou força maior constitui a concreta aplicação do princípio da justiça, uma vez que não deve ser responsabilizado o agente pelos danos ocasionados por fatos estranhos, alheios à sua vontade, e cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

4.1 CAUSA E EFEITO E RESPONSABILIDADE

Dentre os pressupostos do dever de indenizar encontra-se a exigência da ocorrência de um dano, seja este patrimonial ou extrapatrimonial. Ora, se é verdade afirmar que o instituto da responsabilidade civil gira em torno do dano, imprescindível, pois, a análise da causa, pessoal ou material, que lhe deu origem.

Mas o que vem a ser causa? De acordo com Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, *“causa é tudo aquilo que produz um efeito e nele se prolonga”*¹¹. Nesse sentido,

¹¹ Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, *in* Dicionário Básico de Filosofia, Jorge Zahar Ed., 1996, Rio de Janeiro, p. 40.

por exemplo, pondo-se a causa, põe-se o efeito; e suprimindo-se a causa, suprime-se o efeito. Assim, ao se afirmar que “A é a causa de B”, quer-se dizer o seguinte: “A existência de A é a causa da existência de B”¹². Causa, pois, é aquilo que produz um efeito, sendo possível afirmar que não há efeito sem causa.

Logo surge uma nova indagação: quais são as causas que dão origem à ocorrência de danos? Observa-se que existem eventos que se verificam sem a interferência do ser humano, tais como os fatores naturais ou fatos do mundo e os que precedem do ser humano, de forma próxima ou remota, aos quais são denominados atos do homem. Tanto os fatos relacionados à conduta humana como os fatores alheios ao ser humano produzem modificações no mundo habitado pelos seres humanos.

No entanto, adverte J. Cretella Júnior que

o nexó de causa e efeito, a relação necessária entre o fato gerador do evento, o dano e o sujeito, a quem se pretende atribuir a responsabilidade, somente se conjugarão de modo harmônico para o equacionamento do problema da responsabilidade, se a causa eficiente ou instrumental do prejuízo for idônea para obrigar¹³.

¹² André Lalande, *in* Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia, Martins Fontes, 1999, São Paulo, p. 143.

¹³ J. Cretella Júnior, *in* O Estado e a obrigação de indenizar, Saraiva, 1980, São Paulo, p. 141.

Para o autor em comento, se a causa é idônea, há campo para a fixação da responsabilidade. Entretanto, sendo a causa inidônea, vale dizer, se a relação entre o sujeito que sofre o dano e o agente a quem se pretende atribuir a existência do prejuízo nem se forma e, uma vez se formando, logo se rompe, ocorre a exclusão da responsabilidade por inidoneidade de causa, aplicando tais regras tanto para as relações contratuais como para as extracontratuais.

4.2 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR: CONCEITOS E DISTINÇÕES

Para De Plácido e Silva, caso fortuito é *“expressão especialmente usada, na linguagem jurídica, para indicar todo caso, que acontece imprevisivelmente, atuando por força que não se pode evitar”*¹⁴.

De acordo com J. Cretella Júnior

o caso fortuito ocorre, essencialmente, quando o acidente, causador do prejuízo, resulta de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio: o fato não dependeu de nenhum fato estranho à Companhia, nem resultou de força maior, que tenha acarretado a ruptura do cabo.

¹⁴ De Plácido e Silva, *in* Vocabulário Jurídico, Forense, 1978, Rio de Janeiro, p. 315.

A ruptura é o resultado de causa desconhecida. Observa-se o acidente, mas ignora-se por que e como se produziu. Por conseguinte, o acidente nem poderia ter sido previsto, nem impedido. Era imprevisível, inevitável, irresistível¹⁵.

Para o citado autor o caso fortuito refere-se a algo interno, vale dizer, interioriza-se. Assim, reflete-se o mesmo no funcionamento do próprio serviço, *v. g.*, como a explosão de caldeira, o desabamento de um prédio, o incêndio provocado por rompimento do fio elétrico etc. Consagra ainda, o autor em comentário um segundo elemento diferenciador do caso fortuito em relação à força maior: o caso fortuito baseia-se em evento anterior ao objeto que produziu o dano, enquanto que a força maior encontra seu fundamento em fato que se originou em acontecimento exterior ao objeto, fonte próxima do dano¹⁶.

Themístocles Brandão Cavalcanti, por seu turno, entende que a força maior é derivada de um fato externo, estranho ao serviço, e que o caso fortuito provém do mau funcionamento do serviço, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço. Afirma o autor que *“na fôrça maior nenhuma interferência tem a vontade humana nem próxima nem remotamente, enquanto que no caso fortuito, a vontade apareceria na organização e funcionamento do serviço”*¹⁷.

Por sua vez, para José de Aguiar Dias, “o caso

¹⁵ *Idem*, p. 143.

¹⁶ *Idem*, p. 143.

¹⁷ *Idem*, p. 415.

fortuito ou de força maior desperta debate tão agitado como o travado a respeito do fundamento da responsabilidade civil"¹⁸. Nesse sentido, explica o referido escritor que os institutos do caso fortuito e da força maior podem ser entendidos mediante a utilização de dois critérios, vale dizer, a corrente objetiva e a corrente subjetiva. Inicia sua explicação fazendo menção ao artigo 1.058 do Código Civil de 1916, que, de acordo com o mesmo, adotou a noção objetiva do caso fortuito e da força maior, *in verbis*:

Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles 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.

Segundo José de Aguiar Dias, verifica-se, pois, que há no caso fortuito e na força maior a presença de dois elementos: o primeiro, de caráter interno ou objetivo, ou seja, que representa a inevitabilidade do evento; e o segundo, de caráter externo ou subjetivo, vale dizer, a ausência de culpa. Finaliza se pensamento indicando que ao se proceder a leitura do artigo 1.058 do Código Civil de 1916 constata-se que o legislador ordinário adotou o conceito misto, quer dizer,

¹⁸ *Idem*, p. 686.

faz-se necessária a comprovação da inevitabilidade e da ausência de culpa.

De acordo com os ensinamentos de Rui Stoco,

apenas para efeito de registro, cabe observar que o nosso Direito consagra em termos gerais a isenção da responsabilidade quando o dano resulta de caso fortuito ou de força maior. Em pura doutrina, distinguem-se estes eventos dizendo que o caso fortuito é o acontecimento natural, derivado da força da natureza, ou de fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto ou o temporal. Na força maior há um elemento humano, a ação das autoridades (*factum principis*), como ainda a revolução, o furto ou o roubo, o assalto ou, noutro gênero, a desapropriação ¹⁹.

Conforme o entendimento supracitado, na pessoa de Rui Stoco, há um novo olhar sobre as instituições do caso fortuito e da força maior, pelo que entende o autor em comento que a força maior está relacionada aos atos humanos, e o caso fortuito ligado à força da natureza.

Outrossim, Sergio Cavalieri explica que

¹⁹ STOCO, *op. cit.*, p. 173.

o Código Civil, no parágrafo único do citado art. 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível²⁰.

Ora, percebe-se claramente a discordância dos autores no que diz respeito ao entendimento do conceito de caso fortuito e da força maior. Desta forma, faz-se necessário perquirir os conceitos dos referidos institutos nas raízes do Direito Civil pátrio e estrangeiro.

²⁰ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 84.

Inicia-se a análise das citadas instituições jurídicas no âmbito do Direito Romano, direito este que deu ensejo à base concreta do direito privado ocidental. Eis que já em Roma, ocorriam situações que ensejavam o não-cumprimento da obrigação, tendo em vista a ocorrência de eventos os mais variados, tanto os resultantes de fatos não previstos pelas partes, como também em decorrência de fatos produzidos pela natureza.

Demonstra Luiz Antonio Rolim que “esses fatos eram conhecidos genericamente pelos romanos como *casus*: “*Casus fortuitus, vis* ou *vis maior cui resisti non potest* (caso fortuito, força ou força maior que não podiam ser evitados)” – Dig. 19,2,15,2)”²¹.

Ocorrendo os chamados *casus fortuitus*, efetivava-se a isenção das partes do cumprimento da obrigação assumida, somente sendo mantida a obrigação, no caso das partes terem assumido anteriormente o risco de ocorrência dos mencionados fatos.

José Carlos Moreira Alves, ao tratar da matéria, explica que

Apesar da controvérsia que persiste entre os romanistas atuais, tudo indica que os termos *casus fortuitus, vis maior* e similares fossem empregados nas fontes para designar diversas hipóteses (por exemplo: terremotos, incêndios, naufrágios, guerra), em que

²¹ Luiz Antonio Rolim, *in* Instituições de Direito Romano, Revista dos Tribunais, 2003, São Paulo, p. 258.

a obrigação se extinguia por impossibilidade objetiva da prestação, e o devedor, a quem o fato danoso não podia ser imputado, se eximia, em consequência, de responsabilidade. Nem mesmo no direito justianeu os jurisconsultos formularam um conceito abstrato que abrangesse todas as hipóteses, em que isso ocorria, referidas nos textos. É certo que do casuísmo das fontes pode-se inferir, de modo geral, que o caso fortuito (ou força maior) era o acontecimento decorrente da natureza ou de fato do homem, por via da regra imprevisível, a que o devedor não podia resistir, e que acarretava a impossibilidade objetiva da prestação²².

Percebe-se, pois, que já entre os romanos existia uma confusão no entendimento da distinção entre caso fortuito e força maior.

Outro grande expoente do Direito Civil no mundo é o Código Civil Francês, também conhecido como Código de Napoleão, datado de 21 de março de 1804, que por sua vez assim dispõe:

Art. 1.148. Não há lugar a perdas e danos, quando, em consequência de

²² José Carlos Moreira Alves, *in* Direito Romano, Editora Forense, 2005, Rio de Janeiro, p. 40-41.

fôrça maior ou de caso fortuito, o devedor for impedido de dar ou de fazer aquilo a que se obrigara ou fêz o que lhe era proibido.

Mais uma vez os institutos são mencionados pelo legislador enquanto sinônimos, tendo em vista que não há distinção entre as categorias jurídicas. Entretanto, para não deixar dúvidas, cuida o legislador de explicar no artigo 1.150 da mesma lei, que o devedor só fica obrigado às perdas e danos que foram previstas ou que era possível prever por ocasião do contrato, quando não foi por dolo que a obrigação deixou de ser executada.

Arnoldo Medeiros da Fonseca anuncia que

depois da guerra de 1914, que tão profundamente abalou as condições econômicas do mundo, a investigação da influência jurídica, que devia ter, sobre as obrigações contratuais, não executadas ainda, a superveniência de acontecimentos imprevistos e imprevisíveis, por ocasião da formação do vínculo, acarretando para um dos contratantes uma onerosidade maior e ruínosa, embora sem obstar em definitivo ao seu cumprimento, voltou a despertar especial interesse, provocando eruditos estudos dos juristas. Seria justo fazer recair, em tal caso, todo o

prejuízo sobre quem era apenas culpado de não ter previsto o imprevisível, por um supersticioso respeito ao princípio da irretratabilidade das convenções, consagrado pelo Código Civil francês, e outros que o tomaram por modelo? Ou, ao contrário, permitia o direito uma solução mais eqüitativa e humana, fosse a exoneração pura e simples da responsabilidade do estipulante, ou a modificação dos efeitos jurídicos da convenção, por intermédio do juiz? ²³

Entre nós, a matéria passou a ser prevista quando da promulgação do primeiro Código Civil brasileiro em 1917, que em seu art. 1.058, previa que o caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar, ou impedir.

Pela análise do artigo em comento surge uma dúvida: o que vem a ser fato necessário? É claro que a necessidade do fato deve ser compreendida em decorrência da impossibilidade do cumprimento da obrigação, ou seja, o que efetivamente causou a inexecução da obrigação. Necessário é o fato que surge independentemente da vontade humana, incluindo os fatos oriundos da natureza, como também aqueles que surgem oriundos de fato

²³ Arnaldo Medeiros da Fonseca, *in* Caso fortuito e teoria da imprevisão, Revista Forense, 1958, Rio de Janeiro, p. 13.

voluntário, mas que produz efeitos que a vontade já não mais possa modificar, na força do princípio: “*quae ab initio sunt voluntatis post factum fiunt necessitatis*”²⁴.

Agostinho Alvim preleciona que a exoneração só se dá quando a dificuldade assuma o aspecto de impossibilidade, isto é, fatos que exigem do devedor uma providência fora do comum, ou sacrifícios insuportáveis²⁵.

Como é sabido, é através dos ensinamentos de Arnaldo Medeiros que a doutrina passa a considerar a distinção entre as duas categorias com base em dois critérios, a saber, um objetivo, onde há a caracterização do evento com elementos do próprio acontecimento, buscando-se abstrair as condições pessoais do obrigado; e, por outro lado, o critério subjetivo, este relacionado à ausência de culpa.

Tem-se, pois, que a noção de caso fortuito ou força maior origina-se de dois elementos: um objetivo, de ordem interna, vale dizer, relacionado à incapacidade do obrigado de evitar a ocorrência do evento; e outro, subjetivo, de ordem externa, ligado à ausência do fator culpa.

Nessa linha, quando o legislador prevê a ocorrência do caso fortuito ou da força maior, verifica-se a necessidade por parte do devedor, da prova do fato preciso e determinado, que, por ser inevitável, e não culposo, que exonera o devedor da obrigação.

Ao proceder à análise das normas vigentes no direito positivo brasileiro acerca da matéria, Arnaldo Medeiros afirma que “*nenhuma distinção existe entre caso*

²⁴ SILVA, *op.cit.*, p. 680.

²⁵ Agostinho Alvim, *in* Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências, Edição Saraiva, 1955, São Paulo, p. 352.

*fortuito e força maior em nossa legislação, quer em face do Código Civil e do Cód. de Comércio, quer em face da lei especial reguladora de acidentes no trabalho*²⁶.

A dificuldade em elaborar um traço diferenciador entre os dois institutos encontra em Agostinho Alvim uma nova solução, uma vez que efetua a divisão do caso fortuito em interno e externo. Assim sendo, afirma que

a distinção que modernamente a doutrina vem estabelecendo, aquela que tem efeitos práticos em que já vai se introduzindo em algumas leis, é a que vê no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com sua empresa enquanto que a força maior é um acontecimento externo²⁷.

Nesse sentido afirma que *“entram na categoria de caso fortuito interno todos os acontecimentos que não possam ser atribuídos à culpa do responsável, mas estão ligados à organização que êle mesmo imprimiu ao negócio”*²⁸. Como exemplo cita a possibilidade de uma pessoa fazer uso de um animal ou veículo, ou mesmo de alguma máquina qualquer, que venha causar dano a terceiro.

Por outro lado, o caso fortuito externo ou força maior decorreria do fato sem ligação alguma com a empresa ou negócio, como, p. ex., fenômenos naturais, tais como um

²⁶ MEDEIROS, *op. cit.*, p. 122.

²⁷ *Idem*, p. 352.

²⁸ *Idem*, p. 336.

furacão, uma geadas, e ordens emanadas do Poder Público (*fait de prince*), e outros semelhantes.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que “*modernamente, na doutrina e na jurisprudência se tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre fortuito interno (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e fortuito externo (força maior, ou Act of God dos ingleses)*”²⁹.

Conclui o citado autor que somente o caso fortuito externo é capaz de excluir a responsabilidade civil, visto que está relacionado à causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, o mesmo não ocorrendo quando se trata do caso fortuito interno, tendo em vista sua relação com a pessoa, a coisa, ou a empresa do agente.

Porém, faz uma advertência ao ratificar o entendimento de Agostinho Alvim afirmando que

tal distinção permite estabelecer uma diversidade de tratamento para o devedor, consoante o fundamento da sua responsabilidade. Se esta fundar-se na culpa, bastará o caso fortuito para exonerá-lo. Com maior razão o absolverá a força maior. Se sua responsabilidade fundar-se no risco, então o simples caso fortuito não o exonerará. Será mister haja força maior, ou, como alguns dizem, caso fortuito externo³⁰.

²⁹ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 737.

³⁰ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 739.

Como se vê, até o presente momento, não há como estabelecer uma voz uníssona por parte da doutrina pátria no que tange ao entendimento da distinção entre caso fortuito e força maior.

5. CONCLUSÕES

O legislador pátrio, ao prever o estatuído no artigo 393 e parágrafo único, do Código Civil, não quis estabelecer qualquer discrimen acerca das categorias caso fortuito e força maior. Com efeito, o *caput* do referido artigo dispõe que se o devedor não houver se responsabilizado, não responderá este pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou da força maior. Em seguida, em seu parágrafo único, estabelece que o caso fortuito ou a força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

Desta forma, observa-se que tratou o legislador ordinário de 2002 de explicitar a falta de condições do devedor de impedir o evento danoso, vale dizer, inevitabilidade. Ora, e o que vem a ser algo inevitável? Inevitável, sabe-se, é aquilo que não se consegue prevê, e, conseqüentemente, evitar, impedir que se realize e traga consigo suas conseqüências, é o que é fatal.

Na mesma linha de raciocínio pode-se facilmente indagar: o que pode o ser humano prevê para conseqüentemente poder evitar? O que é simples pensar é que ao ser humano deve ser possível realizar uma previsão ou visão antecipada do evento que ainda não ocorreu, mas que ocorrerá, e, em razão desta antecipação mental do resultado, tomar precauções no sentido de evitar o evento

danoso. Leva-se em conta a previsibilidade de um ser humano de conhecimentos medianos, comuns a qualquer outra pessoa em sociedade, sem que seja necessário maiores diligências por parte das pessoas no sentido de impedir o fatídico evento danoso.

Assim, em havendo possibilidade de previsão por parte do indivíduo, tendo em vista a concretização da antecipação mental do evento danoso, não há que se falar em caso fortuito ou força maior, posto que presente estará a culpa, vale dizer, a conduta que emana da vontade e que viola o dever de cuidado assegurado pelo Direito, tendo como resultado um evento gerador de dano voluntário ou involuntário, mas que era possível prevê.

Em suma, tratando de evento oriundo de ação humana imprevisível e inevitável, estar-se-á diante do caso fortuito ou *casus fortuitus*, tal qual a destruição de bens que ocorrem em razão de guerras, motins, arrastões etc. São fatos que fogem à possibilidade do ser humano de conseguir prevê para então evitar. Fortuito é o ato imprevisível, acidental, que não se pode fugir de suas conseqüências nefastas. Por outro lado, no que tange às forças que surgem da própria natureza, sem a possibilidade de se evitar, eis o que se denomina força maior, também conhecida pelos ingleses como “Act of God”, vale dizer, os eventos que a força humana é insuficiente para impedir os efeitos desastrosos, tais como as enchentes, furacões, tempestades, tsunamis etc. Diz-se força maior posto que são causas mais fortes ou robustas que as dispensadas pelo indivíduo humano com o fito de evitar os desígnios da mãe natureza.

Por derradeiro, forçoso é concluir que para que ocorra o caso fortuito, faz-se necessário que o evento seja

imprevisível e, conseqüentemente, inevitável, ou seja, ao agente é impossível conseguir antecipar mentalmente as conseqüências da fatalidade, sendo o fato superior às próprias forças da pessoa humana envolvida no evento; ao passo que a força maior tem como característica a inevitabilidade, posto que a força da natureza consegue se sobrepor às forças do ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 2v.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1960.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Dicionário de Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7: Responsabilidade Civil*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

- JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed. rev. e ampli. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.
- LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, volume 2: Obrigações e Responsabilidade Civil*. 3. ed. rev. atual e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 3. ed. rev. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.