CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR: PRINCIPAIS DELINEAMENTOS DOGMÁTICOS E CONEXÕES COM A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

FORCE MAJEURE: MAIN LEGAL FEATURES AND CONNECTIONS TO THE CORONAVIRUS PANDEMIC

Rafael Peteffi da Silva ⁱ

RESUMO: O presente trabalho visa analisar os principais delineamentos dogmáticos do caso fortuito ou de força maior. Assim, em um primeiro capítulo o artigo analisará algumas características básicas do instituto, como a necessariedade e a inevitabilidade dos efeitos, expressamente previstos na legislação brasileira. A exterioridade, cuja importância é ressaltada em hipóteses de responsabilidade civil objetiva e na distinção da categoria do fortuito interno, completará a análise dos requisitos de aplicação. Em um segundo capítulo, será realizado o estudo dos limites do caso fortuito ou de força maior em relação a outros institutos, como a concausalidade, o estado de necessidade e a teoria das impossibilidades contratuais.

Palavras-chave: Caso fortuito; Força maior; Coronavírus; Pandemia; Impossibilidade.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the main legal features of force majeure. Thus, in a first chapter, the article will analyze some basic legal characteristics of the institute, such as the necessity and inevitability of the effects, expressly provided for in Brazilian legislation. The externality, which importance is emphasized in cases of strict civil liability and for the distinction to the category of “fortuito interno”, will complete the analysis of the application requirements. In a second chapter, the study of the limits of act of God or force majeure in relation to other legal institutes, such as multiple causation, the state of necessity and the theory of contractual impossibilities (breach of contract), will be carried out.

Keywords: Cas fortuity; Force majeure; Coronavirus; Pandemic; Impossibility.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Elementos estruturantes do caso fortuito ou de força maior. 1.1. Caracterização dogmática inicial. 1.2. Principais características do caso fortuito ou de força maior: inevitável, necessário e externo (*étrangère*). 1.2.1. Teoria objetiva e subjetiva do caso fortuito ou de força maior e o afastamento do elemento culpa. 1.2.2. O fortuito interno como categoria distinta. 1.2.3. Caso fortuito ou de força maior como categoria conglobante do fato exclusivo de terceiro e do fato exclusivo da vítima. 2. Caso fortuito ou de força maior como categoria concreta e situada: institutos limítrofes e suas conexões sistemáticas. 2.1. Caso fortuito ou de força maior e concausalidade 2.2. Caso fortuito ou de força maior e estado de necessidade 2.3. Caso fortuito ou de força maior e a teoria das impossibilidades contratuais. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

ⁱ Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito Civil (USP). Coordenador Editorial da Revista de Direito Civil Contemporâneo, RT/Thomson Reuters. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6913-9818>

Inexiste dúvida sobre a importância da categoria do caso fortuito ou de força maior para o deslinde das relações obrigacionais em tempos de desastres naturais. Essa importante excludente, portanto, atrai máxima atenção dos operadores jurídico em tempos da pandemia do coronavírus.

Artigos doutrinários e iniciativas legislativas já estão a propor renovada discussão dos principais requisitos que moldam os casos fortuitos ou de força maior, para aquilatar em que situações o novo vírus é capaz de ser considerado um fato necessário, gerador de efeitos inevitáveis, tendo em vista que o caso fortuito ou de força maior é uma categoria relacional e situada no tempo e no espaço.

Em época de pandemia do coronavírus, pode-se pensar em uma eventual demanda de responsabilidade civil, baseada na alegada omissão antijurídica do Estado em fornecer acesso a um determinado equipamento médico para certo grupo de pacientes lesados, em que o ente estatal poderia afirmar que o dano foi causado pelos efeitos inevitáveis da pandemia, pois gerarem escassez absoluta deste tipo de equipamento em todo o planeta, após o fechamento das fronteiras do único produtor mundial, caracterizando, no caso concreto, um caso fortuito ou de força maior¹. O mesmo ocorre nas hipóteses de inadimplemento contratual, em que um fabricante de produtos, dotado de tecnologia industrial única, pode indicar que a causa para o descumprimento da avença e consequente falta de entrega dos produtos ao credor foi exatamente um caso fortuito ou de força maior, consubstanciado na determinação estatal de fechamento de todas as suas unidades fabris.

Outras relações obrigacionais, por outro lado, não guardam qualquer relação com a pandemia da COVID-19: não se vislumbra motivo ligado à atual situação de calamidade capaz de exonerar a responsabilidade civil extrancontratual do motorista, advinda de um prosaico atropelamento; ou capaz de exonerar o dever de indenizar gerado pelo inadimplemento do contrato de compra e venda de um livro raro engendrado entre dois vizinhos.

Para se alcançar os objetivos de coerência e relativa previsibilidade nas decisões que se valerão do caso fortuito ou de força maior em suas fundamentações, mister uma análise dos seus principais elementos constitutivos. A primeira parte do presente artigo, portanto, enfrentará as características delimitadoras da categoria de caso fortuito ou de força maior.

No intuito de bem definir o *locus operacional* da categoria de caso fortuito ou de força maior, a segunda parte deste estudo pretende traçar as principais distinções em relação a institutos limítrofes, ressaltando o caráter concreto de verificação do caso fortuito ou de força maior. A comparação com categorias como o estado de necessidade, concausalidade ou com a

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Direito das Obrigações: relações jurídicas obrigacionais. Tomo XXIII. Atualização Nelson Nery Jr, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 186. “A simples elevação de preços não é impossibilidade, desde que ainda esteja no mercado o gênero da mercadoria. A impossibilidade de importação, *in concreto*, mais a falta de mercadorias em depósito no país determina impossibilidade objetiva.” Na segunda parte do presente trabalho far-se-á a relação entre a teoria da impossibilidade e a categoria do caso fortuito ou de força maior.

teoria das impossibilidades permitirá uma análise de um panorama mais amplo da pandemia do coronavírus em relação ao Direito Obrigacional.

1. ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR

1.1. CARACTERIZAÇÃO DOGMÁTICA INICIAL

No ordenamento jurídico brasileiro, o art. 393 do Código Civil constitui-se na norma central sobre a temática do caso fortuito e de força maior.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou de 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 prevenir.

Dentro da arquitetura do Código Civil, o art. 393 situa-se dentro do capítulo sobre o inadimplemento das obrigações, ligando-se expressamente às obrigações de cunho negocial. Entretanto, o caso fortuito ou de força maior possui plena aplicabilidade em relação às hipóteses de responsabilidade civil extracontratual². Nas espécies em que as partes não tenham engendrado negócio jurídico prévio, como nos casos de ilícitos absolutos³, o caso fortuito ou de força maior terá o condão de afastar o nexo de causalidade, liberando o indigitado responsável de qualquer tipo de dever indenizatório.

O caso fortuito ou de força maior, portanto, apresenta-se como a causa absolutamente preponderante para a causação dos danos sofridos pela vítima, capaz de relegar outras eventuais causas à condição de irrelevância jurídica. Alguns autores afirmam que o caso fortuito é o acontecimento relacionado com os fatos da natureza, como no atual exemplo dos “tsunamis” (maremoto), enquanto a força maior estaria relacionada com atividades humanas inelutáveis, como as guerras e determinações de autoridades públicas⁴. Outros autores dizem exatamente o contrário⁵. A melhor doutrina trata os dois termos como sinônimos⁶.

Pontes de Miranda⁷ justifica o tratamento isonômico entre as categorias,

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 71; MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. *Ressarcimento de danos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 285.

³ Para uma análise da responsabilidade extracontratual como advinda de ilícitos absolutos ver: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Direito das Obrigações: fatos ilícitos absolutos. Tomo LIII. Atualização Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 137-140.

⁴ ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 1073.

⁵ MONTENEGRO, 2005, p. 284. O autor, porém, admite que “ambas as figuras produzem o mesmo efeito liberatório”.

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 302; AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 686; e NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 659-661.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Tomo XXIII, op. cit., p. 158-159.

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 têm base histórica, nem segurança em doutrina. Lamentável é que, em vez de se fixarem conceitos, se perca tempo em critério ao sabor pessoal dos escritores (e.g. impossibilidade relativa, o caso fortuito, impossibilidade absoluta, na força maior, como em A. Colin e H. Capitant (Cours élémentaire de Droit Civil, II, 4. ed., 10 s.).

Outras categorias jurídicas costumam ser tratadas pela doutrina como igualmente aptas a afastar o nexo de causalidade, o que ocorre com o fato exclusivo de terceiro e com o fato exclusivo da vítima. Contudo, é muito comum a abordagem do caso fortuito ou de força maior como a categoria que determina as características básicas de todas as excludentes de causalidade, com a possibilidade de abarcar as categorias do fato de terceiro e do fato da vítima. O caso fortuito ou de força maior assume, assim, verdadeiro papel de categoria geral entre as excludentes de causalidade, não constituindo equívoco denominar-se de caso fortuito ou de força maior algumas hipóteses típicas de, por exemplo, fato exclusivo de terceiro, pois “considerado nesta acepção, caso fortuito ou de força maior é expressão sinônima de fato excludente da causalidade. Neste sentido, ele abrange três categorias diversas da excludente: o fato de terceiro, o fato do lesado e o caso fortuito ou de força maior em sentido estrito”⁸.

Estabelecidos estes alinhamentos iniciais, empreender-se-á uma análise dos principais requisitos que caracterizam o caso fortuito ou de força maior.

1.2. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR: INEVITÁVEL, NECESSÁRIO E EXTERNO (*ÉTRANGÈRE*)

Somente o enfrentamento dos requisitos para a configuração do caso fortuito ou de força maior poderá traçar os contornos normativos do instituto. Nesta seção, serão analisadas as principais abordagens sobre o assunto.

1.2.1. TEORIA OBJETIVA E SUBJETIVA DO CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR E O AFASTAMENTO DO ELEMENTO CULPA

Como pode ser notado no item anterior, o *caput* do artigo 393 aponta um dos principais efeitos jurídicos do caso fortuito ou de força maior, enquanto o parágrafo único aborda seus principais elementos estruturantes: fato necessário, cujos efeitos são inevitáveis.

Caio Mario da Silva Pereira, baseado na locução do art. 393, discorre sobre o significado dos requisitos aludidos: “1) Necessariedade: pois não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável que libera o devedor, porém aquele que leva obrigatoriamente ao fato danoso” e “2) Inevitabilidade. Para que se exima o agente, é mister que o evento não possa ser

⁸ NORONHA, op. cit., p. 649.

impedido nos seus efeitos⁹.”

Tanto a doutrina internacional como a doutrina brasileira enfrentam os requisitos do caso fortuito ou da força maior pela lente de duas teorias principais¹⁰: objetiva e subjetiva. Os requisitos para a configuração do instituto podem variar conforme a teoria escolhida, pois a noção subjetiva do caso fortuito ou de força maior adiciona a conduta não culposa do indigitado responsável como elemento decisivo para a configuração do instituto. A doutrina objetiva afasta-se da perquirição a respeito das condições pessoais do indigitado responsável e da eventual diligência que este possa ter realizado¹¹, além de ter sido positivada por nosso direito positivo, como aponta Arnaldo Medeiros da Fonseca.¹²

Como o caso fortuito ou de força maior não se aplica abstratamente, mas sempre de maneira situada, na especificidade do caso concreto, Judith Martins-Costa¹³ bem aponta que as características centrais de necessariedade e inevitabilidade foram desenvolvidas e concretizadas pela doutrina e pela jurisprudência com o auxílio de outros conceitos associados, que podem levar a uma tendência de subjetivação (inexistência de culpa) ou a uma compreensão objetiva, ligada a uma diferenciação dos conceitos de “fortuito externo e fortuito interno”, que serão analisados posteriormente.

É explicável que assim seja, pois o conceito de caso fortuito/força maior que entrou nos Códigos foi construído, na época da primeira Codificação moderna, em contraposto ao conceito de culpa então imperante – de forma soberana e quase exclusiva – nos domínios da Responsabilidade Civil. Hoje em dia, na ‘Era da Recodificação’, a culpa, embora ainda central na regulação do fenômeno obrigacional, não reina mais sozinha, pois, como sabemos, as ideias de risco, de garantia e segurança social também têm espaço. Por isso essas incertezas e ambivalências na reconstrução conceitual de caso fortuito/força maior, instrumentos jurídicos que se devem mostrar operacionais tanto nas situações em que a imputação se dá por critérios subjetivos quando naquelas em que os critérios são objetivos¹⁴.

Acredita-se que a correta qualificação jurídica do caso fortuito ou de força maior como excludente do nexo de causalidade facilita o afastamento da teoria subjetiva, pois dá conta que culpa e nexo de causalidade são elementos que devem ser analisados separadamente. Fernando Noronha, defensor dessa opinião, fornece um exemplo em que a conduta do indigitado responsável é culposa a antijurídica e, ainda assim, o caso fortuito ou de força maior pode ser

⁹ PEREIRA, op. cit., p. 302.

¹⁰ Alguns autores brasileiros dão conta da pluralidade de abordagens que podem ser encontradas sobre a temática. Nesse sentido a lição de BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 1. parte. v. 4. Atualização Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 317-318.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Tomo XXIII, 2012, p. 166. Em favor da teoria objetiva, comenta o autor: “não são o mesmo conceber-se a força maior ou o caso fortuito como o que não seria evitável e entender-se que força maior ou caso fortuito somente há se o devedor envidou quanto pôde para lhe evitar as consequências”.

¹² MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 23. Posteriormente, o autor analisa a locução do parágrafo único do artigo 1058 do Código Civil de 1916, concluindo que se trata de uma concepção objetiva do caso fortuito ou de força maior. Não houve mudança do direito positivo nacional no art. 393 do Código Civil de 2002 (MEDEIROS DA FONSECA, op. cit., p. 127).

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Inadimplemento das Obrigações. v. V. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 289.

¹⁴ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 289-290.

observado: “uma pessoa estaciona irregularmente o seu automóvel do outro lado da via, contra o sentido de trânsito, e alguém vem a embater no veículo, mas também embateria se este estivesse estacionado corretamente, isto é, no sentido do trânsito¹⁵”. No exemplo fornecido, caso o veículo estacionado irregularmente fosse arremessado contra um transeunte que caminhava na calçada, causando-lhe graves danos, o proprietário do veículo aludido poderia valer-se do caso fortuito ou de força maior para eximir-se de qualquer dever indenizatório¹⁶.

O próprio ordenamento jurídico possui dispositivos que explicitamente ratificam a autonomia das condutas imputáveis ao devedor, geralmente culposas, do caso fortuito e da força maior, como claramente é observado no art. 399 do Código Civil¹⁷. Há hipóteses em que, mesmo existindo mora, advinda de ato culposo do devedor¹⁸, o caso fortuito ou de força maior pode ser comprovado, devendo o devedor demonstrar “que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”¹⁹.

Reconhece-se como correta a observação de Pontes de Miranda a respeito da distinção entre culpa do indigitado responsável e inevitabilidade dos efeitos do caso necessário²⁰. Ademais, em algumas hipóteses, mormente quando o operador do direito depara-se com a incidência da responsabilidade objetiva nas relações obrigacionais, a inclusão de um requisito suplementar passa a ser fundamental para a correta verificação do conteúdo normativo do caso fortuito ou de força maior: a *exterioridade*²¹, ou seja, a atuação da força maior como “causa estranha”²² (*cause étrangère*), para utilizar a expressão genérica utilizada pelo artigo 1.147 do Código francês²³.

¹⁵ NORONHA, op. cit., p. 665.

¹⁶ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 687. Por demais interessante é o posicionamento de Aguiar Dias, que elogia o critério misto encontrado na clássica lição de Arnaldo Medeiros da Fonseca, composto de inevitabilidade e da ausência de culpa. Entretanto, na frase imediatamente posterior atesta, com precisão, “Isso, para nós, pode ser simplificado ainda mais radicalmente: o que anima a causa de isenção no seu papel de dirimentes é, em última análise, a supressão da relação de causalidade. Esta noção atende melhor ao que se pretende expressar com a noção de caso fortuito ou de força maior e prova, do mesmo passo que a ausência de culpa não satisfaz como critério capaz de caracterizar essas causas de isenção.”

¹⁷ Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

¹⁸ Sabe-se que há divergência, no Direito Brasileiro, a respeito da culpa como requisito essencial para a verificação da mora. Não se enfrentará, nos limites deste artigo, essa discussão. Entretanto, o que é absolutamente consensual é a possibilidade da mora ser observada a partir de comportamento culposo do devedor.

¹⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 419. Ao se referir a essa hipótese, positivada no art. 399, a autora entende que ao devedor “caberá demonstrar que o dano efetivamente ocorrido é estranho à mora – isto é, que não há nenhuma relação de causalidade entre mora e o dano. Aqui o núcleo da questão reside na prova da inexistência do nexa causal entre a mora (**mesmo imputável à culpa**), e o dano”. (grifou-se).

²⁰ PONTES DE MIRANDA, TOMO XXIII, op. cit., p. 166.

²¹ NORONHA, op. cit., p. 657. O autor utiliza-se do termo externidade. “Mas verdadeiramente inevitáveis são somente fatos externos e irresistíveis: são externos quando não estejam vinculados à própria atividade da pessoa de cuja responsabilidade se esteja cogitando; são irresistíveis quando seja esta a sua própria natureza (e, por isso, não adiantaria prevê-los) e ainda quando assumam essas características devido à circunstância de serem normalmente imprevisíveis.”

²² AGUIAR DIAS, op. cit., p. 679.

²³ VINEY, Geneviève; JOUIDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 4. ed. Paris: L.G.D.J., 2013, p. 317; e AGUIAR DIAS, 1997, p. 679.

A responsabilidade das empresas de ônibus por assaltos ocorridos dos coletivos²⁴, por exemplo, chegou a gerar, em determinado momento histórico, acesa controvérsia jurisprudencial entre o Superior Tribunal de Justiça, que defende a existência de excludentes de causalidade para a espécie (caso fortuito ou de força maior ou, mais especificamente, o fato exclusivo do assaltante), e alguns Tribunais estaduais, que acreditavam haver nexo de causalidade entre a atividade de transporte desenvolvida pelas empresas concessionárias do serviço público e o dano sofrido pelos usuários. Nesse rico exemplo de divergência jurisprudencial a respeito da configuração, *in concreto*, do caso fortuito ou de força maior, algumas Cortes entendiam que o assalto a ônibus estava dentro do risco da atividade do prestador do serviço, que deveria indenizar os passageiros pelos danos sofridos.

Diante dessa perspectiva, ainda que se pudesse entender que o assalto ocorrido dentro dos coletivos fosse algo faticamente inevitável, impossibilitando o correto cumprimento do contrato de transporte, não se tratava de caso fortuito ou de força maior, por não ser acontecimento estranho à ambiência dos transportes urbanos de passageiros no Brasil. Destarte, principalmente após o advento da responsabilidade civil objetiva, o *locus* da subjetividade concentra-se, grandemente, no nexo de causalidade, afastando qualquer tipo de ilusão quanto a uma caracterização “matemática” do caso fortuito ou de força maior e possibilitando respeitáveis e legítimas divergências sobre a existência de excludentes de causalidade em hipóteses específicas.

A controvérsia jurisprudencial aludida demonstra, portanto, que a verificação do caso fortuito ou de força maior, como categoria normativa que é, necessita de concreção e, por vezes, de juízos valorativos dotados de expressiva subjetividade. Ainda dentro da temática da violência urbana e para traçar um contraponto com o exemplo do assalto a ônibus, note-se que o STJ por vezes já entendeu que um assalto ocorrido dentro de um estabelecimento comercial (supermercado) não pode ser considerado como algo externo à atividade, tornando indenizáveis os prejuízos sofridos pelos clientes nessa situação²⁵.

Para que o caso fortuito ou de força maior possa estar afastado das atividades típicas do agente, consubstanciando a chamada causa estranha ou externa, o requisito da imprevisibilidade acaba por retomar o prestígio outrora perdido. A ideia de desambiguação do caso fortuito ou de força maior em relação à culpa, aliada à necessidade de uma causa estranha, aparece com muito destaque nas ideias do maior expoente da teoria objetiva, Adolphe Exner. André Rodrigues Corrêa realiza competente síntese do pensamento do autor, ao expor os requisitos para a configuração do caso fortuito ou de força maior de acordo com essa abordagem

[...] que caracteres seriam estes? De acordo com o autor a força maior seria aquele evento ‘produzido fora do círculo de ação da atividade do devedor tendo por causa uma força que ocasiona um dano à pessoa ou a bens no interior do referido círculo’ e que possui ‘uma natureza e um poder tal que saia, de

²⁴ Para uma completa análise dessas hipóteses jurisprudenciais veja-se: CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 421 e ss.

²⁵ CORRÊA, op. cit., p. 482.

maneira evidente, do conjunto de casos fortuitos que devem ser previsto no curso ordinário da vida. [...] Mais do que inevitabilidade, o que Exner exigia para a caracterização da força maior capaz de excluir a responsabilidade *ex recepto* era a exterioridade do fato em relação ao que ordinariamente ocorre na exploração de dada atividade empresarial²⁶.

A tese objetiva, albergando a ideia de exterioridade como elemento caracterizador do caso fortuito ou de força maior, foi prestigiada no enunciado n. 443 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, como se infere: “O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”.

A ideia contida no enunciado transcrito demonstra a possibilidade de tratamento da culpa e do caso fortuito ou de força maior como institutos independentes.

1.2.2. O FORTUITO INTERNO COMO CATEGORIA DISTINTA

Apoiando a teoria objetiva, José de Aguiar Dias, alicerçado em Fernando Pessoa Jorge, declara não estar correta a afirmação segundo a qual o caso fortuito ou de força maior começa onde a culpa termina²⁷.

A doutrina parece não atentar para uma esdrúxula consequência sistemática que adviria da adoção dessa afirmação, que vincularia um imediato e inexorável aparecimento do caso fortuito ou de força maior à ausência de culpa do indigitado responsável²⁸: a perda do principal conteúdo eficaz da teoria da responsabilidade civil objetiva. Com efeito, a importância sistemática da responsabilidade civil objetiva concentra-se exatamente nas hipóteses em que o ato do ofensor não é caracterizado como uma conduta culposa, mas também não se observa nenhuma excludente de causalidade. O pensamento é de fácil compreensão: se a culpa, juntamente com os demais requisitos da responsabilidade civil, for comprovada, a responsabilidade civil subjetiva é mais do que suficiente para gerar o dever de indenizar do ofensor; se o caso fortuito ou de força maior for verificado, nem mesmo a responsabilidade civil objetiva teria o condão de gerar o dever de indenizar²⁹. Portanto, o campo normativo onde se observa a importância eficaz máxima da responsabilidade civil objetiva ocorre exatamente em hipóteses de inexistência de culpa e de caso fortuito ou de força maior, quando o dever de indenizar somente será observado pela incidência da teoria objetiva ao caso concreto.

²⁶ CORRÊA, op. cit., p. 505, Importante ressaltar que o autor entende indicada uma distinção conceitual entre força maior e caso fortuito, reservando para este último um papel menos contundente, semelhante ao exercido pelo fortuito interno, na exposição que adiante será realizada neste trabalho.

²⁷ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 691.

²⁸ Em algumas situações, essa noção pode parecer sedutora, como nos casos de engenharia, em que a atitude irrepreensível (isenta de culpa) do engenheiro, que mesmo assim resulta em um desmoronamento de uma barragem, poderia sugerir ao intérprete à ideia de um evento necessário e inevitável como causa para os danos observados, isto é, se não há culpa do engenheiro, o desastre somente poderia ser causado por um caso fortuito ou de força maior. Este pensamento, contudo, está eivado de mácula insanável, como será explicado no corpo do texto.

²⁹ Não será objeto deste trabalho o desenvolvimento da teoria do risco integral, a qual, segundo parte da doutrina, poderia gerar o dever de indenizar mesmo quando observado o caso fortuito ou de força maior.

A ilustração do pensamento acima é bem realizada pelos exemplos da categoria de “fortuito interno”, como na quebra da barra de direção do ônibus novo recém comprado pelo empresário, na explosão de pneus novos, no mal súbito do motorista,³⁰ no estouro da válvula de do equipamento de tratamento de efluentes muito antes da data indicada para a sua substituição, na quebra inesperada de parte do maquinário do empreiteiro que realizava a construção de uma usina hidroelétrica. O caso fortuito ou de força maior contrapor-se-ia ao conceito de fortuito interno, em grande parte por apresentar a característica de exterioridade, autorizando, portanto, a sinonímia com a expressão menos elegante do “fortuito externo”.

Em relação à pandemia da Covid-19, imagina-se que poderia ser enquadrado dentro da categoria de fortuito interno a contaminação de paciente, internado por motivos outros, em hospital que recebe grande número de pacientes infectados com o coronavírus, ainda que todas as precauções sejam tomadas. O mesmo poderia ser verificado em relação a funcionário de mercados que atendam ampla quantidade de pessoas, ainda que a diligência nos cuidados com a pandemia seja irrepreensível. Mesmo que se pudesse argumentar, diante da imaculada conduta do hospital ou do mercado, que a contaminação das vítimas foi “inevitável”, não se pode admitir a alegação de existência de caso fortuito ou de força maior, pela falta do requisito da exterioridade. Nessas hipóteses, se a teoria da responsabilidade civil objetiva for aplicável, impor-se-á o dever de indenizar.

1.2.3. CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR COMO CATEGORIA CONGLOBANTE DO FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO E DO FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA

Como já referido anteriormente, o fato exclusivo da vítima e o fato exclusivo de terceiro são modalidades de excludente da causalidade. Em relação a essa última hipótese, lapidar é a lição de Aguiar Dias: “[...] podemos dizer que o fato de terceiro só exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimine, totalmente, a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato.”³¹

As hipóteses de fato exclusivo de terceiro ocorrem quando um sujeito de direito, que não possui relação direta com o agente, é o verdadeiro e exclusivo autor da ação ou omissão que causou o prejuízo sofrido pela vítima. Na seara contratual, a identificação do terceiro é facilitada, “pois se trata de quem não participou do negócio jurídico”³².

³⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 292-293. A autora considera que o fortuito interno é o “fato inevitável que se liga a organização da empresa”, lembrando que o furto de um talão de cheques na saída de um estabelecimento bancário e o assalto ocorrido no estacionamento de um shopping Center também podem ser considerados como fortuitos internos. Fernando Noronha parece concordar com opinião aqui transcrita, quando afirma que “Pode haver responsabilidade resultante de uma atuação não culposa, mas causal em relação ao dano, nas hipóteses de responsabilidade objetiva.” (NORONHA, op. cit., p. 636).

³¹ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 679. Nesse sentido, no direito francês, ver: STARCK, Boris. *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile*. JCP, 1970, p. 2339; e VINEY; JOURDAIN, 2013, p. 352. “*En principe, ce que distingue la cause étrangère imprévisible et irrésistible de celle qui ne présente pas ces caractères, c’est que la première entraîne une exonération totale alors que la seconde ne peut motiver qu’un partage de responsabilité.*”

³² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

Em nosso Código Civil, não existe disposição específica que acolha o fato exclusivo de terceiro como excludente da responsabilidade³³. Como já analisado, o art. 393 apenas respalda expressamente o caso fortuito ou de força maior. Exatamente por esse motivo afirma-se, com acerto, que “a exclusão da responsabilidade ser dará porque o fato de terceiro se reveste das características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável.”³⁴

Seria um inadimplemento ocasionado por caso fortuito ou de força maior em sentido estrito a impossibilidade de um empreiteiro cumprir o contrato e entregar a obra em decorrência do afastamento social dos trabalhadores, determinada por ato governamental motivado pela pandemia. Por outro lado, o nexo de causalidade seria afastado por fato exclusivo de terceiro se a não entrega da obra ocorresse por sabotagem no canteiro de obras, realizado por empresa concorrente. Em ambos os casos, o empreiteiro não será obrigado a indenizar qualquer dano que poderá advir para o dono da obra, exceto por disposição contratual específica em contrário.

Importa não esquecer que, em algumas circunstâncias, o fato imputado a terceiro não exonerará totalmente o agente, ocasionando apenas a concausalidade, suporte fático para a atuação do art. 942 do Código Civil brasileiro.³⁵ Portanto, nos casos de fato exclusivo de terceiro, a conduta do terceiro é tão preponderante na causação do dano sofrido pela vítima que é capaz de tornar irrelevante a conduta do indigitado responsável.

Em algumas situações, também existirá fato exclusivo de terceiro quando o indigitado responsável, apesar de ser “causador direto” do dano, acaba sendo usado como simples instrumento do terceiro³⁶.

³³ No CDC, veja-se art. 12, §3, III e art. 14, §3º, II.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 722.

³⁵ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 367; e AGUIAR DIAS, José de, op. cit., p. 681. Valiosa é a lição de José de Aguiar Dias ao mencionar que: “Quanto aos efeitos do fato de terceiro sobre a responsabilidade civil, torna-se indispensável distinguir os casos em que há, ou não, presunção de responsabilidade contra o devedor. Se não se invoca nenhuma presunção de responsabilidade, é preciso saber: a) se o dano se deve a uma só causa. Neste caso, o fato exclusivo de terceiro não pode deixar de exonerar. Falta de todo em todo o laço de causalidade entre a atividade do agente e o dano. Desnecessário se considera dizer que, se o fato se deve exclusivamente a fato de o agente, nem se pode cogitar de fato de terceiro, que porventura tenha intervindo, ainda que culposamente, nos acontecimentos; b) ou tem mais de uma causa, o que constitui, aliás, o caso mais frequente. Esta hipótese ainda pode ser desdobrada: ou se trata de contrato, em relação a ambos os devedores, e neste campo a solidariedade não se presume, pelo que cada um responde pela sua cota viril e só por ela, o que quer dizer que a intervenção do terceiro exonera apenas em parte o agente, em face da vítima, que é obrigada a dirigir a ação contra ambos; ou se trata de devedores não contratuais, e neste caso cada um é obrigado pelo todo (Código Civil, art. 1.518), o que resulta em responsabilidade integral do agente, isto é, inocuidade do fato de terceiro em relação à responsabilidade daquele que a vítima escolhe para pedir a reparação, se bem que, entre os autores da ofensa, se reconheça o direito de regresso. Esta doutrina está consagrada no Projeto do Código Franco-Italiano de Obrigações.”

³⁶ O Recurso Especial nº 54444, da lavra do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, expõe de maneira cristalina a matéria. “Ementa: Direito civil. Responsabilidade civil. Acidente automobilístico. Culpa exclusiva de terceiro. Ausência de comportamento volitivo do condutor do veículo abalroador. Inaplicabilidade dos arts. 160, II e 1520, cc. Hipótese diversa da apreciada no Resp. nº 18.840/RJ. Denúnciação da lide. Improcedência do pedido deduzido na ação principal. Ônus da sucumbência. Preclusão. Recurso desacolhido. I- Não há de atribuir-se responsabilidade civil ao condutor de veículo que, atingido por outro, desgovernado, vem a colidir com coisa alheia, provocando-lhe dano, sendo tal situação diversa daquela em que o condutor do veículo, ao tentar desviar-se de abalroamento, acaba por causar prejuízo a outrem. II- No caso em tela, o prejuízo experimentado pelo dono da coisa danificada não guarda relação de causalidade com qualquer atitude volitiva do referido condutor, cujo veículo restou envolvido no acidente como mero instrumento da ação culposa de terceiro”.

O fato exclusivo da vítima segue a mesma lógica: é observado quando a responsabilidade do indigitado responsável é excluída pelo fato da própria vítima, normalmente autora da ação de indenização. Aqui, a contribuição da vítima para a causação do dano é flagrantemente preponderante, a ponto de fazer com que uma possível participação do réu reste irrelevante.

O fato exclusivo da vítima guarda a maioria das características do fato exclusivo de terceiro: não conta com prescrição normativa, devendo, para ser considerado, apresentar todas as características do caso fortuito ou de força maior.

É de afastar-se o muito utilizado termo “culpa exclusiva da vítima”, a melhor doutrina entende que “a boa técnica recomenda falar em fato exclusivo da vítima, em lugar de culpa exclusiva. O problema, como se viu, desloca-se para o terreno do nexa causal e não da culpa”³⁷.

Uma empresa que reclama indenização pela não entrega de matéria-prima perecível, em época de COVID-19, pode ser considerada a única responsável pelos prejuízos se comprovado que o não recebimento da aludida matéria-prima ocorreu por exclusiva mora do próprio credor.

Vale lembrar, nos moldes do que ocorria com o fato de terceiro, que quando o ato da vítima não é o único causador do dano, pode-se encontrar a concorrência causal entre fato da vítima e ação ou omissão do agente (art. 945 do Código Civil). Neste caso, o fato da vítima terá o condão de apenas atenuar a responsabilidade do agente³⁸.

2. CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR COMO CATEGORIA CONCRETA E SITUADA: INSTITUTOS LIMITROFES E SUAS CONEXÕES SISTEMÁTICAS

Como dito na introdução do presente trabalho, o caso fortuito ou de força maior é uma categoria situada, que muda a sua configuração de acordo com o tempo, com a evolução científica e cultural. Uma doença incurável no início do século XX muitas vezes não passará de uma singela intercorrência médica nos dias atuais. Espera-se que o coronavírus, com capacidade para causar enormes prejuízos à saúde humana, no momento em que este artigo é escrito, possa ser facilmente debelado em um curto período de tempo.

Além disso, somente o caso concreto poderá revelar se determinado acontecimento realmente será necessário, externo e com efeitos inevitáveis. “O golpe de uma baleia pode importar num *casus* para uma embarcação pequena e nada representar, em relação a um transatlântico”, no feliz exemplo de Miguel Maria de Serpa Lopes³⁹.

³⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 69.

³⁸ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 694.

³⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: obrigações em geral*. Vol. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1995, p. 375. O mesmo exemplo foi recentemente lembrado por FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Caso fortuito e força maior: as questões em torno dos conceitos. *Jota*, 20 mar. 2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/caso-fortuito-e-forca-maior-as-questoes-em-torno-dos-conceitos-20032020>. Acesso em: 20 jun. 2020.

Como bem aponta Arnaldo Medeiros da Fonseca, “equivocam-se aquele que pretendem existir uma categoria de acontecimentos por si mesmos constitutivos de força maior. A concepção que aceitamos recusa-se a admitir êsse critério apriorístico, exigindo, em cada caso, o exame dos fatos.”⁴⁰

Agostinho Alvim ilustra este pensamento afirmando que o assalto a mão armada pode se constituir em caso fortuito ou de força maior, quando o assaltando surpreende o devedor no momento que este transportava o objeto da prestação. Não ocorreria o caso fortuito se o devedor de alta soma de dinheiro mantivesse o numerário em sua casa, podendo facilmente evitar o assalto mantendo o dinheiro em instituição bancária⁴¹.

Seguindo este pensamento e ratificando a lógica encontrada no art. 399 do Código Civil, o art. 6º do PL 1179⁴², que institui o Regime Jurídico Emergencial Transitório, impede a “construção” de impossibilidades retroativas, pois os contratos que poderiam ter sido bem cumpridos na data aprazada contratualmente não serão extintos por um caso fortuito ou de força maior somente observado em momento posterior.

Importa lembrar que, dentro dos inúmeros institutos do Direito Obrigacional, os efeitos jurídicos da pandemia podem ser qualificados juridicamente de várias maneiras e atrair a aplicabilidade de distintos institutos do direito obrigacional⁴³: (i) em casos de contratos de execução diferida ou de trato continuado, os efeitos da pandemia podem não impossibilitar a execução contratual, mas podem ocasionar a excessiva onerosidade, (ii) em outras situações apenas os efeitos da mora serão afastados, pois os efeitos da pandemia representarão mera impossibilidade temporária, exigindo ulterior execução contratual, (iii) algumas hipóteses atrairão a extinção definitiva do vínculo, mas a impossibilidade definitiva não será obrigatoriamente reconduzidas à categoria de caso fortuito ou de força maior.

Vale destacar que o inadimplemento definitivo da obrigação decorre de impossibilidade, mas também da falta de interesse de credor em aceitar a prestação, quando esta se apresenta ainda possível.⁴⁴ Portanto, mesmo uma situação que pode parecer mera impossibilidade temporária, como a realização de uma festa de formatura ou uma viagem de lua de mel, possui a potencialidade de gerar o desfazimento definitivo do vínculo pela perda de interesse do credor em receber o serviço em momento posterior.

⁴⁰ MEDEIROS DA FONSECA, op. cit., p. 148. No mesmo sentido, modernamente, MARTINS-COSTA, op. cit., p. 291.

⁴¹ ALVIM, Agostinho, op. cit., p. 349-350.

⁴² No momento em que este artigo é escrito, o PL 1179 já havia sido aprovado no Senado e na Câmara dos Deputados, com a seguinte redação: Art. 6º As consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos. Entretanto, o artigo foi vetado pelo Presidente da República, quando sancionou a lei 14.010/2020.

⁴³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Coronavírus e força maior: configuração e limites. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison Monteiro do; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coords.). *Coronavírus e Responsabilidade Civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020. E-book.

⁴⁴ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 37 e seguintes

Passa-se agora a realizar as distinções mais importantes entre o caso fortuito e de força maior em relação a outras categorias jurídicas.

2.1. CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR E CONCAUSALIDADE

Dentro da ampla gama de possíveis qualificações jurídicas que as consequências da pandemia podem gerar, a relação do caso fortuito ou de força maior e as hipóteses de concausalidade merecem destaque. A possibilidade do caso fortuito ou de força maior confundir-se com as concausas é motivo de preocupação da doutrina nacional e internacional. A temática é fundamental no atual estágio da pandemia, para deixar claro que eventos naturais, que se caracterizam como casos fortuitos ou de força maior, não podem ser considerados como meras concausas.

No capítulo anterior afirmou-se que o fato de terceiro e o fato da vítima, se não se revestissem das características do caso fortuito ou de força maior, poderiam se consubstanciar em mera concausa. Destarte, a primeira e mais simples classificação encontrada na disciplina da concausalidade ocorre entre a multiplicidade causal patrocinada por inúmeros agentes, positivada, como já referido, no art. 942 do Código Civil, e a concausalidade observada entre um ou mais agentes e a própria vítima (art. 945). Para os fins do presente estudo, limitar-se-á ao estudo da causalidade múltipla gerada por mais de um agente, sem participação efetiva do prejudicado.

Mesmo limitados a essa categoria de concausalidade, ainda podemos identificar ampla variedade de abordagens por parte dos autores nacionais. Judith Martins-Costa trata a concausalidade como gênero, apontando a coautoria e a causalidade concorrente como espécies. Segundo a doutrinadora,

A concausação se divide em dois grandes grupos: (i) o que deriva da convergência objetiva e subjetiva, então importando em co-autoria; (ii) e a que deriva da mera convergência objetiva, havendo várias ações que se conjugam, embora os seus autores tenham operado de forma independente, as causas atuando de forma paralela⁴⁵. Nesse último caso não há co-autoria, sendo o fenômeno também denominado de “concorrência causal” ou “causalidade concorrente”, de modo que se pode falar em concausação (gênero) e co-autoria e concorrência causal ou causalidade concorrente (espécies).⁴⁶

Os fatos de terceiro (não exclusivos), portanto, podem ser facilmente observados em exemplos de causalidade concorrente ou de coautoria. Todavia, há intensa discordância em relação a possibilidade do caso fortuito ou de força maior em sentido estrito possuir tal relação com a concausalidade. Entende-se que as hipóteses clássicas de caso fortuito e força maior não se prestam a dirimir responsabilidade, ou seja, somente admite-se a sua natureza de excludente.

⁴⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 248.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Provocações canelenses acerca da concausalidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. (Org.). *Conversas sobre arbitragem*: cadernos para debate n. 5. 1. ed. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2013, p. 50-51.

Aguiar Dias alude a Acórdão da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que - tendo como objeto ação de responsabilidade civil do Estado, suscitada pela ruína de edifício por ocasião de costumeiras chuvas torrenciais - decidiu pela concorrência de causas, a saber: culpa da administração, culpa de terceiro e força maior, caracterizada pelas chuvas torrenciais.

Como indenização, o Acórdão estabeleceu que os réus deveriam pagar vinte por cento da reparação, deixando que as vítimas suportassem os oitenta por cento (80%) restantes, já que causados por força maior e, portanto, impossível de serem imputados à vítima ou aos réus.

Ao comentar a aludida decisão, Aguiar Dias afirma que: **“A fundamentação do julgado flutua entre o reconhecimento e a desfiguração da força maior, de excludente, que é, para causa concorrente.”**⁴⁷.

Geneviève Viney e Patrice Jourdain relatam que a jurisprudência francesa também conhece julgados que vão ao encontro da decisão do tribunal fluminense. É nesse sentido que a Corte de Cassação, em 10 de março de 1948, após a destruição de uma cidade por uma tempestade, resolveu repartir a responsabilidade entre os construtores responsáveis e a própria tempestade.

Na mesma linha, tem-se o caso do naufrágio do navio *Lamocrière*, no qual a Corte de Cassação repartiu a responsabilidade do dano, responsabilizando a empresa transportadora em apenas um quinto do prejuízo, pois o restante do dano havia sido causado por um ciclone e por defeito do carvão utilizado no barco. Os exemplos citados explicitam a importância do tema o atual momento, pois a disseminação de um novo vírus poderia também ser considerada uma causa semelhante a eventos naturais, como a tempestade, ou aos chamados *faits do principe*.

Entretanto, imperioso notar que esses julgados **representam casos absolutamente isolados na jurisprudência francesa**, que tem afastado essa hipótese de aplicação do caso fortuito e da força maior⁴⁸. Ainda, segundo William Prosser e W. Page Keeton, a jurisprudência americana segue o mesmo rumo dos julgados franceses⁴⁹.

Deste modo, ou o caso fortuito é observado e torna inexpressiva a conduta do réu dentro do processo etiológico (improcedência da ação de reparação), ou não existe prova suficiente do caso fortuito e o agente repara o dano de forma integral.

Observa-se que a análise sistemática de outras soluções encontradas no ordenamento pátrio reforça o entendimento aqui esposado. Em todos os outros casos em que várias causas conhecidas ou determinadas concorrem para a causação do mesmo dano, tem-se a incidência

⁴⁷ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 692 (grifou-se). No mesmo sentido STARCK, 1970.

⁴⁸ VINEY; JOURDAIN, op. cit., p. 366-367. “*Toutefois, bien que cette solution fût également retenue par certaines juridictions du fond, elle n’a jamais été expressément réaffirmée par la Cour de cassation depuis ces arrêts déjà anciens. Au contraire, à partir des années 1970, plusieurs arrêts, s’inscrivant dans un courant jurisprudentiel plus vaste, ont paru refuser au défendeur toute possibilité d’exonération en cas de concours avec un cas fortuit qu’il a pu prévoir ou dont il pouvait éviter les effets*”. [Sem grifos no original].

⁴⁹ PROSSER, William; KEETON, W. Page. *On Torts*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1984, p. 314. “*In only one considerable group of cases has the defendant been held liable where unforeseeable intervening causes have brought about unforeseeable results. It is quite often said in the cases that when the negligence of a defendant ‘concurs’ with an act of God, which is to say an unforeseeable force of nature, the defendant is to be held liable.*”

da regra do parágrafo único do art. 942 do Código Civil, que determina a responsabilidade solidária dos concausadores. Esta regra coloca a vítima em posição privilegiada, pois possui a prerrogativa de escolher, entre os concausadores do dano, aquele que detém as melhores condições pecuniárias para arcar com a indenização.

É verdade que o agente escolhido para o pagamento da totalidade da indenização poderá intentar futura demanda regressiva contra os outros concausadores, mas, na prática, a falta de capacidade econômica destes muitas vezes impossibilita essa demanda. Assim, conclui-se que a principal preocupação do ordenamento é garantir que a vítima seja reparada integralmente para, posteriormente, preocupar-se com uma eventual divisão de encargos entre os concausadores.

Portanto, não se vislumbra motivo para que a vítima seja prejudicada quando uma das causas concorrentes advenha de fato da natureza, como um temporal, um terremoto ou a disseminação de um desconhecido vírus, pois a indenização integral do prejuízo, interesse tutelado preferencialmente, seria impossibilitada⁵⁰.

Vale lembrar que a vítima nunca poderia exercer o seu direito contra a chuva ou o terremoto. Se, para ser concausador exige-se que determinado sujeito de direito tenha atuado de forma a caracterizar a sua ação ou omissão como uma das causas adequadas para a causação do dano, não há motivo para que esse sujeito de direito não arque com a integralidade da reparação somente por existir um fato da natureza que também contribuiu para a causação do prejuízo. Como se verificou, o ordenamento jurídico brasileiro realiza clara hierarquização dos interesses em jogo, com prevalência para o interesse da vítima de ser indenizada integralmente, em detrimento do interesse do concausador de cobrar a cota-parte dos demais concausadores.

2.2. CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR E ESTADO DE NECESSIDADE

Uma pandemia de graves proporções como a que se está observando pode criar algumas situações de perigo iminente, gerando reações que poderiam lesar coisas ou pessoas, preenchendo o suporte fático da categoria do estado de necessidade⁵¹ (art. 188 II do Código Civil). A diferenciação do caso fortuito ou de força maior, que afasta o nexo de causalidade do indigitado responsável, com as pré-excludentes⁵² de ilicitude ou de antijuridicidade⁵³, é muitas vezes sutil, porém de suma importância, pois pode atrair efeitos jurídicos totalmente diferentes.

⁵⁰ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 692.

⁵¹ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: [...] II- A deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único: No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁵² PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, p. 169-214, 2019. “o termo “excludentes” de ilicitude ou antijuridicidade, apesar de largamente utilizado, não é totalmente adequado, uma vez que não se pode excluir algo que nunca existiu, pois a conduta nasce justificada”. No mesmo sentido BUERES, Alberto. *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 500. Pontes de Miranda alinha-se com essa ideia, pois denomina categorias jurídicas como a legítima defesa e o estado de necessidade como “pré-excludentes” da ilicitude (PONTES DE MIRANDA, Francisco

A responsabilidade civil advinda de atividades lícitas é raramente admitida, comprovando a eficácia da legítima defesa e do exercício regular do direito para exonerar a responsabilidade do causador do dano⁵⁴. Nessas hipóteses, o ato do ofensor não é contrário ao direito, pois a “a previsão hipotética do dano vem inserida em norma permissiva”⁵⁵, isto é, há casos de “intromissões permitidas”⁵⁶ nos direitos alheios.

Por força do artigo 929 do Código Civil⁵⁷, contudo, o mesmo não ocorre com o estado de necessidade, pois “não é justo que o terceiro, em quem recai o resultado do ato necessário, sofra o prejuízo, para permitir que dele se livre aquele a quem o dano foi dirigido”⁵⁸.

O Direito Brasileiro, portanto, impõe o dever de indenizar para aquele que causa dano em estado de necessidade, ainda que lhe seja permitida a ação regressiva contra o terceiro que causou a situação de perigo, nos termos do art. 930 do Código Civil⁵⁹.

Diante do exposto, é fundamental especificar quando o ato de terceiro, caracterizando o caso fortuito ou de força maior (excludente de causalidade), representa a causa preponderante do dano, ou quando este apenas é responsável por criar a situação de perigo, fazendo com que a verdadeira causa do dano seja a conduta daquele que se encontra em estado de necessidade.

Recorremos, uma vez mais, ao exemplo do assalto a ônibus, que é considerado como hipótese de caso fortuito ou de força maior pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, tendo em vista particularidades de determinado caso concreto, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior relatou julgado em que a qualificação jurídica dos fatos em tela tomou outro rumo, ressaltando a sutil diferença entre a hipótese de estado de necessidade e de caso fortuito ou de força maior.

No Recurso Especial 234.263, de 1.999, o autor da ação alegava que se encontrava dentro de coletivo da ré e veio a sofrer queda do interior do coletivo, que trafegava com a porta dianteira aberta, em decorrência de assalto havido em seu interior. Destarte, o assaltante obrigara o motorista do coletivo, mediante ameaça de uma arma, a trafegar com a porta aberta e em alta velocidade, fato que ocasionou a queda da vítima, e os consequentes prejuízos.

Interessante notar que tanto a sentença de primeiro grau como a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro analisaram a matéria pelo ângulo da excludente da causalidade. A decisão de primeiro grau acreditava que o assalto a ônibus guardava as características de

Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial. Bens. Fatos Jurídicos. Tomo II. Atualização Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 351 e ss.).

⁵³ Para uma noção da aplicação dos termos antijuridicidade e ilicitude na Responsabilidade Civil brasileira, confira-se PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, p. 169-214, 2019.

⁵⁴ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I- Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; [...].

⁵⁵ BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.

⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Tomo LIII, op.cit., p. 276-277.

⁵⁷ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

⁵⁸ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 677

⁵⁹ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único: A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

inevitabilidade e, deste modo, deveria ser considerado um caso fortuito. O Tribunal de Justiça, por outro lado, afirmava que “a frequência com que ocorrem os assaltos no interior de coletivo afasta a hipótese de caso fortuito, só admissível quando se trata de eventos imprevisíveis, o que não é o caso”.

O Min. Ruy Rosado inverteu o ângulo da análise, demonstrando que o caso concreto tratava de estado de necessidade. Vale transcrever um elucidativo fragmento do voto:

A hipótese não é de dano produzido diretamente em razão do assalto, ou de algum projétil jogado contra o veículo cuja autoria pode ser atribuída diretamente ao terceiro. No nosso caso, a vítima caiu do ônibus porque a porta ficou aberta e sofreu o dano porque o veículo estava em movimento, dois atos praticados pelo motorista. Logo, a relação causal que se põe é entre essas circunstâncias (porta aberta – veículo em movimento) e a queda do passageiro, com a consequência lesiva, o que não é resultado imediato da ação do assaltante. Quando o que está sob perigo age para se salvar e atinge terceiro que não provocou o perigo, quem responde é o causador direto e imediato do dano, no caso o motorista (ou seu empregador), com direito de regresso contra quem provocou o perigo. São nesse sentido os nossos precedentes.

Segundo a lógica de distinção de estado de necessidade e caso fortuito ou de força maior, não haveria exclusão de responsabilidade em situações em que alguém, por fundado receio de contaminação pela COVID-19, acabasse por causar dano a outrem, seja patrimonial ou extrapatrimonial.

2.3. CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR E A TEORIA DAS IMPOSSIBILIDADES CONTRATUAIS

Na ambiência das relações contratuais, poucos institutos possuem uma relação tão estreita com o caso fortuito ou de força maior como a teoria das impossibilidades. Alguns autores clássicos chegam a considerar a impossibilidade “como requisito elementar do próprio fortuito”⁶⁰. Em outras passagens, observa-se descrições da impossibilidade como um “obstáculo invencível ao cumprimento da obrigação, seja de ordem natural ou jurídica”⁶¹, conceito que muito se assemelha a noção de caso fortuito ou de força maior.

Dentro do restrito escopo do presente trabalho, torna-se impossível explorar a ampla e complexa matéria das impossibilidades da prestação contratual, mas algumas singelas distinções necessitam ser feitas⁶². Não se conectam diretamente com o caso fortuito ou de força

⁶⁰ MEDEIROS DA FONSECA, op. cit., p. 24. “Limitado então, na técnica jurídica, a noção do caso fortuito ou de força maior ao domínio das obrigações, um novo elemento foi-lhe incorporado, a que não se aludira nas definições antigas: a impossibilidade da prestação.”.

⁶¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 96.

⁶² Realizou-se essas diferenciações em PETEFFI DA SILVA, Rafael. Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo novo Código Civil. *Revista do Advogado* (São Paulo), São Paulo, v. 68, p. 135-153, 2002.

maior aquelas hipóteses de impossibilidade imputáveis ao devedor, as quais não exoneram, mas, ao contrário, dão causa para o nascimento do dever de indenizar os eventuais danos sofridos pelo credor. Somente a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor alinha-se com os efeitos do caso fortuito ou de força maior, gerando a extinção da obrigação *ipso iure* e exoneração do devedor em relação às perdas e danos⁶³.

É consensual o efeito exoneratório que a chamada impossibilidade objetiva ou absoluta possui em relação ao devedor. A possibilidade da extinção do contrato mediante impossibilidade meramente subjetiva, entretanto, é matéria de acesa controvérsia⁶⁴. Muitos autores entendem que o efeito liberatório da impossibilidade subjetiva, que diz respeito a específica condição de prestar do devedor, apenas seria admitida nas hipóteses de obrigação infungível⁶⁵, pois então a prestação da obrigação por outrem tornar-se-ia absolutamente impossível.

Relativamente consensual é também a rejeição, pelo Direito Brasileiro, da teoria do limite do sacrifício, sendo a dificuldade de prestar do devedor destituída de efeito liberatório⁶⁶, ainda que diferenciação entre esta e a simples impossibilidade subjetiva não seja totalmente clara na doutrina⁶⁷.

O prestígio da corrente que defende que somente a impossibilidade objetiva e absoluta teria o condão de exonerar o dever, contudo, não gerou uma rígida identificação, em nossa doutrina, entre o caso fortuito ou de força maior e a impossibilidade, como se esta somente pudesse ser verificada em situações de fatos necessários, externos e com efeitos inevitáveis. De acordo com Ruy Rosado de Aguiar Jr, “a ‘impossibilidade superveniente inimputável ao devedor’ pode decorrer de caso fortuito, força maior, ato do credor, ato de terceiro **ou ato do próprio devedor sem culpa**”⁶⁸.

Poder-se-ia alegar que a posição de Ruy Rosado de Aguiar Jr. somente se sustenta porque ele admite o efeito liberatório das meras impossibilidades subjetivas, contudo, mesmo os autores que conferem a exclusividade do efeito liberatório às impossibilidades absolutas e objetivas, afirmam que “*deve-se evitar atribuir toda impossibilidade a casus, ao caso fortuito, porque há impossibilidades que de modo nenhum derivam de caso fortuito ou força maior, ainda quando se mencionam, como G.Hartmann, o casus natural e o jurídico.*”⁶⁹

⁶³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Tomo II. v. 6. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 545-546.

⁶⁴ Entre os que afastam a possibilidade de exoneração do devedor por intermédio da impossibilidade relativa estão PONTES DE MIRANDA, TOMO XXIII, op. cit., p. 183-185; MARTINS-COSTA, op. cit., p. 378; e RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos: autonomia da vontade de Teoria da Imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 130-132. Entre os autores que admitem a impossibilidade relativa veja-se COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 121-123; e AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 546.

⁶⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 7. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 2010, p. 72.

⁶⁶ RODRIGUES JÚNIOR, op. cit., p. 131. Autores como AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 546 realizam a distinção entre a impossibilidade subjetiva e a mera dificuldade de prestar.

⁶⁷ Para uma tentativa mais contundente de diferenciação veja-se MEDEIROS DA FONSECA, op.cit., p. 149-150.

⁶⁸ AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 549 (grifou-se).

⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Tomo XXIII, op. cit., p. 184. Parece estar alinhada com a lição de Pontes de Miranda, o posicionamento de Judith Martins-Costa: “Como imputar não é inculpar, mas é atribuir responsabilidade a alguém, há ocasiões que o Ordenamento afasta o nexo de imputação (e, portanto, a

Não é diferente a posição de Fernando Noronha, que bem ilustra essa possibilidade lembrando o caso dos danos causados por um motorista acometido de mal súbito. Como esse tipo de intercorrência estaria dentro do risco normal observado no tráfego de veículos de grandes cidades, não se observaria o caso fortuito ou de força maior, por faltar o elemento da exterioridade. Caso a responsabilidade civil objetiva fosse aplicável à espécie, eventuais danos causados aos transeuntes deveriam ser indenizados.

Na seara contratual, se o mesmo mal súbito acometesse o devedor de uma obrigação infungível, estaria configurada uma “situação de impossibilidade liberatória.”⁷⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou a importância e a atualidade de institutos clássicos do Direito Obrigacional, como o caso fortuito ou de força maior, para regular os contundentes problemas advindos da pandemia da COVID-19.

Para que um pouco de segurança jurídica seja alcançada, mesmo em um ambiente de absoluta incerteza fática, os elementos estruturantes do caso fortuito ou de força maior devem ser revistados. Assim, demonstrou-se que uma mera visualização do caso fortuito ou de força maior como contraponto ao comportamento culposos do ofensor não basta para dar conta dos profundos problemas advindos de uma sociedade contemporânea, marcada por uma complexa estrutura massificada.

O entendimento do caso fortuito ou de força maior como excludente da causalidade, atraindo o elemento da exterioridade, oferece o caminho interpretativo mais adequado para a correta localização dogmática do instituto.

Outrossim, a diferenciação dos casos fortuito ou de força maior de institutos com os quais possui inegável afinidade, mostra-se fundamental. A distinção das hipóteses da concausalidade e do estado de necessidade possibilita configuração mais nítida dos limites do instituto, auxiliando no desenho das etéreas fronteiras do caso fortuito ou de força maior com as muitas manifestações das impossibilidades na seara contratual.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Tomo II. v. 6. Rio de Janeiro: Forense. 2011

responsabilização) porque a prestação se tornou impossível ao devedor. É essa justamente a matéria tratada no art. 396, que não se confunde com as hipóteses versadas no art. 393 (caso fortuito ou de força maior) embora ambas se ponham como espécies do gênero impossibilidade superveniente não-imputável ao devedor, com efeito liberatório” (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 375-376).

⁷⁰ NORONHA, op. cit., p. 658.

- ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 7. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 2010.
- BAPTISTA, Sílvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 1. parte. v. 4. Atualização Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUERES, Alberto. *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Caso fortuito e força maior: as questões em torno dos conceitos. *Jota*, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/caso-fortuito-e-forca-maior-as-questoes-em-torno-dos-conceitos-20032020>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Inadimplemento das Obrigações. v. V. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. Provocações canelenses acerca da concausalidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. (Org.). *Conversas sobre arbitragem: cadernos para debate* n.5. 1. ed. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2013.
- MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Coronavírus e força maior: configuração e limites. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison Monteiro do; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coords.). *Coronavírus e Responsabilidade Civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020. *E-book*.
- MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. *Ressarcimento de danos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, p. 169-214, 2019.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo novo Código Civil. *Revista do Advogado* (São Paulo), São Paulo, v. 68, p. 135-153, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial. Bens. Fatos Jurídicos. Tomo II. Atualização Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Direito das Obrigações: fatos ilícitos absolutos. Tomo LIII. Atualização Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Direito das Obrigações: relações jurídicas obrigacionais. Tomo XXIII. Atualização Nelson Nery Jr, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PROSSER, William; KEETON, W. Page. *On Torts*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1984.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos*: autonomia da vontade de Teoria da Imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: obrigações em geral*. Vol. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1995

STARCK, Boris. *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile*. JCP, 1970.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VINEY, Geneviève; JOUIDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 4 ed. Paris: L.G.D.J., 2013.

Recebido: 24.06.2020

Aprovado: 30.07.2020

Como citar: SILVA, Rafael Peteffi da. Caso fortuito ou de força maior: principais delineamentos dogmáticos e conexões com a pandemia do coronavírus. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 220-240, maio/ago. 2020.