

RESENHA À OBRA “CONTRATOS DE TRANSPORTE: NOVOS PARADIGMAS DO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR”, DE MARCO FÁBIO MORSELLO (SÃO PAULO: THOMSON REUTERS BRASIL, 2021)

REVIEW OF THE BOOK “CONTRATOS DE TRANSPORTE: NOVOS PARADIGMAS DO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR”, BY MARCO FÁBIO MORSELLO (SÃO PAULO: THOMSON REUTERS BRASIL, 2021)

Ricardo Dal Pizzol *

Muito me honra a missão de resenhar a excelente obra “Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior” de autoria de Marco Fábio Morsello, Professor Associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e associado do IBERC.

O livro, lançado em 2021 pela Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, é fruto da tese apresentada pelo autor para o concurso público de Livre-Docência em Direito Civil na Universidade de São Paulo (USP). Nesse certame, após análise de criteriosa banca examinadora,¹ o autor foi considerado habilitado a receber referido título, de forma unânime e com a impressionante nota média de 9,72.

Marco Fábio Morsello é, de longa data, autoridade reconhecida e festejada, no Brasil e no exterior, no estudo do contrato de transporte e dos eventos danosos a ele relacionados. Antes da obra em análise, já havia lançado “Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo”, trabalho referência na área.

“Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior” vem preencher uma lacuna. Como o próprio nome indica, atualiza, estrutural e funcionalmente, dois conceitos basilares da responsabilidade civil – o caso fortuito e a força maior –, com enfoque principal, mas não exclusivo, nos contratos de transporte.

* Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorando em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Comparado pela Samford University (Alabama, USA). Professor do LLM em Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Professor do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Civil da Escola Paulista da Magistratura. Professor do curso de pós-graduação lato sensu em Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura. E-mail: ricardodalpizzol@gmail.com / ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-5986-7499>

¹ Banca composta pelos ilustres Professores Carlos Alberto Dabus Maluf, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Heloisa Helena Gomes Barboza, José Antonio Peres Gediell e Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery.

Aí reside, penso, uma das grandes virtudes da obra: embora o autor promova recorte acadêmico voltado aos contratos de transporte, seus ensinamentos dão fundamento, na verdade, a uma refundada teoria geral dessas causas excludentes de ilicitude. A fim de alcançar a relevância prática do tema, basta verificar a enorme frequência com que questões relativas à configuração ou não do caso fortuito ou força maior se apresentam nos mais diferentes tipos de lides (v.g., roubo praticado em agências bancárias, no transporte público ou em estacionamentos; greve ou pandemia que impedem o prestador de serviço de cumprir sua obrigação; condições meteorológicas extraordinárias que embaraçam o cumprimento dos contratos de transporte aéreo).

Pois bem. Analisemos o plano da obra.

No primeiro capítulo, Marco Fábio Morsello propõe examinar a matéria sob perspectiva evolutiva. Transitando por diversas civilizações da Antiguidade, observa em todas o predomínio de um determinismo fatalista: o risco não era uma opção para esses povos, senão um destino inelutável, submetido à vontade dos deuses.

As situações climáticas adversas, tais como quedas de raios, secas e inundações, integravam o cotidiano, refletindo a vontade incontornável de entes superiores, que não podiam ser desafiados. Cumpria, ao contrário, cultuá-los, para que os eventos não se repetissem. Observava-se, não por acaso, uma associação direta e frequente entre climatologia e mitologia.²

Nessas sociedades, medidas preventivas não constituíam, ao contrário do que ocorre na modernidade, estratégia fundamental de enfrentamento de novos danos. O futuro era interpretado e tratado sob a ótica do passado, levando a uma não modificação do *status quo* – quando da ocorrência de desastres, simplesmente se cultuavam os deuses para que o evento não se repetisse, sem buscar medidas preventivas concretas que pudessem reduzir a frequência desses eventos ou a dimensão dos danos por eles causados.

Os romanos, conquanto tenham introduzido maior categorização das hipóteses de força maior e caso fortuito, pouco fizeram no sentido de se desprezarem dessa visão fatalista: o gênero *casus*, por definição, agrupava acontecimentos que, como obras da sorte, do azar, do acaso (elementos reunidos na deusa *Fortuna*), representavam situações inesperadas e invencíveis para os homens, pois derivadas de uma *vis divina* avassaladora e irresistível.³

O segundo capítulo descreve uma profunda mudança desses paradigmas com o advento da modernidade. O risco deixa de constituir destino inelutável para se transformar em uma *opção*, exercida em vários níveis (v.g., na decisão de adotar ou não determinada medida preventiva; de contratar ou não seguro; de exercer determinada atividade com maior ou menor intensidade).

² MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 36-37.

³ *Ibidem*, p. 64.

Essa mudança foi catalisada, segundo Marco Fábio Morsello, por dois fatores.

O primeiro deles: o desenvolvimento de técnicas de análise e gestão do risco, em caráter prospectivo. Se na Antiguidade, como visto, o futuro era interpretado sob a ótica do passado, levando a uma apatia fatalista frente aos desastres, o grande passo da modernidade foi pôr o futuro a serviço do presente, por meio da compreensão e medição do risco e da elaboração de estratégias para seu tratamento. Racionalizou-se, a partir disso, o processo de tomada de decisões, em efetivo “desafio aos deuses”, expressão que o autor toma de empréstimo da obra de Peter L. Bernstein.⁴

Uma estratégia de gestão do risco, derivada dessa visão prospectiva, foi o contrato de seguro, que, com esteio em sofisticados cálculos de probabilidade, pulveriza os riscos entre todos os contratantes que arcam com o prêmio do seguro (técnica de *loss-spreading*).

Como bem lembra o autor, o nascimento do contrato de seguro está intimamente relacionado à atividade de transporte, visto que, quer na Itália, quer na Inglaterra (*Society of Lloyd's*), os primeiros contratos desse tipo visavam a resguardar justamente o transporte marítimo ou terrestre de cargas.⁵

Outra estratégia de gestão de risco, também aprofundada pela modernidade, foi a adoção de medidas preventivas tendentes a evitar a ocorrência dos danos. Tais medidas preventivas pressupõem igualmente visão prospectiva, na medida em que carregam custos que só as justificam, racionalmente, enquanto servirem para evitar danos que suplantem seu valor.⁶

⁴ BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Tradução de Ivo Korylowski. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997, p. 1-3.

⁵ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 86-90.

⁶ Poder-se-ia supor, à primeira vista, que o objetivo seria sempre o de, via medidas preventivas, reduzir ao mínimo – se possível a zero – o montante de danos. Mas essa pode não ser, e muito provavelmente não será, a solução mais eficiente do ponto de vista econômico. Para evitar acidentes, é necessário adotar medidas de prevenção, mas isso tem custos: (i) *custos explícitos*, medidos pela saída efetiva de recursos, como, por exemplo, os pagamentos feitos para a revisão de veículos, para a adoção de novos mecanismos de segurança em fábricas, para a aquisição de materiais mais seguros para a construção de moradias; (ii) *custos de oportunidade*, referentes ao que se deixou de ganhar por não se adotar outra alternativa, como a perda de tempo decorrente de conduzir um veículo em velocidade mais baixa para evitar acidentes ou como os juros que o investidor deixa de receber ao utilizar recursos antes aplicados no mercado financeiro para adquirir um novo mecanismo de prevenção de danos (MARISTRELLO PORTO, Antônio José. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. In: Luciano Benetti Timm [org.], *Direito e Economia no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 185). Como afirma Vasco Rodrigues, “no limite, todos os acidentes podem ser evitados se impedirmos a atividade que lhes dá origem: os acidentes de automóvel podem ser completamente evitados se ninguém andar de automóvel. Só que, em geral, a atividade que causa um acidente também traz benefícios: abdicar dessa atividade implica suportar o custo de oportunidade correspondente aos benefícios perdidos.” (*Análise Econômica do Direito - Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 87). Assim, se o nível “zero” de danos em determinado setor só pode ser atingido através da cessação completa da atividade, o que raramente é desejável do ponto de vista social e também do agente econômico, é preciso descobrir o nível ótimo de prevenção: o ponto a partir do qual os gastos em prevenção não mais se justificam, por causarem, ao invés de uma redução no custo total, um aumento deste. Isso ocorre no momento em que os benefícios marginais se igualam aos custos marginais, ou seja, no ponto em que um real acrescido em gastos de prevenção resulte em tão somente um real economizado em danos a serem indenizados (nem mais, nem menos). (*Ibidem*, p. 87)

O segundo fator que alterou os paradigmas da responsabilidade civil foi o maquinismo, derivado da Revolução Industrial.

Mais uma vez, o maquinismo guarda profunda relação com o ramo dos transportes, a demonstrar que este reverbera, quase sempre, as grandes transformações da sociedade. Nessa linha, assinala o autor:

Para a compreensão da evolução da responsabilidade civil e de sua objetivação emerge, como dínamo da modificação do *status quo*, o maquinismo, justamente apresentando o ramo do transporte como um dos seus baluartes [...]. De fato, a produção em massa, com o correlato deslocamento da população para os centros urbanos, exigia o rápido escoamento dos produtos aos centros consumidores e a importação célere de matérias-primas, visando à coordenação do ciclo produtivo. Nesse cenário, o desenvolvimento do transporte marítimo e ferroviário foi inquestionável. Outrossim, no perímetro urbano, considerando a criação de bolsões populacionais em áreas metropolitanas, houve a expansão dos transportes urbanos de massa, fato exacerbado com a invenção do automóvel. Por óbvio, os percentuais elevados de sinistros, com inúmeras vítimas de dano-evento, também revelaram a inadequação da responsabilidade subjetiva, escudada na prova da culpa do transportador, premissa do sistema jurídico vigente.⁷

O aumento exponencial dos acidentes derivado do maquinismo, observado em todos os campos (mas de forma mais proeminente na indústria e no transporte), exporia, de forma clara, o anacronismo de um sistema de responsabilidade civil baseado exclusivamente na culpa.⁸ As dificuldades relacionadas à comprovação da culpa do empregador ou do transportador em acidentes envolvendo máquinas (acidentes muitas vezes inteiramente despersonalizados, anônimos, provocados por pequenas distrações ou falhas praticamente imunes a constatação) deixavam muitas vítimas sem ressarcimento, a exigir um repensar dos pressupostos da responsabilidade civil nessas hipóteses. O maquinismo conduziu, então, a uma reação do sistema rumo à responsabilidade objetiva, o que teve os efeitos indiretos de (i) fomentar a função

⁷ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 92-93.

⁸ No início da modernidade – e o Código Napoleônico representa claro exemplo disso – a culpa era inegavelmente a categoria nuclear da responsabilidade civil, o que, aliás, fazia todo o sentido frente à ideologia da época. O pensamento liberal individualista dominante impunha a construção de um sistema de responsabilidade fundado exatamente no *mau uso da liberdade individual*. Responsabilidade e liberdade eram, então, noções intimamente vinculadas, como dois lados opostos de uma mesma moeda: o indivíduo era responsável quando praticasse uma conduta eticamente censurável, que denotasse mau uso de sua liberdade (por ter agido dolosamente ou com imperícia, negligência ou imprudência). Essa concepção de culpa atrelada à ética, como conduta censurável, que refletia um estado psicológico do agente (defeito de atenção, falta de prudência nas ações etc.), transformava esse elemento (a culpa) em um obstáculo verdadeiramente grave à reparação dos danos. Especialmente em relação aos danos produzidos pelas novas máquinas (em geral despersonalizados, anônimos e provocados por pequenas falhas não captáveis por quem não dominasse o processo produtivo), a prova da culpa erigia-se como verdadeira *probatio diabolica* a cargo das vítimas, que quedavam, assim, quase sempre irressarcidas (vale lembrar que, historicamente, técnicas de inversões do ônus da prova, por meio de presunções de culpa, só surgiram em momento posterior, como uma fase de transição rumo à objetivação da responsabilidade) (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 15ª Ed., 2012, p. 12-18)

de prevenção, dado que maior agora o incentivo econômico para a adoção de medidas desse tipo pelos agentes produtivos, e de (ii) realçar a importância das causas excludentes de ilicitude, entre as quais o caso fortuito e a força maior, visto que apenas com a prova inconteste de uma delas o empregador ou transportador consegue afastar a responsabilização. Com a objetivação da responsabilidade, a categoria nuclear da responsabilidade civil deixou de ser a culpa, para ser o dano.⁹

Esses dois fatores – a transformação do risco em opção e o maquinismo – ainda alterariam “de fora para dentro” os próprios conceitos de força maior e caso fortuito, especialmente para restringir o alcance destes. Se o futuro passa a ser controlável por medidas preventivas ou contratos de seguro, e se os danos passam a ser massificados e conectados quase sempre à exploração de atividades econômicas, natural que o espaço do extraordinário, do inevitável e do irresistível seja restringido, a fim de não deixar as vítimas sem ressarcimento.

A partir dessa constatação de que tudo muda com o tempo, inclusive a própria percepção deste – “o tempo, no tempo, mudou com o tempo”, na lapidar frase de Marc Halévy¹⁰ –, Marco Fábio Morsello adverte que as excludentes do caso fortuito e da força maior são, por natureza, *historicizadas* e *funcionalizadas*, dado que sujeitas a mutações conforme o estado da técnica e o modelo cultural de atitude de cada época e local (na percepção, *v.g.*, do que é interno ou externo a cada atividade, do que é evitável ou inevitável, do que é resistível ou irresistível):

Faz-se mister proceder à funcionalização da excludente, sendo inconcebível sua concepção apriorística, desconsiderando-se *standards* atrelados ao estado da técnica, de modo que nenhum evento, *per se*, sem a análise dos elementos que se reputam essenciais, poderá caracterizar a denominada força maior extrínseca. Deveras, a qualidade de força maior não se encontra vinculada ao evento. Ao revés, nenhum fato se encontra previamente excluído da referida categoria, sendo, portanto, mais escorreito admitir que a força maior, em verdade, é uma circunstância de fato revestida de uma qualificação jurídica, premissa consentânea com a constatação empírica e a percepção social do instituto.¹¹

Essa funcionalização, ressalta Morsello, é essencial para que os requisitos do caso fortuito e da força maior denotem adaptabilidade e mobilidade, como verdadeiros *standards* e cláusulas gerais, funcionando como vetores de operabilidade do sistema de responsabilidade civil.

Chega-se, então, ao capítulo 3º, que constitui, penso, o coração da obra.

⁹ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 91-102.

¹⁰ HAVÉVY, Marc. *A era do conhecimento: princípios e reflexões sobre a noética do século XXI*. Tradução de Roberto Leal. São Paulo: Unesp, 2010, p. 29-32.

¹¹ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 392-393.

Nele, o autor expõe os requisitos do caso fortuito e da força maior, que prefere tratar, nos contratos de transporte, como *força maior extrínseca*, na esteira das regras inscritas nos artigos 734, 737 e 753 do Código Civil, que, em relação a esse tipo contratual, mencionam apenas a força maior. Além disso, Morsello entende que tal expressão retrata melhor a fenomenologia da excludente nesse campo específico: mais do que ao acaso ou ao destino (que se encontram na gênese do termo “caso fortuito”), a excludente remete, modernamente, nos contratos de transporte, a eventos exteriores à normalidade da relação, naturais (v.g., raio, tsunami, erupções vulcânicas) ou anônimos (v.g., guerra, epidemia, terrorismo), que por serem inevitáveis, irresistíveis e tornarem impossível o cumprimento da obrigação, são capazes de romper o nexo de causalidade (porque eles próprios passam a ser a causa do dano).¹²

Daí já se pode antever que os requisitos da força maior extrínseca, para o autor, são quatro.

O primeiro é justamente o *caráter extrínseco* – isto é, algo que extrapola “os círculos de risco da atividade desenvolvida”.¹³ Somente quando a força maior for absolutamente estranha à atividade (extrínseca), ela tem o condão de afastar o dever de indenizar – ao contrário, tudo o que se conecta com os fatores de produção do empresário (v.g., máquinas, seus prepostos, seus parceiros comerciais) e à organização destes fatores integra o risco sob responsabilidade do empresário.¹⁴

O segundo *standard* exigível para a caracterização da força maior é a *inevitabilidade* – vale dizer, a impossibilidade de evitar a ocorrência do evento e seus efeitos.

E aqui reside um dos pontos altos da obra, quando faz mostrar que a inevitabilidade é um conceito relativo. Evita-se hoje o que não se conseguia evitar outrora. Evita-se na Europa o que talvez não seja possível evitar no Brasil. A inevitabilidade depende do estado da técnica e, também, das medidas de prevenção/precaução que a sociedade reputa exigíveis em dado momento histórico para cada setor, juízo que inclusive pode se alterar frente à ocorrência de eventos danosos particularmente traumáticos. Basta pensar na elevação dos padrões de segurança exigidos das companhias aéreas que se sucedeu aos eventos do 11 de setembro de 2001, elevação que desencadeou, como consequência, aumento dos custos de operação dos transportadores.¹⁵

¹² *Ibidem*, p. 133-136.

¹³ *Ibidem*, p. 139.

¹⁴ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 132-144. A evidenciar a consagração dos propalados círculos de risco da atividade desenvolvida, confira-se o Enunciado n. 443 da V Jornada de Direito Civil: “O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes de responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida.”

¹⁵ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 159-164. O caráter relativo do conceito de inevitabilidade já havia sido captado por Pontes de Miranda, que chegou a afirmar com percuciência: “A inevitabilidade é relativa no tempo e no espaço. Evita-se hoje o que outrora não se podia evitar. Pode-se evitar num país, ou em parte dele, o que noutra parte, ou noutra parte do mesmo país, não se poderia evitar. O acontecimento há de ser

Ao trabalhar a inevitabilidade, o livro desfaz também erro comum entre os juristas, qual seja o de confundir a inevitabilidade (esta, sim, um requisito da força maior) com a imprevisibilidade (que não constitui requisito). Como destaca Morsello, a força maior extrínseca pode muito bem se caracterizar em eventos previsíveis, mas cujos efeitos sejam inevitáveis. Uma tempestade marítima, por exemplo, pode ser previsível, mas seus efeitos, a depender das circunstâncias, podem ser inevitáveis, a caracterizar a excludente. Da mesma forma, não basta a imprevisibilidade do evento se as consequências danosas forem evitáveis, pois, aí, haverá responsabilidade do agente.¹⁶

Conclui o autor, então, que a imprevisibilidade emerge como mero *índice de eficácia ou de modulação* da inevitabilidade. Quando muito ela serve para indicar ou corroborar a inevitabilidade, mas é esta, apenas, que constitui requisito da força maior, como transparece o art. 393, parágrafo único, do Código Civil (“O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, *cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*”).¹⁷

O terceiro pressuposto é a *irresistibilidade*, a qual se diferencia da inevitabilidade por constituir a impossibilidade de se resistir ao evento quando de sua eclosão. A inevitabilidade é *ex ante* – diz respeito à capacidade do agente de antecipar o evento e, desta forma, evitar sua ocorrência ou suas consequências –, já a irresistibilidade refere-se ao próprio *iter* do evento após sua eclosão – indaga-se, agora, se os meios de que dispunha o agente lhe teriam permitido fazer-lhe frente. Nessa senda, um assalto a mão armada tende a ser irresistível quando eclode, mas talvez falte o requisito da inevitabilidade caso não tenham sido tomadas as medidas preventivas exigíveis.¹⁸ A fim de bem separar os dois requisitos, o autor traz outro exemplo prático:

O mesmo raciocínio se aplica, *mutatis mutandis*, no exemplo concernente ao ataque terrorista de 11 de setembro de 2001. Deveras, no momento da eclosão do evento, ou seja, do pleno domínio das aeronaves, tripulação e passageiros, de quem não se exige sacrifício heroico, o evento foi inequivocamente considerado irresistível e insuperável. A questão, no entanto, coaduna-se com a inevitabilidade anterior. Justamente com espeque nessa premissa, não tendo sido adotadas as medidas preventivas de fiscalização de entrada de passageiros, perfeitamente viáveis à luz do estado da arte, com a agravante, à época, de que os prepostos das companhias aéreas auxiliavam referidos serviços de segurança, deduz-se que não houve caracterização plena *ex ante* da inevitabilidade. São inconfundíveis as premissas de gênese do evento com sua eclosão e dimensões catastróficas consequentes.¹⁹

cognoscível, há de provir de atividade estranha àquela que é a do devedor, a a consequência de danos tem de ser considerada, ao tempo em que se produzem, inevitáveis. A inevitabilidade somente pode ser em relação aos homens, no lugar e tempo em que consequências se hão de apresentar.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo XXIII, Campinas: Bookseller, 2003, p. 14)

¹⁶ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 152-153.

¹⁷ *Ibidem*, p. 156-157.

¹⁸ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 170-172.

¹⁹ *Ibidem*, p. 173.

Como quarto requisito temos a *impossibilidade*, vale dizer, que o evento torne impossível o cumprimento da obrigação, desobrigando o devedor (“*ad impossibilita nemo tenetur*”). Nesse ponto, o trabalho em análise reformula e atualiza a noção de impossibilidade, para explicitar que, embora ela não se confunda com a mera dificuldade no cumprimento, também não pode mais ser considerada em sentido absoluto, a ponto de demandar-se do devedor esforço desarrazoado, heroico, para cumprir a obrigação.²⁰ Como pontua o autor, valendo-se da ilustrativa expressão de Rémy Cabrillac, “não se exige [do devedor] *standard* de conduta de um Super-Homem, um Conde de Monte Cristo, um Tarzan, um Asterix, um Tintim, um Rambo”.²¹

Daí porque, em síntese, devem estar presentes, para que reste caracterizada a força maior, (i) o caráter extrínseco (isto é, que se trate de elemento estranho à atividade do devedor), (ii) a inevitabilidade no período anterior ao dano, ainda que com o emprego de adequadas técnicas e medidas de prevenção, (iii) a irresistibilidade, após a eclosão do evento, e, por derradeiro, (iv) a impossibilidade de cumprimento da obrigação. Todos esses elementos devem ser ponderados à luz do estado da técnica e do que se considera razoável e aceitável em cada local e momento histórico, conforme o modelo cultural de atitude.²²

No capítulo 4º, Morsello promove o exame dos conceitos de caso fortuito e força maior em outros países de tradição romano-germânica. Quanto ao Direito alemão, ressalta o tratamento expresso da impossibilidade prática ou fática no § 275/2 do BGB, após a Reforma Obrigacional de 2002, prescrevendo tal norma: “O devedor poderá recusar a prestação quando esta exigir um esforço desproporcional, em cotejo com o interesse do credor na prestação, considerando o conteúdo da relação jurídica obrigacional e a boa-fé objetiva. Na seara da determinação dos esforços imputáveis ao devedor, cumpre levar em consideração se o impedimento da prestação deva ser-lhe imputado.” Menciona, igualmente, desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial alemão, a ser minudenciado no capítulo 6º, no sentido de que, à luz da visão da obrigação como processo e como feixe de múltiplos deveres (caráter complexo), ainda que a obrigação principal se torne inexigível pela força maior, porque configurados seus pressupostos (caráter extrínseco, inevitabilidade, irresistibilidade e impossibilidade), podem persistir deveres laterais que promanam da boa-fé objetiva, exatamente como ocorre nas situações em que o transporte de pessoas contratado se torna irrealizável, mas remanesce o

²⁰ Como observa Menezes Cordeiro, “[...] a impossibilidade deve ser tomada em sentido sociocultural: não físico ou naturalístico. Daí que impossível seja o que, como tal e na concreta relação existente com o credor, se apresente. O devedor comum não estará obrigado a drenar um lago para recuperar o anel; a empresa de drenagem contratada para o efeito, está-lo-á, como é evidente.” (*A modernização do direito das obrigações*. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, vol. II, abr./2002. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2002/ano-62-vol-ii-abr-2002/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-a-modernizacao-do-direito-das-obrigacoes/>. Acesso em: 04 junho 2022)

²¹ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 185.

²² *Ibidem*, p. 187.

dever de prestar assistência e informações aos passageiros.²³ Em relação ao Direito francês, merece destaque a análise do novíssimo art. 1218, modificado pela *Ordonnance n. 2016-131*, que insiste, contudo, em atrelar a força maior à imprevisibilidade: “Há força maior em matéria contratual quando um evento fora do controle do devedor, que não poderia razoavelmente ter sido previsto no momento da celebração do contrato e cujos efeitos não podem ser evitados por medidas apropriadas, impede a execução da obrigação pelo devedor.”²⁴

O capítulo 5º é dedicado à análise do caso fortuito e da força maior no sistema da *common law*.

O autor explica que no Direito inglês o instituto jurídico da força maior desenvolveu-se à sombra da aplicação rigorosa do princípio *pacta sunt servanda*. Tradicionalmente, entende-se que aquele que assume determinada obrigação responde pela sua inexecução ainda que derivada de força maior, de modo que seria do devedor, em princípio, o risco por eventos extraordinários. Pretendendo as partes distribuir diferentemente esse risco, devem fazê-lo por cláusulas expressas (as *force majeure clauses*).²⁵

A doutrina da *frustration*, desenvolvida posteriormente para lidar com fenômenos da natureza – *Acts of God* – ou provocados por atos do poder público – a exemplo dos *Coronation Cases* – viria a mitigar o rigorismo absoluto na aplicação do *pacta sunt servanda*. Por essa doutrina, a resolução do contrato seria possível quando, em decorrência de evento superveniente à sua formação, torna-se física ou comercialmente impossível o cumprimento da obrigação ou, ainda, quando a obrigação assumida se transforma substancialmente, a ponto de frustrar o fim do contrato.²⁶

Todavia, como deixa claro o autor, o reconhecimento da *frustration* é bastante restrito na prática,²⁷ de modo que as partes são induzidas a dispor acerca das situações de força maior extrínseca por meio de cláusulas expressas e específicas, alocando detalhadamente, assim, os riscos envolvidos.²⁸

Em paralelo às *force majeure clauses* – que, se configuradas, isentam o devedor da obrigação – desenvolveram-se as cláusulas de *hardship*, voltadas a tutelar mudanças supervenientes que alterem o equilíbrio dos contratos. As cláusulas desse último tipo obrigam as partes, em caso de turbações no sinalagma, a renegociar as obrigações contratuais e, caso não

²³ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 221-229.

²⁴ *Ibidem*, p. 215-218.

²⁵ *Ibidem*, p. 267-269.

²⁶ *Ibidem*, p. 271-275.

²⁷ A fim de explicitar o rigor na análise da *frustration*, o autor cita os precedentes ingleses que, mesmo com o fechamento do Canal de Suez, em 1956 e 1967, reconheceram a exigibilidade da obrigação de transporte diante da possibilidade, ainda que muito mais dificultosa e dispendiosa, de cumprimento através do Canal da Boa Esperança (MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 270).

²⁸ *Ibidem*, p. 276-282.

haja acordo nesse sentido, autorizam a parte prejudicada a pleitear judicialmente a revisão da avença a fim de reequilibrá-la.²⁹

Nos Estados Unidos, para além da *frustration*, relata Marco Fábio Morsello, desenvolveu-se a doutrina da *impracticability*, que revela maior flexibilidade do que a primeira, porquanto autoriza o reconhecimento da extinção das obrigações contratuais ainda que a impossibilidade de as cumprir não seja absoluta. Para tanto, releva avaliar se a parte a quem foi alocado o risco do evento, a despeito de ter empregado seus melhores esforços – *best efforts* – não logrou êxito, ainda assim, no cumprimento das obrigações contratuais.³⁰

De qualquer forma, o rigorismo na análise da excludente da força maior na *common law* – mais evidente na Inglaterra do que nos Estados Unidos, como visto – recomenda às partes a inserção de cláusulas expressas de *hardship* e de *force majeure* nos contratos, a fim de que os riscos sejam especificamente distribuídos entre as partes, evitando discussões posteriores.

No capítulo 6º, o autor retorna à *civil law*, para examinar a obrigação de transporte como obrigação complexa, que não se esgota em seus deveres principais, mas possui inúmeros outros deveres, anexos e de proteção, derivados da boa-fé em sua função nomogenética (isto é, criadora de normas).³¹ Realça que, mesmo quando presentes os requisitos da força maior extrínseca, para afastar o dever de cumprir a obrigação principal, podem subsistir deveres anexos e de proteção na relação jurídica.³²

No contexto do transporte de pessoas especificamente, contrato existencial por excelência,³³ a primazia da cláusula geral de boa-fé (arts. 113, 187 e 422 do Código Civil) autonomizou os deveres dela derivados, de sorte que mesmo a caracterização da força maior extrínseca que torne impossível o cumprimento e, conseqüentemente, inexigível a prestação de

²⁹ *Ibidem*, p. 282-284.

³⁰ *Ibidem*, p. 284-289.

³¹ A função “nomogenética” da boa-fé dá origem a dois tipos diferentes de deveres. Os *anexos* (também chamados de *instrumentais* ou *laterais positivos*) dizem respeito ao *interesse à prestação* e atuam para otimizar o adimplemento satisfativo, fim da relação obrigacional. Como bem coloca Judith Martins-Costa, são deveres que não atinem ao “que” prestar, mas ao “como” prestar (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 241). São exemplos desses deveres anexos, destinados a permitir o alcance pleno do fim econômico e social do negócio jurídico, [i] o dever de lealdade, que busca coibir comportamentos incoerentes, [ii] o dever de informar sobre as qualidades do bem e sobre os riscos do negócio e [iii] o dever de transparência que incumbe a todos os contratantes, com especial ênfase para os que gerenciam interesses alheios. (*Ibidem*, p. 243). Todavia, a função nomogenética da boa-fé, enquanto fonte de integração heterônoma do negócio jurídico, não se esgota nos deveres anexos. Da boa-fé objetiva exsurtem, ainda, os chamados *deveres de proteção* (também chamados de *laterais negativos*), que tutelam outro tipo de interesse: “não o de prestar, mas o *interesse de proteção*, para que, da relação obrigacional, e independentemente da realização da prestação, não resultem danos injustos para a contraparte.” (*Ibidem*, p. 244). Isto é, o escopo desses deveres não é preparar ou otimizar o cumprimento do contrato, mas, sim, resguardar a integridade da esfera jurídica das partes contra danos injustos que podem advir no desenrolar da relação. O descumprimento desses deveres de proteção dá causa à violação positiva do contrato (*Ibidem*, p. 244-245).

³² MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 300-303.

³³ Para maiores explicações acerca da dicotomia contratos existenciais/contratos de lucro, vide nota 38 adiante.

deslocamento, não elide a consecução dos deveres laterais de colaboração, lealdade, informação, proteção e assistência.³⁴

Tal entendimento foi consolidado no Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil, ao estabelecer que o descumprimento de deveres anexos e de proteção caracteriza, por si só, espécie de inadimplemento, o que, aplicado ao contrato de transporte de pessoas, torna o fornecedor responsável não só pelo transporte não efetuado, mas, também, pela assistência não prestada.

O autor levanta, nesse ponto, questão interessante: somente ao fornecedor é imposta postura proativa ou o consumidor também deverá colaborar para a execução plena do contrato? Morsello conclui que, à luz da figura do *duty to mitigate the loss* (dever de mitigar os danos), o consumidor, embora hipossuficiente tecnicamente, não deve ostentar postura omissiva que leve ao agravamento do dano (por exemplo, recusando a hospedagem oferecida pelo transportador, de padrão razoável, para alegar, depois, a ocorrência de danos morais em razão da falta de assistência; ou alimentando-se em restaurante caríssimo, cujo preço supera em muito o valor do *voucher* fornecido e o patamar do transporte contratado).³⁵

Por fim, no derradeiro capítulo 7º, a obra traz análise casuística, à luz das premissas fixadas nos capítulos anteriores, da aplicação da força maior extrínseca a situações como roubos, greves, guerras, pandemias, desastres da natureza e atos de terrorismo. Ao fazê-lo, sugere como critério operacional, para análise tópica das circunstâncias fáticas caracterizadoras da força maior extrínseca, a nova dicotomia contratos de lucro/contratos existenciais.

Como observa Marco Fábio Morsello, com esteio inclusive em trabalho anterior de sua autoria,³⁶ se para os contratos ditos *de lucro* a primazia deve ser conferida em regra ao princípio da autonomia privada, em relação aos contratos existenciais, por outro lado, impõe-se ao hermeneuta atribuir comparativamente maior densidade aos princípios sociais do contrato (boa-fé, função social e equilíbrio).³⁷

³⁴ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 303-325.

³⁵ *Ibidem*, p. 331-332.

³⁶ MORSELLO, Marco Fábio. *Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro*. In: Estudos em Homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do Centenário do Direito Civil Codificado no Brasil. v. II. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, p. 528.

³⁷ A distinção entre contratos existenciais e de lucro, impende observar, foi introduzida pioneiramente no Brasil por Antônio Junqueira de Azevedo, constituindo, nas suas palavras, a “dicotomia contratual do século XXI”. Contratos existenciais, na lição do jurista, são aqueles em que uma das partes, ou ambas, são pessoas físicas, e que têm por objeto da prestação um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa ou para a preservação de sua dignidade (alimentação, moradia, entretenimento, comunicação, vestuário, saúde, previdência etc.). Contratos de lucro, por sua vez, são aqueles celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou ainda entre um empresário e um não-empresário, desde que este também tenha celebrado o contrato com fim de lucro. Nas suas palavras: “Os contratos existenciais têm com uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. [...] Ora, as pessoas naturais não são ‘descartáveis’ e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc., de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas

Quanto aos contratos de *transporte de coisas*, normalmente submetidos à qualificação *interempresarial ou de lucro*, impõe-se, em regra, no exame da configuração da força maior extrínseca, maior adstrição à alocação dos riscos promovida pelas partes no negócio jurídico, permitindo-se inclusive que disponham sobre o que reputam configurar ou não força maior extrínseca. Nos contratos de *transporte de pessoas*, por sua vez, normalmente enquadrados como *existenciais e não paritários*, maior a necessidade de estabelecer regras protetivas direcionadas à tutela da parte mais vulnerável, a tornar presumivelmente abusivas disposições ampliativas da excludente em seu desfavor, bem como a reforçar os deveres de proteção derivados da boa-fé, que, como visto, podem subsistir mesmo quando configurada a excludente.³⁸

O trabalho constitui, em suma, verdadeiro divisor de águas.

Como já advertido anteriormente, em que pese dirigido especialmente aos contratos de transporte, o que nele se expõe em termos de caso fortuito e força maior ultrapassa o âmbito dessas relações, para se transformar em verdadeira teoria geral do caso fortuito e da força maior, aplicável à responsabilidade civil como um todo.

E, ao fazê-lo, “Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior” vem cumprir importante papel, dada a inexistência de estudos mais recentes e abrangentes sobre os importantes temas do caso fortuito e da força maior, em território nacional,

são incompetentes, devem ser expulsas, ‘descartadas’, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juizes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio ‘pacta sunt servanda’ tem que ter aí maior força. [...] Outro ponto interessante são as diferenças de efeitos entre as duas categorias de contrato, por exemplo, quanto à boa-fé, quanto à função social, quanto ao dano moral (a nosso ver, cabe dano moral nos contratos existenciais, mas não nos contratos de lucro) etc.”. Tais considerações constam de uma nota de atualização feita pelo Professor Antônio Junqueira de Azevedo à obra “Contratos”, de Orlando Gomes (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Ed., Atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 231–32), bem como de uma entrevista concedida pelo mesmo autor à Revista Trimestral de Direito Civil (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9. n. 34. Rio de Janeiro: Ed., Padma. abr/jun 2008, p. 304–05).

Ruy Rosado de Aguiar Jr. também exploraria, posteriormente, a distinção *contratos existenciais/contratos de lucro*, apontando outras aplicações além das já mencionadas. Em relação aos existenciais, afirmou, [i] deve haver maior tolerância quanto aos requisitos de forma do negócio jurídico, [ii] os deveres de informação e de esclarecimento, derivados da boa-fé objetiva, merecem maior ênfase, [iii] deve haver menor rigor quanto aos requisitos para o reconhecimento da lesão e da onerosidade excessiva, [iv] o juiz deve privilegiar o princípio da conservação do negócio jurídico, em caso de inadimplemento de menor importância, e, por fim, [v] deve haver maior rigor no controle de cláusulas penais excessivas. Tudo isso, segundo o autor, para assegurar que sejam respeitados os valores inerentes à dignidade da pessoa natural que participa do negócio. Em contrapartida, em relação aos contratos de lucro, prevaleceria o seguinte: [i] maior rigor na exigência de cumprimento exato das prestações; [ii] facilitação da comprovação da mora; [iii] maior rigor quanto aos requisitos da lesão e da onerosidade excessiva; [iv] preponderância dos usos e costumes na interpretação do negócio jurídico; [v] maior aceitação de cláusulas resolutivas expressas; [vi] menor controle judicial da abusividade de multas estabelecidas no contrato. Ponderou Ruy Rosado de Aguiar Jr., todavia, que, embora submetidos com maior rigor ao princípio *pacta sunt servanda*, nem por isso deixam de ser aplicados aos contratos de lucro, de forma absoluta, os preceitos constitucionais (direitos fundamentais, livre concorrência etc.) e demais princípios orientadores das relações obrigacionais em geral (boa-fé, função social etc.). (AGUIAR JR., Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 12. n. 45. Rio de Janeiro: Ed., Padma. jan/mar 2011, p. 106–07)

³⁸ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 381-386.

desde a obra de Arnaldo Medeiros da Fonseca (*Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*), de fins da década de 50.

Trata-se, assim, de obra inovadora e fundamental para a compreensão, sob novos paradigmas, dos problemas práticos contemporâneos que permeiam o caso fortuito e a força maior, tais como epidemias, *tsunamis*, ataques terroristas e guerras.

À guisa de arremate, dois outros pontos, para além de tudo que foi dito acima, merecem destaque. Primeiro, a evidente erudição do autor e seu rigor científico acima de qualquer prova. Para toda afirmação feita, corresponde profunda meditação das melhores fontes, tradicionais e estrangeiras, nos mais diversos idiomas. Segundo, sua compreensão profunda e multidisciplinar do processo cultural e histórico que permeia a importante atividade de transportar pessoas e bens (uma atividade, aliás, que reverbera, em cada momento, o avanço científico da sociedade) – não se trata de uma obra escrita por quem simplesmente escolheu um tema jurídico para elaborar uma tese de livre-docência, mas, sim, do fruto acadêmico de quem se dedica há décadas a compreender, de forma orgânica e integral, este importante contrato e as crises derivadas de seu inadimplemento.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 9, n. 34, abr/jun 2008, p. 299-308.

BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Tradução de Ivo Korylowski. 23ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, ano 99, v. 900, outubro/2010, p. 45–84.

HAVÉVY, Marc. *A era do conhecimento: princípios e reflexões sobre a noética do século XXI*. Tradução de Roberto Leal. São Paulo: Unesp, 2010.

MARISTRELLO PORTO, Antônio José. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: Luciano Benetti Timm (org.). *Direito e Economia no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 180-199.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENEZES CORDEIRO, António. A modernização do direito das obrigações. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, vol. II, abr./2002. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2002/ano-62-vol-ii-abr-2002/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-a-modernizacao-do-direito-das-obrigacoes/>. Acesso em: 04 junho 2022.

MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro. In: *Estudos em Homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do Centenário do Direito Civil Codificado no Brasil*. v. II. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, p. 527-546.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo XXIII, Campinas: Bookseller, 2003.

RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito - Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Como citar: DAL PIZZOL, Ricardo. Resenha à obra “Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior”, de Marco Fábio Morsello (São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021). **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 194-207, jan./abr. 2023.

