

U.

347.42

✓

Caso Fortuito ou de Fôrça Maior*.

Antônio Chaves

(Catedrático de Direito Civil
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

SUMÁRIO: 1. Noções introdutórias. 2. Histórico. 3. Disposições da lei brasileira. 4. A questão da sinonímia ou não. 5. Teorias diferenciadoras. 6. Elementos constitutivos. 7. Quando se extingue a obrigação. 8. Prova de caso fortuito ou de fôrça maior. 9. Efeitos. 10. Exceções.

1. Noções introdutórias.

Todo indivíduo, ao fazer uma promessa, ao assumir um encargo, ao realizar um negócio, deve aquilatar previamente as possibilidades de que dispõe, para que não passe pelo dissabor de faltar ao compromisso.

Seja uma só a palavra que sair da tua bôca, diz o Livro dos Livros. E, em forma poética, já advertia METASTASIO:

“Voce dal sen fuggita,
piú richiamar non vale,
non si trattien lo strale,
quando dall’arco usci”.

A palavra, uma vez emanada, não pode ser recolhida, da mesma forma que a seta não volta atrás depois de lançada pelo arco.

* Prova escrita efetuada no dia 30 de outubro de 1965, no concurso para o provimento da vaga decorrente da aposentadoria do prof. VICENTE RÁO.

Trata-se de um problema que, desde a mais remota antiguidade, é antes de moral do que de direito, e que, através dos tempos, encontra as mais variadas manifestações simbólicas, como a entrega da “festuca” entre os antigos romanos, o clássico “fio de barba” dos bandeirantes, o apêto de mão dos homens de negócio, ou o bater de palmas, referido por TOLSTOI como sendo de uso entre os camponeses russos, em sua novela *Amo e Servidor*.

Se todos fôsem honestos e bem intencionados, não haveria sequer necessidade de garantir a transação por meio de documentos escritos, recibos ou escrituras: a palavra dispensaria qualquer sustentáculo material.

Mas o fato é que vez por outra as coisas não correm tão lisas. Independentemente mesmo de dúvidas, controvérsias, mal entendidos que possam surgir na interpretação de uma cláusula ou de uma condição acessória, o cumprimento da palavra empenhada é um vínculo de imperfeita coerção, restrito, em grande parte, ao âmbito moral. Apesar do seu progresso, o direito positivo não tem uma forma direta para constranger o devedor, sem violação da sua consciência, a fazer o que prometera.

Nem sempre, na verdade, a execução sôbre os bens do devedor alcança êsse desideratum: depende da existência de bens, é aleatória, incerta, demorada, às vêzes mesmo constringedora. E o mesmo se verifica com relação ao instituto complementar das perdas e danos no caso de inexecução, em que se renovam as mesmas dificuldades e os mesmos embaraços.

Tinha pois razão o velho GIORGIO GIORGI, na sua clássica *Teoria delle Obligazioni*, ao encarecer que o cumprimento de uma obrigação não tem forma perfeita de constrangimento.

E quando isso não bastasse, acrescenta com aquêle seu peculiar estilo, o homem propõe e Deus dispõe.

À má vontade, ou à impossibilidade material, ao dolo, à culpa, à malícia do devedor, devem ainda ser acrescidos outros acontecimentos que independem de qualquer dispo-

sição dos contratantes, tornando precária, quando não impossível, a prestação devida.

Ora são acontecimentos imprevistos, provindos da força da natureza: um raio que provoca o incêndio do armazém em que se encontrava a mercadoria que devia ser entregue em determinado prazo, uma inundação que submerge os teares de uma indústria, uma tempestade que rompe os fios do telégrafo, do telefone, um abalo sísmico que abre barrancos ou faz cair barreiras nas vias de comunicação.

Ora trata-se de um fato imprevisto, proveniente de terceiros: uma guerra, uma revolução, a mudança repentina da orientação do govêrno em relação a determinado assunto, a colocação de uma mercadoria fora do comércio, a constatação de que uma determinada patente de invenção não pode ser explorada por haver outra similar registrada com anterioridade.

Eis aí o problema que os legisladores colocam sobre a rubrica do caso fortuito ou força maior.

2. Disposições da lei brasileira.

O Código Civil pátrio, na mesma ordem de idéias que rege a matéria nos códigos estrangeiros, depois de assinalar que o devedor responde por perdas e danos quando não cumpra a obrigação ou deixe de cumprí-la pelo modo e no tempo devidos, acrescenta, no art. 1085, que êle não responde, porém, pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por êles responsabilizado, ressaltando apenas os prejuízos decorrentes da mora provocada por qualquer das partes contratantes, ao pagar ou ao receber.

Êsse o núcleo das disposições, que encontra, no entanto, aplicações subsidiárias expressamente indicadas, no tocante aos riscos da tradição, às obrigações do depositário, às responsabilidades dos hospedeiros ou estalajadeiros, e às

obrigações do mandatário. Outras disposições dizem respeito à evicção, ao dano causado por animal, às parcerias agrícola e pecuária.

3. Histórico.

A matéria já era bem conhecida no Direito Romano, cuja estruturação, a bem dizer, ainda vigora em seus traços principais. “Vis”, “vis maior” “vis compulsiva”, “fatus”, “vis quae resisti non potest”, eram conceitos amplamente aceitos, admitindo os romanos, dentro daquêlê espírito fatalista que tão bem os caracterizava, que fôrças havia, muito superiores ao entendimento do homem, capazes de levar para direções completamente diferentes seus fracos desígnios. Quando ocorriam, ou quando, em consequência do fato do príncipe, o devedor se via impossibilitado de cumprir a palavra empenhada, proclamava-se-lhe a isenção de responsabilidade. Sòmente o direito primitivo não reconhecia êsses elementos: mas a Lei das XII Tábuas já isentava de responsabilidade aquêlê que tivesse cometido homicídio sem intenção ou sem culpa.

Admitido amplamente o critério pelo direito costumeiro estudado por POTHIER, passou para o Código Civil francês, assegurando não haver lugar para as perdas e danos que resultam da inexecução da obrigação quando o devedor foi impedido de dar ou de fazer aquilo a que se obrigara, ou fêz o que lhe era proibido, em consequência de fôrça maior ou de caso fortuito (art. 1148).

Daí passou para os Códigos Civis italiano de 1865 e de 1942: aquêlê em têrmos semelhantes; êste conservando o princípio, embora sem aludir às duas expressões, declarando que o devedor que não satisfizer exatamente a prestação devida, está obrigado à indenização do dano se não provar que o inadimplemento ou o atraso foi determinado por impossibilidade da prestação derivada de causa a êle não imputável (art. 1218).

4. Questão da sinonímia ou não.

“Caso fortuito” e “fôrça maior”, serão expressões sinônimas, exprimirão o mesmo conceito, ou representarão, sem embargo de virem jungidas no Código Civil, idéias diferentes?

O prof. AGOSTINHO ALVIM, em sua obra clássica, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, põe em relêvo a complexidade do tema, fazendo ver que nenhuma das duas pode ser tomada em sentido absoluto.

Um fato provindo da natureza, pergunta, como a geadá, será considerado fato necessário, que isente de responsabilidade o devedor que, por exemplo, tenha assumido a obrigação de fazer a entrega de determinada quantidade de sacas de café dentro de certo prazo? Não seria um fenómeno cíclico, que periòdicamente ocorre, e do qual não poderiam não ter conhecimento o comerciante, o corretor, o fazendeiro?

Encarece então que a própria profissão exercida pelo devedor terá que ser levada em conta ao se aquilatar a existência ou não da escusante: a geadá, que não poderá servir de pretexto para os primeiros, poderá ser invocada pelo último, que para o cumprimento da palavra empenhada só podia contar com a safra de sua propriedade. As circunstâncias peculiares à hipótese é que apontarão a solução.

As dúvidas são ainda maiores quando se trata de fato de terceiro. Assim, — prossegue — se um individuo obrigado a efetuar o pagamento de uma soma vultosa, sofre, no trajeto para o local de pagamento, um assalto a mão armada e é despojado do dinheiro, poderá encontrar amparo no disposto no art. 1 058 e seu parágrafo no Código Civil.

Mas, adverte, muitas vêzes interfere o elemento culpa. É a hipótese do mesmo individuo que retira do banco aquela importância, mantendo-a em seu poder durante vários dias.

Vindo a sofrer assalto em sua casa, não há como negar que agiu com imprudência, não o socorrendo, então, aquêlê dispositivo.

Na mesma ordem de idéias analisa a questão do atraso. Pode algumas vêzes, e não pode outras, ser razão justificativa do descumprimento de uma obrigação.

Assim, uma pessoa que deva efetuar um pagamento a determinada hora, em cidade diferente daquela onde se encontra normalmente, deverá tomar a cautela necessária para que a condução adequada a coloque no seu destino com margem de tempo suficiente para cobrir qualquer imprevisto.

Deixando para viajar no último momento, um atraso do trem, do avião, um desarranjo no motor do automóvel não servirão de desculpa para a demora: incorrerá nas perdas e danos, pois devia ter tomado um transporte na véspera, se o compromisso era de grande importância.

Se no entanto, fôr o caso da remoção, por meio de estrada de ferro, de uma grande quantidade de mercadorias, e cai uma ponte, rompe-se uma barreira, estoura uma greve, não há como não reconhecer a existência de um elemento que veio a perturbar os cálculos e que deve ser levado em conta para que o devedor não sofra um prejuízo injusto. Ainda assim será necessário considerar se o transporte não podia sem grave sacrifício de sua parte, ser efetuado mediante rodovia ou qualquer outro meio. Não tem a obrigação de enfrentar despesas excessivas.

Podemos chegar, com CRISOSTOMI, num exaustivo estudo publicado no *Dizionario di Diritto Privato*, de SCIALOJA à conclusão de que é necessário procurar um ponto de equilíbrio entre a exigência do credor e a contingência do devedor. Sem embargo da justificativa que apresenta, a lei obriga todo individuo a um certo grau de previdência e de diligência, que são próprios do comportamento humano na regulamentação das suas relações contratuais.

5. Teorias diferenciadoras.

Várias teorias procuram estabelecer um critério diferenciador entre o caso fortuito e fôrça maior. As principais lembradas entre outros pelo prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO são quatro:

I. Teoria da extraordinariedade. Devida a POTHIER, entende que todo fato ordinário não é suficiente para isentar o devedor da responsabilidade, ao passo que todo o fato extraordinário pela simples razão de ser extraordinário, é, pois, inevitável. Não resiste à crítica pela consideração de que um fato pode ser extraordinário, e, no entanto, previsível, e, mais do que isso, sem embargo dessa característica, pode ter seus efeitos obviados, muitas vêzes, através de recursos adequados.

II. Teoria das fôrças naturais e do fato de terceiro. As causas na natureza, operando de maneira a não poderem ser evitadas, seriam características da fôrça maior, ao passo que o fato de terceiro seria peculiar ao caso fortuito. Apresenta os mesmos inconvenientes da teoria anterior, sendo praticamente nula a sua contribuição para o esclarecimento da distinção entre os dois institutos.

III. Teoria da previsibilidade e da irresistibilidade. É a teoria defendida com grande brilho por CARNELUTTI, assinalando que são êsses, os conceitos que traçam as linhas lindeiras. O caso fortuito é previsível, irresistível à fôrça maior. Também aqui nota-se a falha decorrente de existirem muitos fatos perfeitamente previsíveis, não impedindo, no entanto, que se lhes reconheça a característica da irresistibilidade. É o que acontece com a morte, por exemplo.

IV. Teoria do reflexo sôbre a vontade humana. É a teoria atualmente de maior aceitação. Enquanto que, na fôrça maior é um contingente decorrente da própria natureza o que faz surgir os resultados impeditivos, no caso fortuito há sempre um contingente da vontade humana que pode ser localizado.

A conclusão que se pode retirar da análise das várias correntes é que um critério seguro não pode ser encontrado como elemento diferenciador. Por isso mesmo o legislador continua unindo os dois conceitos, e, mesmo quando os omite, como acontece com o Código Civil italiano, a ambos se refere implicitamente.

Nem a essa contingência pôde furtar-se o espírito lúcido de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, que no art. 921 do seu *Anteprojeto do Código das Obrigações* insculpiu o preceito de que não haverá obrigação de reparar o dano, entre outras hipóteses, “quando o prejuízo fôr devido ao fortuito ou à fôrça maior”.

6. Elementos constitutivos.

São dois: um subjetivo: ausência de culpa; outro objetivo, inevitabilidade dos efeitos.

O elemento subjetivo é indispensável para a caracterização do instituto. Se mesmo de forma indireta o devedor, por culpa, por malícia, ou por qualquer circunstância tiver contribuído para o evento, não poderá invocar a escusante. Há mais: o simples atraso implica em que o devedor responda pela impossibilidade da prestação, ainda que a fôrça maior ou o caso fortuito só se tenham verificado durante o retardamento.

Mais característico ainda é o elemento objetivo, relativo à inevitabilidade dos efeitos. Desde que ao devedor seja facultado, de qualquer forma, obviar aos efeitos decorrentes da fatalidade ou de fato de terceiro, não poderá deixar de envidar todos os seus esforços nêsse sentido, sob pena de ser responsabilizado. Aos dois se refere o Código ao dispôr no § único do art. 1058 que “O caso fortuito ou de fôrça maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

7. Quando se extingue a obrigação.

Evidentemente, quando se verifique o caso fortuito ou fôrça maior. Mas sòmente se poderá cogitar da exoneração da obrigação desde que esta resulte perfeitamente definida e caracterizada, o que não se verifica quando os entendimentos não tenham passado da sua fase preambular: não há ainda acôrdo, não há quem possa ser responsabilizado pelo seu descumprimento, embora surja eventualmente a discussão das perdas e danos acarretados pelo inopinado retraimento das negociações.

Nem se diga que a questão é acadêmica: um dispositivo expresso seria vantajoso para eliminar muitas dúvidas ou controvérsias.

Foi a cautela tomada pelo Código Libanês das Obrigações e Contratos, declarando expressamente que a obrigação se extingue quando, *depois de ter nascido*, a prestação que dela forma o objeto tornou-se impossível, naturalmente ou juridicamente, sem fato ou falta do devedor.

8. Prova do caso fortuito ou da fôrça maior.

Primeira pergunta: a quem compete a demonstração da impossibilidade da execução?

Àquele a quem essa prova beneficia, isto é, ao devedor. O credor manter-se-á na expectativa.

É outra circunstância que o moderníssimo Código citado, elaborado sob a inspiração de JOSSERAND, deixa bem clara, ressaltando todavia que essa prova outorga ao credor o recurso de estabelecer que o acontecimento estranho à vontade do devedor foi precedido ou acompanhado de uma falta de sua parte, por exemplo, justamente a hipótese já examinada de um atraso no cumprimento da obrigação.

Segunda pergunta: como se prova?

Na maioria, tratar-se-á de casos de fácil demonstração. Quando, porém, tenha ocorrido em lugar distante, será evidenciado por todos os meios permitidos em direito: confissão do devedor, testemunhas, perícias, indícios e presunções, etc..

Deve ainda ser lembrado outro aspecto da prova, isto é, a necessidade, dada a própria natureza dos dispositivos, que resulte demonstrada a impossibilidade do devedor de impedir o evento, e, ainda, que não ocorra, de sua parte, culpa alguma.

9. Efeitos.

Examinada, assim, a matéria em seus principais aspectos, cumpre ainda verificar quais são os efeitos resultantes do caso fortuito ou fôrça maior.

O primeiro é o decorrente da própria finalidade do instituto: livrar o devedor de qualquer responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação.

Mas o direito não é de natureza absoluta. Há que considerar não apenas a hipótese da absoluta impossibilidade do cumprimento da obrigação, como a do cumprimento parcial, em que o devedor só em parte ficará exonerado.

O segundo diz respeito à possibilidade de algum proveito ocasional ser ainda alcançado pelo credor: não se lhe poderá negar essa vantagem que virá, ao menos, aliviar em pequena parte as suas conseqüências.

Também nesse sentido é preciosa a contribuição do Código Libanês citado: o devedor, de acôrdo com o critério por êle preconizado, sòmente fica exonerado na medida em que a execução da obrigação teve lugar. Pode, portanto, ser parcial.

E remata: mesmo que a extinção seja total, o devedor fica obrigado a ceder ao credor os direitos e ações de indenização relativos à prestação outrora devida, incumbindo-lhe a obrigação de lhe entregar, se fôr o caso, tudo o que subsistiu da coisa que pereceu.

10. Exceções.

Algumas exceções e êsses princípios são no entanto apontadas pelos tratadistas. Assim, observa o prof. SÍLVIO RODRIGUES que a responsabilidade persistirá, sem embargo do disposto no art. 1058 e seu parágrafo do Código Civil se o devedor assumir a responsabilidade do cumprimento da obrigação ainda mesmo na hipótese de ocorrer caso fortuito ou fôrça maior.

Outra é a proveniente do fato já apontado do próprio devedor, por malícia, culpa ou má vontade, contribuir para o evento que, em circunstâncias normais, seria exonerativo da responsabilidade. Não poderá então excusar-se, devendo satisfazer as perdas e danos.