

## A contratualização do fortuito: reflexões sobre a alocação negocial do risco de força maior

*Carlos Nelson Konder<sup>1</sup>  
Cintia Muniz de Souza Konder<sup>2</sup>*

**Sumário:** Introdução: as excludentes como parte do equilíbrio contratual negocado; – 1. Caracterização legal do caso fortuito e da força maior; – 2. A contratualização indireta da força maior: distinção entre fortuito interno e externo; – 3. Contratualização direta da força maior: fortuitos equiparados e fortuitos excluídos contratualmente; – 4. Considerações finais.

### **Introdução: as excludentes como parte do equilíbrio contratual negocado**

Caso fortuito e força maior configuram a mais característica excludente de responsabilidade, normalmente ilustrada com fatos naturais ou humanos que seriam inevitáveis e irresistíveis para qualquer pessoa, razão pela qual seria grande injustiça responsabilizar o devedor, impondo-lhe o dever de indenizar, diante de cir-

<sup>1</sup> Professor do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor e mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Advogado. Email: carlos@konderadv.br.

<sup>2</sup> Professora do Departamento de Direito Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e do Ibmeq. Professora dos cursos de Pós-graduação *latu sensu* da UERJ e da PUC-Rio. Doutora em direito civil pela UERJ. Mestre em direito e sociologia pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Advogada. Email: cintia@konderadv.br.

cunhâncias como essas. Entretanto, exame mais minucioso revela que os fins dessa excludente são mais sensíveis ao contrato firmado entre as partes do que parece à primeira vista. Com efeito, no exercício legítimo da autonomia negocial, não é comum que a ampliação ou restrição das hipóteses em que o devedor será liberado de sua responsabilidade sejam também parte da negociação. No delicado e complexo arranjo de interesses que constitui o equilíbrio contratual entram não somente o valor das prestações devidas, traduzidas em direitos e deveres, mas também todos os efeitos jurídicos do pacto, que envolvem, em sentido mais amplo, a distribuição de riscos entre as partes.

No presente artigo serão analisados três aspectos em que se fazem sentir os efeitos da autonomia negocial sobre a delimitação das hipóteses de força maior. Em primeiro lugar, na própria verificação dos requisitos legais para a caracterização do fortuito: a necessidade e a inevitabilidade. Em segundo lugar, na alocação dos riscos intrínsecos à atividade contratada, por meio da distinção entre fortuito externo e fortuito interno. Em terceiro lugar, por meio das cláusulas que expressamente ampliam o espaço de atuação da força maior, como cláusulas limitativas de responsabilidade que traduzem fortuitos equiparados, bem como daquelas que restringem esse espaço, pela expressa assunção de certos riscos.

### 1. Caracterização legal do caso fortuito e da força maior

A caracterização do caso fortuito e de força maior parte da definição estabelecida pelo legislador no artigo 393 do Código Civil. Já de início, como consagrado na doutrina amplamente majoritária, revela-se desnecessário o esforço doutrinário por distinguir entre o caso fortuito e a força maior: ambos recebem idêntico tratamento legal, com os mesmos requisitos e a produção do mesmo efeito, qual seja, a isenção de responsabilidade do devedor.<sup>3</sup> O fundamento desse efeito se encontra na exclusão do nexo de causalidade

entre a conduta do devedor e a frustração da relação obrigacional: o fortuito tem o condão de causar, por si só, o prejuízo sofrido pelo credor, independentemente de qualquer contribuição causal por parte do devedor. Se o fortuito gerar impossibilidade definitiva da obrigação, esta se extingue, se temporária, a exigibilidade da obrigação se suspende, mas em qualquer dos casos o devedor resta isento de qualquer responsabilidade pelos prejuízos que a não satisfação da obrigação enseja ao credor.<sup>4</sup> Explica Pedro Romano Martnez:

*A impossibilidade terá de ser definitiva, no sentido de a obra não poder ser realizada mais tarde. Assim, se, por exemplo, a obra não foi concluída porque os trabalhadores entraram em greve por causa não imputável à entidade patronal, ou porque as condições climáticas atrasaram a execução dos trabalhos, ou ainda porque os materiais estiveram esgotados durante algum tempo, há apenas um atraso no cumprimento. Se a obra não foi entregue no prazo acordado, mas ainda pode vir a ser feita mais tarde (art. 792 CC), não há verdadeira impossibilidade.<sup>5</sup>*

O parágrafo único do artigo 399 do Código Civil define o caso fortuito ou de força maior como o "fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir". Conjugam-se, assim, dois requisitos: a necessidade e a inevitabilidade. Sintetiza Caio Mário da Silva Pereira:

*Desta noção decorrem os seus requisitos: 1) Necessariedade, pois não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, que libera o devedor, porém aquele que leva obrigatoriamente ao ato*

<sup>3</sup> Destaca-se que a impossibilidade superveniente do objeto da obrigação e a liberação da responsabilidade do devedor em razão do fortuito e da força maior são temas que, embora interligados, são fundamentalmente distintos, objeto de debates próprios (GUARIDO, Natalia del Olmo. La causa di esonero della responsabilità nel diritto europeo dei contratti. In ALPA, G.; CAPILLI, G. (coord.) *Lezioni di diritto privato europeo*. Padova: Cedam, 2007, p. 538).

<sup>4</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações*: parte especial. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 448.

<sup>5</sup> CORRÊA, Tiago Pinheiro. Considerações sobre a teoria do fortuito externo. *Revista trimestral de direito civil*, vol. 52. Rio de Janeiro, out./dez. 2012, p. 137-158.

danoso. 2) Inevitabilidade. Para que se exima o agente, é mister que o evento não possa ser impedido nos seus efeitos.<sup>6</sup>

A *necessariedade*, portanto, é compreendida como a impossibilidade, em concreto, de cumprimento da obrigação imposta ao devedor. A ocorrência daquele fato leva, de forma necessária, ao evento danoso. Em uma relação obrigacional, isso se coloca como inexecução da prestação. O fortuito atua como excludente de causalidade justamente porque ele é a causa do descumprimento da obrigação. Dessa forma, a *necessariedade* traduz justamente o nexo de causalidade entre o evento caracterizado como fortuito e o dano sofrido pelo credor.

Com efeito, apesar do embate entre as teorias da causalidade adequada e da interrupção do nexo causal, afirma-se que ao final o ordenamento brasileiro adotou a subteoria da *necessariedade* da causa: o nexo se estabelece quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa.<sup>7</sup> A identificação da *necessariedade* se acentua, todavia, quando há *concausalidade*, isto é, a *concorrência* de mais de uma causa para a caracterização do evento danoso, hipótese em que se faz necessário averiguar “a contribuição causal de cada evento, imputável e inimputável, na realização do dano”.<sup>8</sup>

Afiguram-se, assim, três cenários: (i) o alegado fortuito causou o dano por si só, interrompendo o nexo causal e afastando a *responsabilidade* do devedor; (ii) ao contrário, o suposto fortuito não serviu a atingir o nexo de causalidade entre a conduta do devedor e o descumprimento da obrigação, persistindo a *responsabilidade* do devedor pela ausência de *necessariedade*; (iii) tanto o suposto fortuito como a conduta do devedor foram causas necessárias do prejuízo do credor. Enquanto no primeiro cenário o fortuito atua como excludente total de *responsabilidade* do devedor, no segundo cenário, ao contrário, o devedor é integralmente responsável: “aquele que alega o fato necessário, em síntese, não pode ser a fonte do fato”.<sup>9</sup> Já no terceiro cenário, em que há *concorrência*

causal, “deve o juiz atenuar a *responsabilidade*, tendo em conta a real incidência de sua conduta no evento danoso”.<sup>10</sup>

O grau de contribuição causal, do evento para a produção do dano, em termos de *necessariedade*, somente pode ser aferido em concreto. Agostinho Alvim entende, por exemplo, que ela faltaria no caso do devedor que guardava dinheiro e foi vítima de ladrões ou no caso daquele que chega atrasado em compromisso por causa de atraso de trem, mas que o requisito se faria presente para, por exemplo, escusar o portador que foi incumbido de trazer dinheiro da cidade e foi assaltado, e conclui:

*Há, na prática, muito equívoco, acerca do que se deva entender por fato necessário. A geada, o roubo a mão-armada, o atraso de trem, são fatos necessários? Nem sempre. A necessariedade do fato há de ser estudada em função da impossibilidade de cumprimento da obrigação, e não abstratamente.*<sup>11</sup>

Nesse sentido, alguns exemplos podem ser aduzidos para ilustrar a verificação desse requisito em concreto. Em julgado da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>12</sup>, analisou-se contrato de promessa de compra e venda de imóvel rural, adquirido por usucapião, que, todavia, um ano e meio após a celebração do contrato, mas antes de os autores comprovarem o trânsito em julgado da sentença de usucapião, sobreveio declaração da INCRA de que o imóvel objeto do negócio seria terra indígena, fato que inviabilizou a sua transferência. A superveniente inalienabilidade do imóvel, pelo referido fato do príncipe, antes que o vendedor satisfizesse o requisito para a transferência, que era o trânsito em julgado da

has.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/331569/caso-fortuito-e-forca-maior-o-papel-da-culpa-para-a-sua-caracterizacao, acesso em 04 ago. 2020.

10 CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 204.

11 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 326. Nessa linha, destaca Giovanni Ettore Nanni que “nenhuma hipótese é absoluta, todas são relativizadas em relação às vicissitudes e à concretude do episódio efetivo” (*Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 627).

12 STJ, 3º T., RESP 128803/MA, Rel. Min. Sidnei Benetti, julg. em 16/10/2012, DJe 19/10/2012.

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 399.

7 TEPELINO, Gustavo. Notas sobre o nexo causal. *Revista jurídica*, v. 50, n. 296, Porto Alegre, jun., 2002, p. 10.

8 MUTHOLLAND, Carlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 134.

9 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Caso fortuito e força maior: o papel da culpa para a sua caracterização. *Migalhas*, disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/331569/caso-fortuito-e-forca-maior-o-papel-da-culpa-para-a-sua-caracterizacao>, acesso em 04 ago. 2020.

ação de usucapião, foi reputado força maior. A necessidade no caso decorre de a constituição do imóvel como terra indígena causar, diretamente, a impossibilidade do cumprimento do contrato, configurando-se onexo causal.

Em outro exemplo, ao contrário, a ausência de necessidade serviu a afastar a alegação de força maior e responsabilizar o vendedor pelo inadimplemento. Tratava-se de contrato pelo qual um agricultor mexicano se comprometeu a produzir e fornecer quantidades determinadas de abóbora e pepino a um distribuidor americano, que as revendia no mercado da Califórnia, mas que não foi cumprido. O Tribunal Arbitral constituído no âmbito do *Centro de Arbitraje de Mexico* (CAM) rejeitou a alegação do devedor de que o fenómeno meteorológico conhecido como *El Niño*, que trouxe chuvas fortes e inundações às plantações, seria caso fortuito, uma vez que, tendo experimentado eventos semelhantes em sua atividade agrícola, não era necessariamente causa impeditiva do cumprimento da obrigação.<sup>13</sup>

A *inevitabilidade*, por sua vez, envolve a ausência de meios, por parte do devedor, aptos a impedir a produção de efeitos daquele evento danoso. Trata-se, aqui, não mais da idoneidade do evento para impedir o adimplemento da obrigação, mas da idoneidade da conduta do devedor para, ainda assim, executar o prometido. Pauta-se, assim, pela avaliação da exigibilidade de que o devedor agisse de modo a, mesmo diante daquele evento, cumprir com a sua obrigação.

Embora o conceito não possa ser alargado a ponto de abarcar a mera dificuldade, deve-se reconhecer que a inevitabilidade não se resume à impossibilidade absoluta de o devedor contornar o impacto do evento danoso. Tratando-se de conceito jurídico, deve vincular-se à razoabilidade de exigir do agente esforços adequados a impedir que o fato em questão causasse a inexecução.<sup>14</sup> Consequentemente, a avaliação de inevitabilidade é contingente a certa

época e local e deve ser feita de forma situada, isto é, observando a posição individual do devedor, seu círculo e sua atividade.<sup>15</sup> Não é incomum que se conclua tratar de matéria de fato, sujeita ao prudente arbítrio do juiz.<sup>16</sup>

Se a necessidade já resvala indiretamente para a avaliação do comportamento do devedor, na investigação da concorrência causal, a inevitabilidade acaba por recair de forma mais incisiva sobre a conduta do contratante. Trata-se de analisar se lhe cabia enviciar algum tipo de esforço ou medida para assegurar a satisfação da obrigação, ou mesmo se sua omissão, mais do que mera resignação diante da fatalidade, é conduta que autoriza lhe imputar responsabilidade pelo dano causado ao credor. Jorge Cesa Ferreira da Silva ilustra com o impacto da pandemia de Covid-19 em determinados contratos: "certos efeitos dela decorrentes são inevitáveis, mesmo depois de ela ter-se tornado realidade concreta. Outros, são afastáveis e, sobre estes, cabe discutir sobre a culpa do devedor. Se o devedor, podendo, não evitou os efeitos relacionados ao fato necessário, não há excludente, exatamente pela culpa do devedor".<sup>17</sup>

Exemplo recorrente dessa dificuldade é a greve dos empregados do contratante ou o roubo de mercadorias transportadas. No âmbito do transporte aéreo, por exemplo, reputou-se que o atraso e cancelamento de voo internacional em decorrência da deflagração de movimento grevista dos aeronautas, era fato em si inevitável, mas que o transportador era obrigado a concluir o trajeto, podendo valer-se de outras companhias e, quando possível, de outras categorias.<sup>18</sup>

Outro exemplo bastante discutido judicialmente diz respeito ao roubo de mercadorias em transporte praticado mediante amea-

<sup>13</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil* – vol. V., t. II: *do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 205.

<sup>14</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 399.

<sup>15</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Caso fortuito e força maior: o papel da culpa para a sua caracterização. *Migalhas*, disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/331569/caso-fortuito-e-forca-maior-o-papel-da-culpa-para-a-sua-caracterizacao>, acesso em 04 ago. 2020.

<sup>16</sup> TJERJ. Apelação Cível n. 0308144-04/2008.8.19.0001. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Vera Maria Soares Van Hornbeek. Die 19/10/2009.

<sup>13</sup> Centro de Arbitraje de Mexico (CAM). Parties: Unknown. Date: 30.11.2006. Disponível em <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149>. Acesso em 15 set 2020.

<sup>14</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andrea Cristina. Contratos administrativos, direito à greve e os "eventos de força maior". *Revista dos tribunais*, vol. 875. São Paulo, set./2008, p. 41-53.

ca com arma de fogo. Em julgado recente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, ainda que manifestamente previsível, trata-se de fato inevitável diante das cautelas exigíveis da transportadora: ou seja, se a transportadora adotou os cuidados que dela razoavelmente se deveria esperar, a inevitabilidade configura caso fortuito ou força maior, excluindo o dever de reparação civil.<sup>19</sup>

Parte significativa da doutrina aduz ainda outros requisitos para a configuração do fortuito, entre os quais é frequente a referência à *imprevisibilidade*.<sup>20</sup> Sob essa perspectiva, eventos necessários e inevitáveis não seriam idôneos a exonerar o devedor se fossem riscos esperados daquele tipo de contratação. Aproxima-se, com isso, a sistemática de liberação de responsabilidade pelo fortuito do regime da onerosidade excessiva: em ambos se estaria diante de eventos que abalaram a executoriedade do negócio e que, por não serem passíveis de antecipação pelas partes, autorizam que o devedor legitimamente deixe de cumprir sua obrigação como originalmente prometido, não sofrendo as sanções cabíveis. Por outro lado, no caso de eventos previsíveis, entendem tais doutrinadores que configura risco alocado ao devedor ou por ele implicitamente assumido, vinculando de forma direta a caracterização da força maior ao exercício da autonomia negocial.

Parece, todavia, que na configuração do fortuito no regime legal brasileiro, a imprevisibilidade não é requisito adicional.<sup>21</sup> Ainda

que abstratamente previsível, se o evento necessariamente causa o dano e o devedor não pode evitá-lo, não se justifica sua responsabilização se isso não foi convenionado. A possibilidade de as partes delinearem os contornos da força maior não parece se dar por meio de uma avaliação da previsibilidade do evento em abstrato, mas por meio da análise da composição de interesses por elas implementado em concreto: a contratualização do fortuito. Assim, cláusulas contratuais que ampliam ou reduzem o alcance da definição legal, e mesmo a natureza da atividade prestada contratualmente, podem gerar, em concreto, peculiar alocação de riscos.

O exame da jurisprudência revela que a referência à imprevisibilidade parece prejudicar mais do que auxiliar a compreensão mais clara dos contornos da força maior. Exemplo dessa discussão é o conhecido caso da *Raw Materials, Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co KG*, no qual esta teria descumprido a obrigação assumida perante aquela de entregar toneladas de ferrovias russas usadas, que deveriam ser despachadas do Porto de São Petersburgo, na Rússia, para os Estados Unidos. O vendedor alegou força maior em virtude de o Porto de São Petersburgo ter congelado inesperadamente no início de dezembro em vez de no final de janeiro, em um inverno sem precedentes no país. O Tribunal discutiu não somente se o congelamento do porto era fato necessário, mas especialmente se era previsível, e terminou por concluir que era avaliação incompatível com o julgamento sumário requerido pelas partes.<sup>22</sup>

Com efeito, como já foi apontado no tocante à onerosidade excessiva, também quanto ao fortuito o recurso à imprevisibilidade em abstrato “não se afigura somente aleatório em seus resultados, mas também arbitrário em seu conteúdo”.<sup>23</sup> O exame de alguns julgados que se basearam na imprevisibilidade revela que o fundamento da decisão está muito mais relacionado às cautelas que razoavelmente se pode esperar do demandado – evitabilidade – do que a imprevisibilidade propriamente dita.

19 STJ, 3ª T., REsp 1660163/MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 06/03/2018, DJe 09/03/2018.

20 MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L.; MAZEAUD, J.; CHABAS, François. *Leçons de droit civil - Obligations: théorie générale*, 9. Ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 663. Entre nós, CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 198. MULHOLLAND, Cathin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 132. CAVALLERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 89.

21 TEPELINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*, vol. 2 - *Obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2020, p. 379; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil* - vol. V, t. II: *do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 202. NORONHA, Fernando. *Responsabilidade civil: uma tentativa de resistemização* - responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. *Doutrinas essenciais de res-*

que abstratamente previsível, se o evento necessariamente causa o dano e o devedor não pode evitá-lo, não se justifica sua responsabilização se isso não foi convenionado. A possibilidade de as partes delinearem os contornos da força maior não parece se dar por meio de uma avaliação da previsibilidade do evento em abstrato, mas por meio da análise da composição de interesses por elas implementado em concreto: a contratualização do fortuito. Assim, cláusulas contratuais que ampliam ou reduzem o alcance da definição legal, e mesmo a natureza da atividade prestada contratualmente, podem gerar, em concreto, peculiar alocação de riscos.

O exame da jurisprudência revela que a referência à imprevisibilidade parece prejudicar mais do que auxiliar a compreensão mais clara dos contornos da força maior. Exemplo dessa discussão é o conhecido caso da *Raw Materials, Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co KG*, no qual esta teria descumprido a obrigação assumida perante aquela de entregar toneladas de ferrovias russas usadas, que deveriam ser despachadas do Porto de São Petersburgo, na Rússia, para os Estados Unidos. O vendedor alegou força maior em virtude de o Porto de São Petersburgo ter congelado inesperadamente no início de dezembro em vez de no final de janeiro, em um inverno sem precedentes no país. O Tribunal discutiu não somente se o congelamento do porto era fato necessário, mas especialmente se era previsível, e terminou por concluir que era avaliação incompatível com o julgamento sumário requerido pelas partes.<sup>22</sup>

Com efeito, como já foi apontado no tocante à onerosidade excessiva, também quanto ao fortuito o recurso à imprevisibilidade em abstrato “não se afigura somente aleatório em seus resultados, mas também arbitrário em seu conteúdo”.<sup>23</sup> O exame de alguns julgados que se basearam na imprevisibilidade revela que o fundamento da decisão está muito mais relacionado às cautelas que razoavelmente se pode esperar do demandado – evitabilidade – do que a imprevisibilidade propriamente dita.

*ponsabilidade civil*, vol. 1. São Paulo: out./2011, p. 145-195; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 399; LÓBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 252.

22 Disponível em <http://www.unilex.info/cisg/case/987>, acesso em 19 set. 2020.

23 SCHREIBER, Anderson. *Egultório contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 199.

O caso envolvendo o cinema do Shopping Center Morumbi, no qual um estudante munido de metralhadora semiautomática, de uso exclusivo das Forças Armadas, passou a atirar a esmo contra o público que acompanhava o filme, matando três pessoas e ferindo outras tantas, foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como caso fortuito com base não somente em ser fato inevitável e sem origem ou relação com a atividade do cinema ou do shopping, mas também por ser fato imprevisível, em que pese casos do tipo terem sido noticiados em outros países.<sup>24</sup>

Na mesma linha, o STJ analisou o descumprimento do contrato firmado pela Administração Pública para a construção de nova casa de detenção no Carandiru depois que ocorrida a rebelião que levou à morte de mais de cem presos.<sup>25</sup> A construtora contratada argumentava que rebeliões em complexos penitenciários não são fatos imprevisíveis e que a atuação falha do Estado nos fatídicos episódios descaracterizaria o fortuito e a força maior. A Corte Especial, todavia, entendeu que a extensão e os impactos daquelas ocorridas no complexo prisional Carandiru extrapolaram qualquer perspectiva de previsão governamental e que a imprevisibilidade importante aos contratos administrativos diz não apenas com a ocorrência de certo fato, mas também com os efeitos de certo fato – casos em que a ocorrência era previsível, mas a amplitude das consequências não. A argumentação, na realidade, parece indicar um juízo menos a respeito de serem as rebeliões previsíveis, mas sim sobre se seria possível evitá-los, evidenciando que a inevitabilidade seria ponto central para qualificar a hipótese como de caso fortuito ou de força maior.

## 2. A contratualização indireta da força maior: distinção entre fortuito interno e externo

A modificação do fortuito e a alocação de riscos contratuais podem decorrer também da própria dinâmica negocial, sensível às

<sup>24</sup> STJ, 2ª S., AgInt nos EREsp 1087717/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Queiroz, julg. 13/09/2017, DJe 20/09/2017.

<sup>25</sup> STJ, 2ª T., REsp 710.078/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julg. 23/03/2010, DJe 12/04/2010.

incumbências de cada uma das partes, encarregada de direcionar a expertise de sua atividade empresarial à persecução do objetivo comum aos contratantes. Assim, construiu-se a figura do fortuito interno, o fato que, posto necessário e inevitável, não é idôneo a exonerar a responsabilidade do devedor por configurar risco intrínseco à sua atividade, e, portanto, considerado responsabilidade sua no âmbito do contrato estabelecido. Da mesma forma que a assunção expressa de certo risco por cláusula contratual, e assim como a aferição de inevitabilidade leva em conta a razoabilidade de exigir do agente esforços adequados a impedir que o fato em questão causasse a inexecução, a interpretação do papel das partes na execução do contrato leva à internalização de certos riscos, como parte do equilíbrio contratualmente construído:

*Cada pessoa tem uma esfera jurídica, maior ou menor, dentro da qual atua, que está sob o seu controle, que em regra utiliza em seu proveito, devendo ser responsável pelos fatos que acontecerem no seu âmbito. Não se pode considerar inevitável aquilo que acontece dentro da esfera pela qual a pessoa é responsável e que certamente não aconteceria se não fosse a sua atuação.*<sup>26</sup>

Nessa toada constrói-se a distinção entre fortuito interno e fortuito externo, elaborada doutrinariamente e amplamente utilizada pela jurisprudência para determinar que eventos cujo risco é intrínseco à atividade contratada, ainda que necessários e inevitáveis, não exoneram o devedor de sua responsabilidade. Para alguns, con figuraria verdadeiramente terceiro requisito para a caracterização do fortuito: a externalidade.<sup>27</sup> A figura do fortuito interno, portan-

<sup>26</sup> NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressocialização - responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrição a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, vol. 1. São Paulo, out./2011, p. 145-195.

<sup>27</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 64; SILVA, Rafael Peteffi da. Caso fortuito ou de força maior: principais delimitamentos dogmáticos e conexões com a pandemia do coronavírus. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2. Belo Horizonte, mai./ago. 2020, p. 223; NORONHA, Fernando. Res-

to, conduz igualmente – ainda que indiretamente – à contratualização da força maior, na medida em que a natureza da atividade contratada acaba por implicar a assunção de determinados riscos, restringindo o alcance da excludente de responsabilidade.

Essa referência à externalidade do fortuito não deve se confundir com a inevitabilidade – que nesses casos é superável – e muito menos com eventual avaliação de culpa, incompatível com o regime de responsabilidade objetiva no qual se situa tipicamente a distinção entre fortuito interno e externo. A recorrente associação do fortuito interno com eventual “dever de segurança” no âmbito das relações de consumo, por exemplo, deve ser realizada de forma compatível com a responsabilidade independente de culpa própria dessa seara.<sup>28</sup> Com efeito, a doutrina crítica com veemência o que já foi referida como “verdadeira mixórdia na análise do fortuito interno e externo”, ao se avaliar a internalização do fortuito a partir do dever de cuidado do responsável para evitar o dano.<sup>29</sup>

Exemplo dessa associação do fortuito interno com a violação de deveres de segurança e cuidado, por vezes recaindo para inadequada avaliação de culpa, são realmente presentes em diversos julgados. Por exemplo, ao analisar a pretensão de consumidor à declaração de inexistência relação contratual de empréstimo consignado e condenação por danos morais, pelo fato de ter sido vítima de ação fraudulenta de terceiros que falsificaram a sua assinatura no instrumento contratual, o TJSP fundamentou a caracterização de fortuito interno na “falha de diligência no ato de contratação”:<sup>30</sup> “incumbia

responsabilidade civil: uma tentativa de res sistematização - responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade objetiva normal e agravada. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, vol. 1. São Paulo, out./2011, p. 145-195; FARIAS, Cristiane Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENWALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 483.

<sup>28</sup> Sobre o tema, v. XAVIER, José Tadeu Neves. A problemática do fortuito interno e externo no âmbito da responsabilidade consumerista. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 115. São Paulo: jan.-fev./2018, p. 205-246.

<sup>29</sup> SOUZA, Tainá Bastos de. O fortuito interno e externo e sua relação com a culpa do agente. In SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). *Contratistas atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 199.

à empresa-té ter tomado os cuidados necessários ao aceitar negociar com pessoa desconhecida”.<sup>30</sup> Em ação com o mesmo objeto, o TJRJ entendeu que houve “falha de cautela na contratação, que demonstra falha no dever de segurança quando da disponibilização dos serviços aos consumidores”.<sup>31</sup>

Nesse sentido, mais do que destacar a importância de se reparar os efeitos de danos inevitáveis próprios da sociedade de riscos, no âmbito das relações contratuais parece relevante levar em conta o critério da confiança e criação de legítimas expectativas. Com efeito, na medida em que a interpretação e a própria obrigatoriedade do negócio deixa de guiar-se exclusivamente pela vontade manifestada e passa a priorizar a confiança incutida na outra parte, cuja tutela é pilar das relações econômicas, essa parece ser também a pedra de toque para a identificação da assunção tácita de riscos. Com efeito, ao contratar a realização de determinada atividade, cria-se a legítima expectativa de que o devedor assume os riscos que sejam intrínsecos àquela atividade.

Na identificação de quais riscos são intrínsecos, para além do argumento consequencialista a respeito dos custos envolvidos com a internalização desses riscos – calculabilidade e possibilidade de gerenciamento<sup>32</sup> –, parece relevante buscar critérios mais idôneos a aferir a criação de legítima confiança no outro contratante, como a probabilidade de que aquele tipo de atividade gere aquele tipo de evento danoso (perigo).<sup>33</sup> A legítima expectativa criada pelo consumidor de que a instituição financeira assumirá os riscos relacionados à atividade, por exemplo, é objeto da súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. Nesse sentido, entendeu-se que o arrombamento e esvaziamento

<sup>30</sup> TJSP, 16ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 1027704-78/2018, 8.26.0506, Rel. Des. Mauro Conti Machado, julg. 14/09/2020, DJe 14/09/2020.

<sup>31</sup> TJRJ, 24ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 0013300-77.2012.8.19.0204, Rel. Des. Alcides da Fonseca Neto, julg. 12/08/2020, DJe 13/08/2020.

<sup>32</sup> Sobre o tema, v. PRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. *Civiltica.com*, n. 5, n. 1. Rio de Janeiro, 2016, p. 1-27.

<sup>33</sup> MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 134.

mento de cofre contendo joias de família, documentos pessoais e de terceiros e bens de expressivo valor, no âmbito de contrato bancário de locação de cofre particular, se qualifica como fortuito interno, por estar relacionado à segurança objeto do negócio.<sup>34</sup>

Na mesma linha, entendeu-se que tombamento parcial da área do empreendimento por problemas na instalação das fundações do edifício é risco assumido e relacionado à atividade de construção no compromisso de compra e venda de imóvel na planta: "O fortuito interno, entendido como o fato imprevisível e inevitável ocorrido no momento da realização do serviço ou da fabricação do produto, como é o caso de problemas na instalação das fundações do edifício, não exclui a responsabilidade do fornecedor, porque relaciona-se com a atividade e os riscos do empreendimento".<sup>35</sup>

Igualmente, reputou-se que no contrato de transporte, o passageiro que é "empurrado por aglomeração de pessoas no momento do embarque, vindo a sofrer severos danos físicos, constitui típico exemplo de fortuito interno, o qual é incapaz de romper o nexo de causalidade e de eximir a concessionária de sua responsabilidade civil".<sup>36</sup> A aceção do risco intrínseco à atividade pode ser, todavia, bastante controversa. Tome-se outro exemplo de contrato de transporte, em que o STJ entendeu por responsabilizar a transportadora pelo disparo de arma de fogo quando os passageiros apartaram briga entre o cobrador e o atirador: em lugar de fundar o dever de indenizar na responsabilidade pela conduta do empregado, a decisão foi de que a conduta do terceiro não foi independente, mas conexa à atividade econômica e aos riscos do seu exercício.<sup>37</sup>

Outro exemplo bastante controverso é a chamada "saíndinha de banco", referente ao crime ocorrido a partir da vigilância do cliente dentro da instituição, mas efetivamente perpetrado após sair do estabelecimento.<sup>38</sup> Em caso julgado pelo STJ, após sacar o salário

34 STJ, 3ª T., AgInt nos EIDel no AREsp 1206017/SP, Rel. Des. Ricardo Villas Boas Queiroz, julg. 25/11/2019, DJe 27/11/2019.

35 STJ, 4ª T., AgInt no AREsp 942.798/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 02/04/2019, DJe 24/04/2019.

36 STJ, 1ª T., REsp 1.715.816, Rel. Min. Sérgio Kukna, julg. 02/06/2020, DJe 09/06/2020.

37 STJ, 3ª T., REsp 1136885/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 28/02/2012, DJe 07/03/2012.

38 Na descrição de João Hora Neto: "[...] quando o meliante observa [“filma”]

em agência do Banco do Brasil de uma das principais avenidas do centro do Rio de Janeiro, o autor da ação dirigiu-se a outro banco para depositar parte do salário e efetuar pagamentos, mas o encontrou fechado devido à greve de vigilantes. Diante disso, dirigiu-se ao Metrô e, quando estava nos últimos degraus da escada de descida para a estação, foi abordado por dois homens, sendo um armado que o rendeu e o outro que revistou suas roupas, achou o dinheiro e o levou. A primeira e a segunda instância do TJRJ entenderam pela condenação não do Banco, mas da Concessionária de Metrô, sob o fundamento de fortuito interno relacionado ao risco da atividade, mormente no que concerne à cláusula de incolumidade. No entanto, na Corte Especial a decisão foi reformada sob o fundamento de fortuito externo, posto que não inserido como desdobramento da atividade exercida pelo transportador, ficando fora do risco inerente à prestação desse serviço.<sup>39</sup>

Por fim, vale mencionar as hipóteses de roubo de carga, que para alguns "não se constitui evento inesperado, imprevisível e desconhecido pelo transportador, mas, ao contrário, é fato observado num percentual certo, em condições absolutamente previsíveis e que, portanto, não podem exonerá-lo do cumprimento da obrigação que adquiriu conhecendo os riscos a ela inerentes".<sup>40</sup> No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de excluir a responsabilidade da transportadora, afirmando-se que "não obstante a habitualidade da ocorrência de assaltos em determinadas linhas, é de ser afastada a responsabilidade

o saque sendo feito pelo usuário, no mais das vezes pessoas vulneráveis (idosos, mulheres), passando em seguida as informações a um comarca que se posta do lado de fora da agência, a fim de consumarem o roubo, já fora das agências. Em situação análoga, os meliantes também assim agem nos terminais eletrônicos situados em vias públicas, quando, nesses casos, se postam nas proximidades aguardando o ingresso da vítima ao caixa e a posterior saída, para, então, consumarem o crime". HORA NETO, João. O crime de "saíndinha de banco" e o fortuito interno. *Revista de direito privado*, v. 13, n. 51, São Paulo, jul./set., 2012, p. 231-271.

39 STJ, 4ª T., AgInt no AREsp 1491619/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 06/02/2020, DJe 18/02/2020.

40 GONÇALVES, Tiago Moraes. O caso fortuito e a força maior frente à responsabilização objetiva pelo risco da atividade na sociedade contemporânea. *Revista de direito privado*, vol. 47/2011, p. 63 - 80, Jul - Set/2011.



de da empresa transportadora por se tratar de fato inteiramente estranho à atividade de transporte (fortuito externo)".<sup>41</sup>

### 3. Contratualização direta da força maior: fortuitos equiparados e fortuitos excluídos contratualmente

Podem os contratantes, no exercício legítimo de sua autonomia negocial, modificar o quadro normativo do fortuito desenhado pelo legislador. Não havendo partes vulneráveis, é possível a alteração das hipóteses de isenção e de assunção de responsabilidade, com a distribuição dos riscos por meio das cláusulas contratuais. Contudo-se, assim, a delicada alocação de riscos contratuais que configura o equilíbrio contratual, a ser tutelado como expressão da liberdade de contratar. Isso pode ocorrer expressamente, por meio da ampliação das excluídas do dever de indenizar, como, por exemplo, pelos chamados "fortuitos equiparados", ou por sua restrição, com a assunção contratual de certos riscos.

No primeiro grupo, relativo aos fortuitos equiparados, encontram-se previsões contratuais em que as partes afastam a responsabilidade do devedor por situações específicas que venham a impedir o cumprimento da obrigação, de modo a evitar eventuais controvérsias sobre sua necessidade e inevitabilidade, ou mesmo para dispensar os requisitos legais no tocante a essas atividades. Configuram, dessa forma, hipóteses de cláusulas limitativas do dever de indenizar.

Com efeito, ao lado da limitação do máximo indenizatório, de parcelas da indenização (p. ex., danos emergentes, mas não lucros cessantes) e da limitação de fundamento para responsabilização (p. ex., dolo, mas não culpa), a doutrina reconhece outra modalidade de cláusula limitativa na equiparação convencional a casos de força maior.<sup>42</sup> Tais cláusulas podem elencar como fortuitos por equipar-

ração, por exemplo, atrasos de fornecedores, falta de matérias-primas, greves e lockouts, acidentes de trabalho e fatos que acarretem instabilidade econômica.<sup>43</sup>

As cláusulas limitativas do dever de indenizar são reconhecidas em instrumentos de construção do equilíbrio contratual, já que permitem a legítima alocação de riscos por meio da composição de interesses entre as partes.<sup>44</sup> Entretanto, para evitar abusos nessa alocação negocial de risco costumam ser levantados requisitos específicos para a sua validade, como não abarcar casos de dolo, danos pessoais, não violar normas cogentes, nem afastar obrigações essenciais. Especificamente no tocante ao fortuito por equiparação, sustenta-se que não poderiam ser abarcados eventos que sejam imputáveis ao devedor ou estejam sujeitos ao seu controle ou ingerência.<sup>45</sup>

No segundo grupo se encontram as hipóteses de afastamento da qualificação de fortuito em razão da assunção expressa de determinados riscos pelo devedor. É o caso, por exemplo, de cláusulas contratuais em que se retira expressamente a qualificação de fortuito de fatos como greves, protestos e atos de vandalismo por parte de empregados de uma das partes, ainda que sejam fatos necessários e inevitáveis. Caracterizam, assim, disposições de assunção expressa de risco, conforme ressaltado pelo próprio artigo 393 do Código Civil, incluídas no grupo das chamadas cláusulas de agravamento do dever de reparar.<sup>46</sup> Judith Martins-Costa observa, contudo, que também as cláusulas de assunção expressa de risco devem ser objeto de controle de validade, de modo a impedir – mesmo nas relações paritárias – alocações de risco incompatíveis com a boa-fé ou com o fim econômico-social do direito.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excluídas e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 97.

<sup>44</sup> MARINHO, Maria. A validade da cláusula de não indenizar relativa à obrigação principal. *Revista CEJ*, ano XX, n. 70, Brasília, set./dez. 2016, p. 115.

<sup>45</sup> MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 109.

<sup>46</sup> NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*, 7. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2017, p. 378.

<sup>47</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil* – vol. V, t. II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 218.

<sup>41</sup> STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 175821/SP, Rel. Min Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 23/08/2016, DJe 05/09/2016. Na mesma linha STJ, 4ª T., AgInt no AgRg no AREsp 569564/SP, Rel. Min Raul Araújo, julg. 20/04/2020, DJe 04/05/2020.

<sup>42</sup> TEPELINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Graciele Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4 – *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 281.

Controvérsias sobre esse controle podem ser encontradas na jurisprudência, como no caso em que o cofre cujo aluguel fora contratado foi assaltado por quadrilha fortemente organizada e armada, com sequestro do gerente da agência, em quem foi atado cinto, com explosivos, ameaça a familiares de outros funcionários e invasão da central da Telemar para impedir o uso dos alarmes instalados na agência. O banco alegou que a cláusula que assegurasse a incolumidade do cofre mesmo em situações como essa seria nula por impossibilidade do objeto, mas a Quarta Turma entendeu que “a despeito da maior ou menor engenhosidade dos delinquentes, a segurança é elemento essencial do contrato de locação de cofres junto a instituições financeiras, estando a responsabilidade fixada no descumprimento do serviço oferecido”.<sup>48</sup>

Vale por fim mencionar que podem ainda os contratantes modelificar o quadro normativo do fortuito ao prever requisitos procedimentais para a sua alegação, cujo descumprimento leva à impossibilidade de alegação dessa excludente do dever de indenizar. Insiram-se as partes, para tanto, no *legítimo objetivo* de garantir *certeridade, eficiência e transparência*, todos imperativos resguardados igualmente pela exigência de comportamento colaborativo imposta pelo princípio da *boa-fé*. São comuns, nesse sentido, cláusulas que impõem a obrigação de aviso por escrito e imediato de qualquer ocorrência que justifique a invocação do fortuito e de suas consequências.

#### 4. Considerações finais

A partir das reflexões traçadas, é possível constatar que a configuração de caso fortuito ou de força maior é sensível ao exercício de autonomia negocial, de modo a permitir sua verdadeira contractualização. Ainda que não seja possível delimitar rigidamente seus limites e possibilidades, é necessário investigar com maior dedicação os espaços em que a liberdade contratual pode modular a atuação dessa excludente do dever de indenizar.

Nesse sentido, entre os elementos legais para sua caracterização destacou-se como a *necessariedade* pressupõe a análise de eventual contribuição causal da conduta do devedor para a inexecução da obrigação, bem como a inevitabilidade deve partir da concepção de esforços razoáveis exigíveis para contornar o impacto do evento na relação contratual. Por outro lado, indicou-se que o alegado requisito de imprevisibilidade deve ser descartado do exame, uma vez que, especialmente quando analisado em abstrato, não parece contribuir para maior definição dos contornos da força maior.

Ademais, observou-se que a referência à *externalidade* traduz contractualização indireta do fortuito, na medida em que a natureza da atividade contratada torna exigível do devedor a responsabilidade pelos riscos que lhe são intrínsecos. É imperioso, contudo, que a interpretação dessa alocação de riscos viabilizada pela distinção entre fortuitos externos e internos não degenerem para avaliação de culpa, especialmente nas hipóteses de responsabilidade objetiva.

Por fim, apontou-se como as partes podem, de forma direta ou expressa, modificar os contornos do fortuito por meio de cláusulas expressas no instrumento do negócio. Isso pode ocorrer por meio da ampliação do alcance da força maior, prevenindo fortuitos por equiparação como exemplo de cláusula limitativa do dever de indenizar, por meio da redução do seu âmbito, mediante a assunção expressa de determinados riscos, ou ainda por sua procedimentatização, impondo providências para sua alegação, como prazos e notificações. Essas cláusulas, contudo, devem ser objeto de controle rigoroso de validade para evitar o exercício abusivo da liberdade contratual.

<sup>48</sup> STJ, 4ª T., REsp 994.040/PE, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 07/04/2011, DJe 18/04/2011.