

Artigos

Recebido: 15.11.2016

Aprovado: 21.12.2016

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/redes.v5i1.3377>

*Universidade Federal de Goiás
(UFG)

Goiânia, GO

*1 Centro Universitário de Brasília
(UnICEUB)

Brasília, DF



Fatores fático-jurídicos obstativos da causalidade jurídica: as interrupções e a inexistência do nexos causal na responsabilidade civil e consumerista – fato da vítima, fato de terceiro e caso fortuito e de força maior

*Pablo Malheiros Frota**

*José Pedro Brito da Costa*¹*

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar o desenho de três institutos jurídicos que podem interromper o nexos causal de forma parcial (caso fortuito ou de força maior concorrentes) ou total (caso fortuito ou de força maior exclusivos), e aqueles que afastam o dever de reparar os danos por um agente de maneira parcial ou total (fato de terceiro e fato da vítima), no âmbito da responsabilização no Direito Privado atual. A densificação desses institutos jurídicos objetiva averiguar se o foco da responsabilidade civil e consumerista é tutelar prioritariamente a vítima ou lesante, a ratificar a necessária passagem para a ideia da responsabilidade por danos. Nesse passo, apresentam-se duas hipóteses: (i) a vigente construção teórico-prática dos institutos acima prioriza a vítima; (ii) a atual construção teórico-prática dos institutos retrocitados não prioriza a vítima. Para tanto, o texto utilizará como marco teórico a ideia de responsabilidade por danos desenvolvida por Pablo Malheiros da Cunha Frota, cujo método escolhido para este artigo mescla a dedução e a indução, tendo como prius afirmações teóricas de caráter geral, aplicáveis em cada caso concreto verificado de maneira dedutiva. Tais elementos, indutivamente, podem reproduzir a necessidade de ressignificação (ou não) dos institutos jurídicos pesquisados em cada situação concreta. A metodologia usada se divide em de procedimento e de abordagem. A primeira utilizará o procedimento monográfico, com a análise de trabalhos relacionados ao assunto. A segunda se baseará em uma linha crítico-metodológica, amparada em uma teoria crítica da realidade que compreende o Direito como problema e como uma complexa rede de linguagens e de sentidos. A conclusão do texto referendou a segunda hipótese acima.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Responsabilidade Consumerista; Fato da Vítima; Fato de Terceiro; Caso Fortuito ou de Força Maior.

Factual and legal obstacles to legal causality: interruptions and lack of causal link in civil and consumer liability - fact of the victim, fact of third party and act of God and of force majeure

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the framework of three legal categories that may interrupt the chain of causation (competing un-

foreseeable circumstances or force majeure) partially or (sole fortuity or force majeure) totally, and those that shun the agent's duty to repair the damage partially or totally (third party and victim's tort), under the liability of the current private law. The densification of these objective legal categories is meant to check whether the focus of the civil and consumer liability primarily protects the victim or the damage doer to ratify the necessary passage to the idea of liability for damages. Thus, two hypotheses are presented: (i) the current theoretical and practical construction of the above categories prioritizes the victim; (ii) the current theoretical and practical construction of the above-mentioned categories does not prioritize the victim. Therefore, the text uses, as theoretical framework, the idea of liability for damage developed by Pablo Malheiros da Cunha Frota, whose chosen method for this article merges deduction and induction, with the *prius* theoretical statements of a general nature, applicable in each case assessed deductively. Such elements, inductively, may represent the need for resignification (or not) of legal categories surveyed in each concrete situation. The methodology used is divided into procedure and approach. The former uses the monographic procedure with the analytical work related to the subject. The latter is based on a critical-methodological approach underpinned on a critical theory of reality that understands the law as both a problem and as a complex network of languages and meanings. The conclusion of the text endorsed the second hypothesis above.

Keywords: Civil Liability; Consumer Law Liability; Victim and Third Party's Tort; Sole Fortuity or Force Majeure.

“Da responsabilidade da pessoa à responsabilidade para com a pessoa”

Jean Monier¹

Introdução

Diante da majoração dos danos e da imputação de responsabilidade na seara civil e no consumerista no Direito Privado brasileiro, torna-se relevante verificar o estado da arte de três institutos que podem interromper o nexo causal de forma parcial (caso fortuito ou de força maior concorrentes) ou total (caso fortuito e de força maior exclusivos), e aqueles que afastam o dever de reparar de um agente de maneira parcial ou total (fato de terceiro e fato da vítima). A densificação desses institutos permitirá averiguar se o foco da responsabilidade civil e consumerista é tutelar prioritariamente a vítima ou lesante, problemática a ser respondida ao final do texto, a ratificar a necessária passagem para a responsabilidade por danos². Nesse passo, apresentam-se duas hipóteses: (i) a vigente construção teórico-prática dos institutos acima prioriza a vítima; (ii) a atual construção teórico-prática dos institutos retrocitados não prioriza a vítima.

Destaca-se que o fato de terceiro e o fato da vítima não se encontram no Código Civil (CC), mas sim no art. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), enquanto o caso fortuito ou de força maior está presente, entre outros, no art. 393 do CC e não aparece no CDC; já na responsabilidade civil e consumerista os três institutos incidem. Desse modo, o primeiro ponto a ser abordado na ambiência das excludentes do dever de reparar, seja pela interrupção do nexo, seja pela ausência dele, se relaciona a

¹ Monier (1996, p. 59).

² A responsabilidade por danos é entendida como aquela pressuposta ao dano potencial e (ou) concreto, individual, individual homogêneo, coletivo, difuso, materiale (ou) extramaterial, a situação jurídica inter-racional geradora da imputação de responsabilidade valorada sem a análise de culpa ou dolo pela não precaução, pela não prevenção e pela reparação dos mencionados danos (ver Frota, 2014, p. 213-233). Sobre inter-racionalidade, ver Souza, 2001, p. 379-414.

enquadrar o fato da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou de força maior como hipóteses de interrupção parcial ou total do nexa causal ou como caso de inexistência do nexa causal, visto que a causalidade jurídica não se teria formado, a impossibilitar a ideia de rompimento do nexa, pois ele nem sequer chegou a se estabelecer (PIZARRO, 2009, v. 2, p. 478-481; somente em relação ao fato da vítima e ao fato de terceiro – SAMPAIO DA CRUZ, 2005, p. 157-158).

A construção acima, de inexistência de nexa causal, aplica-se ao fato exclusivo de terceiro e ao fato exclusivo da vítima (PEREIRA COELHO, 1998, p. 29), uma vez que a causalidade inexistente e ambos os institutos são responsáveis pela causação do dano. Se o fato de terceiro e o fato da vítima forem concorrentes com o outro evento danoso, haverá uma concorrência de responsabilidades, com uma parcial interrupção da causalidade e a responsabilização de ambos os agentes pelo evento danoso. Saliente-se que os três institutos não se circunscrevem à responsabilidade civil ou à responsabilidade consumerista (STJ – REsp120.647), como defendem alguns (ver PIZARRO, 2009, v. 2, p. 480), mormente diante do diálogo metodológico e de conteúdo entre as disciplinas jurídicas.

Nesse passo, a interrupção da causalidade jurídica demonstra que um primeiro fato poderia provocar determinado efeito, todavia, um segundo fato impede a produção de efeito do primeiro fato e produz o dano, como se percebe com o caso fortuito ou de força maior. Destaca-se que, a rigor, não consistem em causalidade interrompida as hipóteses de fato exclusivo da vítima e de fato exclusivo de terceiro, porque o possível agente responsável pode ser utilizado como mero instrumento do dano. Nessa linha, não há a interrupção de um primeiro fato que causaria o dano, porém o agente responsável pelo dano deixa de responder quanto ao prejuízo pela ocorrência do fato exclusivo da vítima ou de terceiro (Sampaio da Cruz, 2005, p. 159). Somente se trata de interrupção total do nexa causal quando o caso fortuito ou de força maior for exclusivo para a produção do dano. Se este instituto concorrer com outro fato danoso ou se o fato da vítima e o fato de terceiro não forem exclusivos, haverá a interrupção parcial do nexa causal e a concorrência de responsabilidades.

Feitos esses esclarecimentos, o artigo será dividido em três tópicos, além da introdução, da conclusão e das referências, da seguinte maneira: (i) fato de terceiro; (ii) fato da vítima; (iii) caso fortuito ou de força maior. Nessa senda, para alcançar esses desideratos, utilizar-se-á um método e uma metodologia³ que visam robustecer o caminho e o caminhar para a edificação do exame apresentado, ressaltando-se a provisoriedade de qualquer discussão jurídica, pois sempre será possível um olhar diverso sobre os temas aqui aludidos. O método escolhido para este artigo mescla a dedução e a indução, tendo como *prius* afirmações teóricas de caráter geral, aplicáveis em cada caso concreto verificado de maneira dedutiva. Tais elementos, indutivamente, podem reproduzir a necessidade de ressignificação (ou não) dos institutos jurídicos pesquisados em cada situação concreta.

Explicitado o método, esclarece-se a metodologia de procedimento e a de abordagem. A primeira utilizará o procedimento monográfico, com a análise de trabalhos relacionados ao assunto. A segunda se baseará em uma linha crítico-metodológica, amparada em uma teoria crítica da realidade que compreende o Direito como problema e como uma complexa rede de linguagens e de sentidos (adaptação de GUSTIN; DIAS, 2013, p. 20-21). Passa-se a seguir para a densificação das temáticas pertinentes a este artigo.

³ Sobre as diversas concepções do significante metodologia: FREITAS FILHO; LIMA, 2010.

Fato de terceiro

Principia-se a análise dos mencionados institutos pelo denominado *fato de terceiro*, extraído de forma indireta dos arts. 640, 929-930 e 936 do CC e do art. 8º da Diretiva 85/374 do Direito comunitário europeu, aqui como fato de terceiro concorrente e explicitamente considerado excludente total do dever de reparar pelos arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, III, do CDC. Terceiro é aquela pessoa diversa do teoricamente causador ou responsável pelo dano e da vítima, assim como aquele que utiliza o bem contra determinação expressa ou presumida do seu dono ou do guardião, como nos casos de furto, de roubo, de apropriação indébita e de requisição forçada de veículos (ITURRASPE, 2004, p. 72; MIRAGEM, 2015, p. 243). Desse modo, o “vendedor do imóvel não pode ser considerado um terceiro, um estranho ao demandado na ação de responsabilidade civil, pois há um vínculo jurídico entre eles e também uma obrigação *propter rem* que recai sobre o imóvel independentemente de quem seja o seu titular” (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 484 – STJ – REsp 1.251.697). O fato de terceiro deve ser cabalmente provado (STJ – REsp 820.381; REsp 37.062), cabendo este ônus ao lesante ou ao responsável pela reparação, pela precaução ou pela prevenção do dano.

Na responsabilidade por fatos de outrem (CC, art. 932), o responsável não é considerado terceiro para fins de exclusão do nexo causal, do mesmo modo como ocorre em relação aos envolvidos com a publicidade, na forma do art. 34 do CDC, e na responsabilização da cadeia de consumo por defeito do serviço e do produto (STJ – REsp 980.860). Há discussão se o comerciante seria terceiro, por conta da responsabilização subsidiária prevista no art. 13 do CDC. A resposta é negativa, porque não se pode confundir o regime diferenciado do comerciante com as excludentes de nexo e de responsabilidade postas no CDC. O comerciante se enquadra no âmbito da cadeia de consumo, até pelo fato de melhor proteger, pela amplitude dos responsáveis, a vítima (Miragem, 2013, p. 535-536).

O fato de terceiro somente exonera a responsabilidade quando constitui causa estranha ao devedor e à vítima e elimina totalmente o dever de reparar pelo aparente responsável, pois o terceiro é totalmente estranho à relação jurídica originária entre as partes (MIRAGEM, 2015, p. 242). Isso porque se o fato de terceiro for concorrente com outra causa, “induz a responsabilidade solidária entre o agente e o terceiro pela reparação à vítima” (MIRAGEM, 2015, p. 243 – STJ – AgRg no REsp 1.121.466).

O fato de terceiro, normalmente, se verifica no bojo das relações negociais, devendo-se analisar se a intervenção do terceiro no negócio jurídico reflete uma situação capaz de excluir o dever de reparar ou se concorre para a produção do dano, já que a conexão do fato de terceiro não pode ser alocada como inerente ou integrante da atividade de pelo menos um dos contratantes, o que não ocasionaria a exclusão do dever de reparar (Aguiar Dias, 2012, p. 782).

Nessa perspectiva, cabe apresentar os pressupostos ensejadores do fato de terceiro, como excludente total do dever de reparar em um evento danoso: a) *causalidade* – o fato de terceiro para excluir o dever de reparar deve ser considerado a causa do dano; b) *imputabilidade* – a imputação do fato danoso deve ser realizada ao terceiro, pessoa diversa do teoricamente causador ou responsável pelo dano e da vítima. As pessoas nas quais o agente responde (CC, art. 932) não são consideradas terceiras, como estranhas à relação

entre vítima e responsável. Algumas destas pessoas podem ser consideradas terceiras para fins de direito de regresso, porém isso não influencia na relação vítima e responsável; c) *identidade* – o fato de terceiro é imputado a alguém estranho à relação vítima-responsável, mesmo que este estranho não seja identificado (por exemplo, o terceiro que produz um dano e foge). Se o dano produzido não pode ser imputado ao terceiro, caracterizar-se-á caso fortuito ou de força maior; d) *iliceidade* – não é necessário que o fato de terceiro seja ilícito para ser considerado como causa exclusiva de interrupção do nexa causal (AGUIAR DIAS, 2012, p. 783-784).

Existe controvérsia na literatura jurídica e nos julgados em enquadrar a imprevisibilidade e a inevitabilidade em relação ao responsável pelo dano, a partir da perspectiva de previsibilidade ou de evitabilidade do fato de terceiro, para fins de exclusão do dever de reparar. Uma primeira corrente ressalta a imprescindibilidade de tais fatores para o reconhecimento do fato de terceiro, sob o argumento de que não deve conter nenhuma relação com a atividade desenvolvida pelo suposto responsável (CAVALIERI, 2010, p. 488; STJ – REsp 685.662; REsp 703.324; REsp 209.062; REsp 427.582; REsp 1.142.245).

Uma segunda corrente rejeita tal necessariedade, visto que a vítima não pode suportar a responsabilidade pelo evento, sendo necessário que o fato de terceiro (previsível ou não) seja considerado causa do evento, para fins de exclusão do dever de reparar (MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, 1961, v. 2, p. 241). Uma terceira corrente menciona a verificação de tal imprevisibilidade no caso concreto, conjugado com os deveres do agente na situação em que se quer imputar a responsabilidade pelo dano (Aguiar Dias, 2012, p. 788). O entendimento que apresenta uma maior plausibilidade parece ser aquele que considera o fato de terceiro como determinante exclusiva do resultado danoso, a fim de que o dever de reparar seja excluído (PAULA, 2011, p. 139).

Existe outro debate envolvendo o fato de terceiro, indevidamente denominado de culpa de terceiro, qual seja a da sua incidência (ou não) em qualquer hipótese relacionada aos critérios (subjetivo, objetivo e pelo sacrifício) de valoração da responsabilidade. O fato de terceiro não se restringe às hipóteses de critério subjetivo de valoração da responsabilidade na perspectiva de fato ilícito, como defende VILLAÇA (2004, p. 255-256), por também ser utilizado nos casos de critério objetivo de valoração da responsabilidade, como se verifica nas relações de consumo (CDC, arts. 12, § 3º e 14, § 3º). Isso se comprova, por exemplo, com o contrato de transporte, como se extrai do Enunciado 187/STF: “a responsabilidade contratual do transportador pelo acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva” (STJ – REsp 919.823). A responsabilidade valorada pelo sacrifício também é abarcada pelo fato de terceiro, não se podendo restringir tal excludente, como pretende parcela da literatura jurídica.

Como se vê, o fato de terceiro possui peculiaridades que devem ser observadas, e diversos exemplos podem ser citados:

a) acidente de trânsito em que um caminhão atingiu um ônibus e este colidiu com um automóvel, a ensejar a responsabilização por culpa de terceiro (motorista do caminhão), e não do motorista do ônibus em relação ao motorista do automóvel (Primeiro Tribunal de Alçada Cível de SP – Apelação 1041592-0. 11ª Câmara. Rel. Antônio José Silveira Paulilo. J. 21.2.2002);

b) responsabilização do proprietário do veículo derivada da pressuposição de mau uso do automóvel, configurado no agir culposo do terceiro condutor, causador do acidente (STJ – REsp 608.869);

c) exclusão da responsabilidade da Empresa Brasileira de Correios e de Telégrafos (ECT), que presta o serviço de recebimento/coleta, transporte e entrega domiciliar aos destinatários em âmbito nacional e é equiparada às transportadoras de cargas, nos casos de roubo das mercadorias transportadas. A responsabilidade somente pode ser atribuída à ECT ou às transportadoras de cargas se estas não adotaram as cautelas razoavelmente necessárias para a atividade desenvolvida (STJ – REsp 976.564);

d) exclusão da responsabilidade da companhia de ônibus em caso de assalto à mão armada, por ser inteiramente estranho à atividade desenvolvida pela transportadora (STJ – REsp 435.865; julgados do STJ, anteriores ao REsp 435.865, apontando ser caso de fortuito interno – REsp 232.649; REsp 494.515);

e) exclusão da responsabilidade da companhia de ônibus por fato de terceiro em vista do arremesso de objeto, de fora para dentro do veículo, a causar danos ao passageiro, uma vez que o citado arremesso não guarda conexão com a atividade normal do transportador (STJ – REsp 231.137).

Após a ilustração com os exemplos acima, cabe delinear a derradeira discussão sobre a exclusão total do dever de reparar por fato de terceiro. Existe corrente a afirmar que o fato de terceiro não elimina o nexo causal de pronto, já que o agente causador do dano seria um instrumento físico do terceiro, que seria demandado pelo causador do dano, como ocorre nos casos de estado de necessidade, de dano nuclear, de responsabilidade em uma relação de consumo, por vedação à denunciação da lide (CDC, art. 88), e na responsabilização valorada pelo critério objetivo do Estado ante o administrado (SENISE LISBOA, 2006, p. 312-313). Esse entendimento parece equivocado, em razão do indicado nos arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, III, do CDC, que admitem o fato de terceiro como excludente do dever de reparar, salvo nas hipóteses de risco integral, de critério objetivo agravado e naquelas em que o fato de terceiro não exclui totalmente o nexo causal, mas concorre para a produção do dano.

Por isso, doravante, tratar-se-á dos casos em que o fato de terceiro não exclui totalmente o nexo causal. A concorrência do lesante com o terceiro não exclui totalmente a responsabilidade do lesante (STJ – REsp 654.130; AgRg no REsp 1.121.466; Enunciado 187 do STF), como na hipótese de responsabilidade de acidentes de trânsito causados por animais na pista, em que há concorrência de causas e de responsabilidades entre a concessionária de serviço público e o dono do animal (STJ – REsp 647.610).

Pode haver, na hipótese de concorrência entre a conduta do lesante e o fato de terceiro, a responsabilização solidária (CC, art. 942, *caput*, segunda parte e parágrafo único, e CDC, art. 7º, parágrafo único), devendo ser aferido em que hipótese de concausalidade o caso concreto se enquadra, porquanto pode existir responsabilidade divisível pela cota de participação de cada responsável, como delineado por Aguiar Dias:

(...) torna-se indispensável distinguir os casos em que há, ou não, presunção de responsabilidade contra o devedor. Se não se invoca nenhuma presunção de responsabilidade, é preciso saber: a) se o dano se deve a uma só causa. Neste caso, o fato exclusivo de terceiro não pode deixar de exonerar. Falta de todo em todo o laço de causalidade entre a atividade do agente e o dano. Desnecessário se considera dizer que, se o fato se deve

exclusivamente a fato de o agente, nem se pode cogitar de fato de terceiro, que porventura tenha intervindo, ainda que culposamente, nos acontecimentos; b) ou tem mais de uma causa, o que constitui, aliás, o caso mais frequente. Esta hipótese ainda pode ser desdobrada: ou se trata de contrato, em relação a ambos os devedores, e neste campo a solidariedade não se presume, pelo que cada um responde pela sua cota viril e só por ela, o que quer dizer que a intervenção do terceiro exonera apenas em parte o agente, em face da vítima, que é obrigada a dirigir a ação contra ambos; ou se trata de devedores não contratuais, e neste caso cada um é obrigado pelo todo (Código Civil de 2002, art. 942), o que resulta em responsabilidade integral do agente, isto é, inocuidade do fato de terceiro em relação à responsabilidade daquele que a vítima escolhe para pedir a reparação, se bem que, entre os autores da ofensa, se reconheça o direito de regresso (AGUIAR DIAS, 2102, p. 784-785).

Além disso, existem casos em que há a presunção de responsabilidade, com o fato de terceiro excluindo a responsabilização em duas das situações e mantendo-a em uma hipótese: a) presunção de responsabilidade contra o devedor, como nos casos dos arts. 932, 937 e 938 do CC, bem como a responsabilidade do guardião de bens, em que, se provado o fato de terceiro como causa do dano, a responsabilidade do agente será afastada; b) presunção de responsabilidade de terceiro, como na hipótese de o viajante ser vítima de uma agressão, na qual aciona o lesante e não o transportador, ou no caso da vítima de acidente de trânsito que demanda o causador do dano e não o dono do automóvel, na qualidade de guardião do veículo. Nessas hipóteses, o terceiro responde pelo evento danoso, sendo afastada a responsabilidade do agente presumivelmente responsável; c) presunção de responsabilidade do agente e de terceiro, como no caso de colisão de veículos, na qual a vítima pode demandar contra o terceiro ou em relação ao agente, com o fato de terceiro não influenciando em nada a situação da vítima para fins de exclusão da responsabilidade do agente. Os danos serão repartidos de acordo com a participação de cada agente ou de forma solidária, a depender de como o evento danoso será enquadrado no âmbito das concausalidades (em sentido parecido, ver AGUIAR DIAS, 2012, p. 785-787).

O fato de terceiro também não exclui o nexa causal e a responsabilidade dos agentes nas hipóteses de poluição ambiental, como no derramamento de nafta em decorrência da avaria no navio que transportava o produto em Paranaguá, município do Estado do Paraná. O fato de terceiro foi afastado diante da teoria do risco integral e pelo princípio do poluidor pagador em casos de dano ambiental (CF/88, art. 225, § 3º e Lei n.º 6.938/81, art. 14, § 1º) (STJ – REsp 1.114.398). O fato de terceiro também não exclui a responsabilidade da instituição financeira pela utilização indevida por terceiro de talonário de cheques extraviosados da aludida instituição financeira, haja vista que se configura o fato do serviço (STJ – REsp 1.087.487).

Caso interessante foi julgado pelo STJ, que manteve a responsabilidade da companhia de ônibus pelo fato de terceiro em um acidente de trânsito no qual o motorista do caminhão (terceiro) jogou o veículo debaixo de um ônibus, o que acarretou o atropelamento de pedestres por parte do coletivo. O atropelamento e o acidente vinculam-se ao risco da companhia de ônibus, preservado o direito de regresso. Desse modo, o fato de terceiro que exonera a responsabilidade é aquele que com o transporte não guarde conexão. Se o acidente se deu enquanto trafegava o ônibus, provocado por outros veículos, não se pode dizer que ocorreu fato de terceiro estranho ou sem conexão com o contrato de transporte (STJ – REsp 469.867).

O STJ decidiu um caso de morte ocorrida na chamada *micareta*, evento de música baiana que ocorre em várias cidades do Brasil, tendo inserido o evento morte no âmbito do risco-proveito do serviço de lazer prestado, a abduzir o fato de terceiro como meio excludente do dever de reparar. Isso porque nas “micaretas, o principal serviço que faz o associado optar pelo bloco é o de segurança, que, uma vez não oferecido da maneira esperada, como ocorreu na hipótese dos autos, em que não foi impedido o ingresso de pessoa portando arma de fogo no interior do bloco, apresenta-se inequivocamente defeituoso” (STJ – REsp 878.265).

Por fim, a influência do fato de terceiro também deve ser verificada em duas situações não debatidas, em regra, na literatura jurídica e na jurisprudência acerca da possível influência do referido instituto: a) teoria do terceiro cúmplice; b) transpersonalização das obrigações.

A teoria do terceiro cúmplice tem por condão tratar da influência ilícita de um terceiro, não formalmente contratante, em uma relação contratual, por meio da indução ao inadimplemento ou ao adimplemento defeituoso, a dilatar a eficácia do negócio para além das partes formalmente contratantes (Rodrigues Júnior, 2004, p. 94-98; STJ – REsp 468.062). Um exemplo de grande repercussão no direito brasileiro envolveu o sambista Zeca Pagodinho, contratado para fazer campanha publicitária para Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A (denominada de Nova Schin), e a Ambev (Companhia de Bebidas das Américas), que aliciou o sambista para inadimplir o contrato com a Nova Schin e lhe prestar serviços (CC, art. 608) (ver, sobre o tema, Pinheiro; Glitz, 2007, v. 2, p. 323-344). Pode-se enquadrar este caso na teoria do terceiro cúmplice e condenar a Ambev e o sambista a repararem os danos sofridos pela Nova Schin, em razão de a Ambev ter contribuído para o citado inadimplemento contratual. A Ambev é considerada terceira ao contrato, mas também responde pelo inadimplemento, já que, no caso, o fato de terceiro concorre para a produção do dano.

O caso acima relatado aponta para outra configuração jurídica possível, que enquadra a Ambev não como terceira, senão como parte material da relação contratual entre o sambista e a Nova Schin, haja vista que a Ambev interfere subjetivamente em uma relação jurídica, a superar a ideia do sujeito formal. Quem influencia o outro em uma relação contratual e não se encontra formalmente no contrato é considerado contratante também (CC, arts. 112, 113, 421 e 422) e responderá material e processualmente como parte (CPC/73, arts. 46-49 e 472), como se infere do parágrafo 311 (3) c/c com o § 241 (2) do BGB. Esse instituto pode ser denominado de transpersonalização das obrigações (Fachin, 2008, p. 459; Fachin; Brekailo, 2009), expressão cunhada por WANDERLEI DE PAULA BARRETO (2005). A transpersonalização das obrigações, portanto, transforma o formalmente terceiro em parte da relação jurídica, a ressignificar a teoria do terceiro cúmplice e a tornar dispensável o instituto do fato de terceiro no presente caso.

Fato da vítima

Realizado o estudo acerca do fato de terceiro, inicia-se em seguida a análise do *fato da vítima ou fato do prejudicado*, presente no *Digesto* 50, 17, 203: *quod quis ex culpa sua damnun sentit, non intelligitur damnun sentire* – “quando alguém experimenta dano, por culpa sua, não se entende que sofra dano” (PAULA,

2011, p. 140), sendo certo que o fato da vítima, contemporaneamente, não se restringe às hipóteses de culpa (REPRESAS; MESA, 2004, t. 1, p. 876-879).

Nessa linha, o fato da vítima pode repelir integralmente o dever de reparar (CDC, arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, II, CC argentino, art. 1.111, Decreto n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, art. 17) ou concorrer para a produção do dano, a ensejar a responsabilização concorrente da vítima e do lesante, por exemplo, no polêmico caso de responsabilidade da indústria do tabaco e do fumante ativo (ver TARTUCE, 2011, p. 337-369; BARBOSA; ANDREIS, 2012; AGUIAR JÚNIOR, 2012). A responsabilidade da vítima permite que ela não tenha uma postura indiferente ao dano, devendo se prevenir e se precaver de situações danosas. Existem, contudo, casos como o de dano ambiental, em que a exclusividade e a concorrência do fato da vítima não incidem, tendo em vista as especificidades dos danos ambientais que vitimizam uma coletividade (PAULA, 2011, p. 143).

O segundo ponto a ser delineado acerca do fato da vítima refere-se ao dever desta vítima de mitigar o próprio prejuízo, mesmo quando ela não contribui para o evento danoso. A vítima também não deve agravar o dano, senão minorá-lo na medida do possível (VARELA, 2005, v. 1, p. 917; sobre o assunto, ver FRADERA, 2004; KULESZA, 2015), podendo-se lastrear este dever de mitigação na boa-fé e em outros princípios jurídicos como a função socioambiental do contrato, da posse e da propriedade. Nesse passo, a mitigação do próprio prejuízo atinge o *quantum* reparatório relacionado ao dano e não a concausalidade do fato da vítima com outro fato danoso.

Além disso, como afirmado em relação ao fato de terceiro, o fato da vítima abarca as hipóteses de critério de valoração da responsabilidade subjetivo, objetivo (AGUIAR DIAS, 2012, p. 797-798; TJPR – Apelação Cível 0640090-8. 10ª Câmara Cível. Rel. Juiz Convocado. Albino Jacomel Gueiros. DJPR 16.4.2010) e pelo sacrifício, não podendo o instituto ser denominado de culpa da vítima. Outro tema relevante é o da aplicação do fato da vítima por conta de condutas lesivas dos absolutamente e dos relativamente incapazes, que podem ser consideradas excludentes do dever de reparar, pois o problema não é de imputação, mas de ausência do dever de reparar por fato exclusivo da vítima, a tornar indiferente a questão da capacidade do agente (SAMPAIO DA CRUZ, 2005, p. 169-171).

Questão controversa relaciona-se à desnecessidade de o fato exclusivo da vítima ser imprevisível e inevitável, porque o que importa é saber se a conduta foi exclusiva para afastar o dever reparatório, não obstante exista entendimento pela imprescindibilidade de tais fatores para a caracterização do fato da vítima (MULHOLLAND, 2009, p. 126; TJRS – Apelação Cível 70003182318. 10ª Câmara Cível. Rel.ª Des.ª Liz Ary Vessini de Lima. J. 31.10.2002; REPRESAS; MESA, 2004, t. 1, p. 876-881).

Releva, destarte, examinar como julgados de tribunais brasileiros têm tratado o fato da vítima, a partir de alguns exemplos:

a) há fato exclusivo da vítima, na modalidade culposa, em caso de menor não sócio do clube que o invadiu de forma clandestina para nadar em piscina em construção, fora do horário de funcionamento, bem como pela culpa concorrente dos pais por tal fato, a eliminar a reparação pretendida do clube (TJSP –

Apelação Cível 107798-4. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Carlos Stroppa. J. 7.11.2000);

b) há fato exclusivo da vítima, na modalidade culposa, no caso do adolescente que tem um comportamento agressivo na escola, a gerar danos ao próprio adolescente (TJSP – Apelação Cível 159.546-4/1-00. 4ª Câmara de Direito Privado. Rel.^a Des.^a Márcia Tessitore. J. 24.6.2005);

c) há fato exclusivo da vítima, na modalidade culposa, em hipótese de um frequentador de parque público de Jundiaí que acabou falecendo ao exercitar-se nas suas dependências de modo inadequado. A pessoa tentou fazer exercícios de *barra* na trave do campo de futebol, que não suportou o peso da vítima, desabando sobre esta e acarretando o seu falecimento (TJSP – Apelação Cível 086.318-5. 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Corrêa Viana. J. 10.10.2000);

d) há fato exclusivo da vítima nos casos de desrespeito por parte da vítima em relação ao tratamento delimitado pelo médico, como na hipótese de uso de tabaco pela paciente que realizou uma cirurgia plástica estética e não deveria utilizar tal substância, o que lhe causou danos não imputáveis ao profissional da medicina (TJRS – Apelação Cível 70036200970. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Rolim Stockerm. DJERS de 9.6.2010);

e) há fato exclusivo da vítima na hipótese de o frequentador de casa noturna que causa tumulto no recinto e é agredido pelos seguranças do local, estes em legítima defesa, a afastar a responsabilidade reparatória por parte da casa noturna (TJMG – Apelação Cível 4997061-38.2009.8.13.0024. 17ª Câmara Cível. Rel. Des. Luciano Pinto. DJEMG de 1.2.2011);

f) há fato exclusivo da vítima que teve o cartão magnético do banco furtado em sua residência, com terceiro utilizando o objeto para saques, o que ensejou a irresponsabilização do banco por ausência de fato ou de vício do serviço (TJSP – Apelação 99010263689-5. 21ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Itamar Gaino. DJESP de 7.12.2010);

g) existe fato exclusivo da vítima que instala equipamento em sua residência em desacordo com a legislação vigente, a causar refluxo no esgoto e danificação de móveis e de utensílios domésticos, a expurgar o dever reparatório por aquele que vendeu o equipamento para a vítima (TJSP – Apelação 992.05.060362-1. 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Walter Zeni. DJESP de 31.3.2010);

h) há fato exclusivo da vítima que frauda serviço público de energia elétrica com instalações clandestinas e sofre danos por conta de tal instalação, cujo ônus de comprovação da prova acerca do referido evento cabe à prestadora de serviço (TJBA – Recurso Cível 0004662-71.2008.805.0079-1. 3ª Turma Recursal. Rel. Juiz Baltazar Miranda Saraiva. DJBA de 28.10.2010);

i) há fato exclusivo da vítima que sofre restrição creditícia por dívida inadimplida e tem o seu nome ou a sua denominação social inserida em órgão de proteção ao crédito, a rechaçar qualquer tipo de reparação por parte de quem pediu a referida inscrição e de quem procedeu à restrição, tendo em vista ser um exercício regular do direito do credor e do órgão que procede à inscrição;

j) configura-se fato exclusivo da vítima a conduta de policial civil do Estado de São Paulo que fa-

leceu em decorrência de disparo de arma no transporte de presos, haja vista que a vítima não tomou os cuidados prévios necessários à referida atividade (STJ – REsp 1.269.892);

k) caracteriza-se o fato exclusivo da vítima que sofre estelionato em agência bancária e entrega quantia, que seria depositada em conta-corrente, ao terceiro (estelionatário), que se passava por gerente da agência, o que motivou a exclusão do dever de reparar por parte do Banco (STJ – REsp 1.272.713);

l) há fato exclusivo da vítima nos casos de “surfista” de trem, em que o passageiro viaja no teto do transporte ferroviário, ou seja, a “pessoa que se arrisca em cima de uma composição ferroviária, praticando o denominado ‘surf ferroviário’, assume as consequências de seus atos, não se podendo exigir da companhia ferroviária efetiva fiscalização, o que seria até impraticável” (STJ – REsp 160.051; 1º TACSP – Processo 1020040-1. Origem: SP. 12ª Câmara. Rel. Matheus Fontes. Jul. 27.11.2011);

m) Bruno Miragem aduz:

O mesmo se diga de uma criança que, estando a brincar com bola, a arremessa em terreno alheio e ingressa no imóvel para resgatá-la, sem o consentimento ou o conhecimento do dono, vindo a ser atacada por cão feroz que lá se encontra, de propriedade ou na posse do dono do imóvel. Nesse caso, igualmente, estando o cão no interior do terreno, apenas porque a criança nele ingressou é que houve a possibilidade de causar o dano (Miragem, 2015, p. 242).

n) Felipe Braga Netto, Cristiano Chaves e Néelson Rosendal trazem outros exemplos:

Supondo que uma pessoa queira cometer suicídio, deita-se em uma curva de uma via escura, em plena madrugada. Se houver o atropelamento, o condutor do veículo exerceu a função de uma arma ou faca, um utensílio para o desfecho trágico. Quer dizer, exclui-se a obrigação de indenizar por ausência de liame causal entre o comportamento do agente virtual e o dano. O fato era inevitável para o condutor do veículo, pois transcorreu imediatamente do planejamento da vítima. Da mesma maneira que uma pessoa não é obrigada a prever os acontecimentos da natureza, inexistente possibilidade prévia de se imunizar dos fatos da vítima.

Nessa mesma linha, exemplifiquemos com a estória de alguém que se converta em dependente químico de bebida alcoólica e, depois de longo tempo de consumo, venha a desenvolver certa patologia que lhe remete ao óbito. Caso a sua família processe a fornecedora do produto, haveria responsabilidade civil? A nosso juízo, cabe ao agente se eximir da responsabilidade sob o pálio do fato exclusivo da vítima, tendo em consideração a livre escolha do consumidor de ingerir produto de fabricação lícita, conscientemente sabedor dos riscos inerentes a sua composição. A atuação da vítima neutraliza o comportamento do agente (Farias; Braga Netto; Rosendal, 2015, p. 477 – STJ – REsp 1.261.943)

No caso do pingente (pessoa que viaja com parte do corpo projetado para fora do veículo), todavia, o STJ adotou a tese do fato concorrente da vítima (STJ – REsp 226.348). O exemplo do pingente, independentemente de se concordar com a conclusão do julgado, traz à tona a concausalidade existente entre o fato da vítima e outra causa contributiva para a ocorrência do evento danoso. Existem outros casos, como o da responsabilidade da estrada de ferro, em que os seus gestores responderão pelos desastres ocorridos nas linhas férreas em que detêm responsabilidade de gestão. Neste caso, o art. 17 do Decreto n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, aponta ser hipótese de culpa presumida, só se admitindo em contrário se presente alguma das seguintes provas: 1ª – Caso fortuito ou de força maior; 2ª – Culpa do viajante, não concorrendo

culpa da estrada. A segunda assertiva não possibilita a atenuação de responsabilidade do lesante por concorrência de fato da vítima.

A responsabilidade por acidentes de consumo também possibilita intensa discussão acerca da atenuação da responsabilidade do fornecedor por concorrência com o fato da vítima, havendo dissenso na literatura jurídica (ver Sampaio da Cruz, 2005, p. 174-176). Não obstante isso, como analisado no caso do pingente, tem-se admitido a atenuação da responsabilidade do fornecedor, como expresso no art. 8º da Diretiva n.º 374/85 da comunidade europeia. Saliente-se que não se concorda que em contrato de transportes de pessoas possa haver atenuações da responsabilidade, por se tratar de critério objetivo agravado; porém, partindo-se da premissa de que é possível haver excludentes e atenuações de responsabilidade no contrato de transporte de pessoas, a concorrência de causalidade parece fazer sentido para fins de mitigação da responsabilidade do fornecedor (STJ – REsp 1.349.894).

Diante das situações narradas e do disposto nos arts. 944, parágrafo único, e 945 do CC, o fato da vítima concorrente também se aplica para as hipóteses de critério subjetivo e objetivo de valoração da responsabilidade (Enunciados 46, 380 e 459/CJF), a minorar o *quantum debeatur*, como se infere, por exemplo, do art. 738, parágrafo único, do CC e de julgados do STJ (AG 852.683; REsp 712.591; REsp 1.210.064).

A corresponsabilidade da vítima também é tratada no § 1.313 do projeto austríaco de responsabilidade civil:

§ 1.313. (1) Se o lesado tiver também contribuído para o dano ou omitido a respectiva redução, o dano será repartido em correspondência com os fundamentos de imputação de ambos os lados, em especial a gravidade da culpa e a grandeza da periculosidade. No caso de morte, tem-se em conta a corresponsabilidade do falecido.

(2) Mesmo que não exista nenhuma relação especial, é de imputar ao lesado a conduta defeituosa das pessoas a quem ele confiou os bens danificados. Isto não vale para o representante legal bem como para as pessoas a quem tenha sido confiada a execução autônoma de uma atividade.

(3) Se os fundamentos da imputação pesarem fortemente mais para um lado, o dano não será repartido. A este propósito deve igualmente ser considerado se sobre o lesante impendia precisamente o dever de impedir o dano verificado (SINDE MONTEIRO, 2011, p. 168-169).

Essa minoração do valor reparatório é demonstrada em diversos casos, a saber:

a) configura-se fato concorrente da vítima que, hospedada em hotel fazenda, mediante pacote turístico contratado com uma agência de viagens, utilizou, de forma indevida, o escorregador da piscina do hotel, vindo a bater a cabeça no piso da piscina, o que lhe ocasionou tetraplegia. Não havia nenhuma sinalização no local acerca da profundidade da piscina, bem como qualquer aviso que o local não podia ser utilizado naquele momento. A agência de viagens também foi condenada com a vítima e com o hotel fazenda por ter escolhido mal o citado hotel, respondendo pela segurança do serviço prestado. A verba condenatória foi reduzida à metade por conta do fato concorrente da vítima (STJ – REsp 287.849);

b) há fato concorrente da vítima no caso de vazamento de substância tóxica de navio (nafta petroquímica), tendo a Petrobrás contratado mergulhador profissional para inspecionar subaquaticamente o local, todavia, não o alertou sobre o perigo inerente da nafta, o que deu azo à intoxicação do mergulhador.

Esta intoxicação também foi gerada pelo descumprimento da normativa de segurança para tal atividade pelo profissional, a manter a concorrência causal no caso concreto (STJ – REsp 1.325.336).

Ressalte-se que as situações de fato exclusivo ou concorrente da vítima sancionam o próprio lesado, a possibilitar a prevenção de condutas autorresponsáveis ou de autodano (Proença, 1997, p. 62), e trazem à baila discussões sobre suicídio, automutilações, utilização de produtos tóxicos, negativa de receber transfusão de sangue, como nos casos de testemunha de Jeová, entre outras situações. A Corte Suprema argentina entendeu que essas condutas são um exercício de liberdade de cada um, a escapar do Estado a possibilidade de impor aos cidadãos como devem conduzir as suas vidas (ITURRASPE, 1999, p. 77).

Na Itália, o Tribunal de Milão julgou o seguinte caso: em dezembro de 1981, o Senhor Bianco, militar, ao saltar do seu automóvel, foi atropelado pelo veículo conduzido pelo Senhor Catalano, o que gerou um esmagamento da perna esquerda da vítima. Esta urrava de dor e, caída no chão, ameaça alguém. Diante dessas ameaças, o Senhor Catalano se afasta da vítima, que pega a sua pistola, dispara contra a própria têmpora e se suicida. O referido Tribunal decide condenar o Senhor Catalano sob o argumento de que o suicídio teria nexa causal com o atropelamento, já que a vítima detinha uma condição predisposta a reagir violentamente em situações traumatizantes, o que ficou comprovado no processo por prova pericial. Diante disso, o Senhor Catalano foi condenado, pois a sua conduta foi uma concausa para o suicídio, o que gerou recurso para a Corte de Cassação, que reformou a decisão indicando que o suicídio interrompeu o nexa causal com o acidente provocado pelo Senhor Catalano, a fortalecer a ideia de irresponsabilidade pelo autodano (MULHOLLAND, 2009, p. 127-128).

Existe entendimento do STJ de que o suicídio de preso em cela penitenciária viabiliza a reparação da família da vítima contra o Estado, e que, em tais hipóteses, “não é necessário perquirir eventual culpa/omissão da Administração Pública. Na verdade, a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado”, tendo ficado comprovado que o suicídio ocorreu dentro do estabelecimento prisional (STJ – REsp 1.305.259). Há também condenação da seguradora ao pagamento dos valores devidos pelo seguro de vida em caso de suicídio não premeditado, sendo equiparado aos acidentes pessoais, com o dever de cumprimento do contrato de seguro sendo repelido caso se comprove que o suicídio foi premeditado (STJ – AG 1.323.683).

Como se percebe, o fato da vítima ou do prejudicado demanda uma miríade de questões, tendo por intuito saber se a vítima que produz um dano a si própria por atos de altruísmo ou de abnegação, como aqueles postos no art. 188 do CC, tem direito a alguma reparação. A conduta de abnegação pode estar lastreada nos bons costumes, na solidariedade social, entre outros motivos, para obter a reparação, ou seja, aquele que pratica um ato, sem nenhuma obrigação jurídica de fazê-lo, e aceita deliberadamente se sacrificar para prestar auxílio a outrem, deve receber uma reparação do lesante, salvo no que exceder o exercício altruísta (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 886-894). A pessoa que para salvar a outra em um incêndio, em vez de destruir somente a porta que impede a saída da vítima, destrói o andar inteiro do prédio, caracteriza um excesso, havendo a possibilidade de que responda pelo dano excedente.

Destaca-se, por fim, que não se pode confundir causa e culpa nas hipóteses de fato de terceiro e de fato da vítima, como fez o STJ neste último caso: “Há responsabilidade objetiva do banco, que paga cheques assinados apenas por gerente, quando exigível dupla assinatura, também assinatura de um Diretor. Aplicação do art. 24 do CDC. 2. A Responsabilidade concorrente é admissível, ainda que no caso de responsabilidade objetiva do fornecedor ou prestador, quando há responsabilidade subjetiva patente e irrecusável também do consumidor, não se exigindo, no caso, a exclusividade da culpa” (STJ – REsp 1.349.894). Densificados os casos de fato de terceiro e de fato da vítima, hipóteses de inexistência de nexos causais, quando exclusivos para a ocorrência do dano e concorrente na situação em que há concausalidades, no próximo tópico aborda-se a densificação do caso fortuito ou de força maior, hipótese de interrupção do nexo causal (sobre as teorias acerca do sentido de nexo causal – Frota, 2014).

Caso fortuito ou de força maior

Os significantes *caso fortuito* (*casus*) e força maior (*vis maior*), aptos a interromper total ou parcialmente o nexo causal e excluir ou minorar o dever de reparar, configuram-se como fatos posteriores à gênese da relação jurídica que produzem efeitos e alteram o conteúdo das dívidas e das obrigações ou que possibilitam a extinção de ambas. Saliente-se que a legislação atribui aos mencionados significantes iguais consequências, ao menos nas hipóteses de valoração subjetiva da responsabilidade (Miragem, 2015, p. 247), (CC, art. 393, parágrafo único; CC argentino, art. 1.570), salvo o art. 256 do Código Brasileiro de Aeronáutica, que indica a responsabilidade do avião pelo caso fortuito, mas não pela força maior. Os referidos institutos, se considerados exclusivos para a ocorrência do evento danoso, afastam a responsabilidade do agente, de acordo com os arts. 234, 235, 238, 607, 642, 650, 696, 734 e 936 do CC; art. 1º do Decreto n.º 2.681/1912, com a literatura jurídica (ver, por todos, Noronha, 2010, p. 659-662) e com julgados (ver, por todos, STJ – REsp 135.542).

Não obstante isso, textos romanos procuravam diferenciá-los a partir dos termos *imprevisibilidade*, para os efeitos do caso fortuito, e *inevitamento*, para as consequências da força maior (Digesto, 44, 7, 1, 4) (Pontes de Miranda, 2012, t. 23, p. 157-158; Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 833-835), assim como inúmeras teorias foram construídas com idêntico intuito (ver Barros Monteiro, 1999, p. 339).

Parcela da literatura jurídica e de julgados atuais, na linha distintiva dos termos, atribui ao *caso fortuito* os efeitos totalmente imprevisíveis de um evento humano ou natural e à *força maior* os efeitos, previsíveis (ou não), porém inevitáveis ou irresistíveis, derivados de um evento danoso (ver, por todos, Tartuce, 2016, v.2, item 8.4; STJ – REsp 258.707).

Outra corrente aponta o caso fortuito para os efeitos advindos de eventos naturais e a força maior para as consequências nascidas de eventos humanos (REPRESAS; MESA, 2004, t. 1, p. 833).

Uma terceira linha de pensamento não diferencia os significantes, denominando-os de caso fortuito ou de força maior em sentido estrito, a englobar as consequências advindas de eventos naturais e humanos, com o fato do príncipe, a ser considerado para imputação de responsabilidade pelo dano ao Estado, sendo

necessária a presença cumulativa de três elementos para a configuração do instituto: imprevisibilidade, irresistibilidade e externidade, bem como que o caso fortuito ou de força maior seja causa exclusiva do fato danoso. O caso fortuito e a força maior não excluiriam a causalidade nos casos de exceções legais, de critério objetivo agravado de valoração de responsabilidade e de concorrência com outros fatos danosos ensejadores do dano (Noronha, 2010, p. 650-651 e 659-662).

Essas controvérsias acerca do sentido dos termos não impediram que, ante a similitude de efeitos das categorias jurídicas, julgados brasileiros estabelecessem o critério da *inevitabilidade* das consequências como parâmetro para ambos os significantes, independentemente de o fato ser previsível (ou não) (Pereira, 2012, p. 399; Alvim, 1995, p. 335; STJ – REsp 135.542). Antes, porém, de se analisar se o critério da inevitabilidade é adequado para aferir a ocorrência do caso fortuito ou de força maior, deve-se verificar o meio como se pesquisa o caso fortuito ou de força maior, a partir dos constructos teóricos expostos pelas teorias *subjetiva* e *objetiva*, uma vez que este exame trará subsídios para a configuração dos elementos indispensáveis à caracterização das categorias caso fortuito ou força maior.

A concepção *subjetiva* se vale da situação pessoal ou subjetiva do agente responsável, com o exame da existência (ou não) do comportamento com culpa do responsável no evento danoso. Noutros termos, o agente não justifica o inadimplemento por eventuais casos fortuitos, já que além de uma diligência mediana, parametrizada pelo comportamento do “homem médio”, acresce-se uma diligência especial. Desse modo, somente o caso fortuito ou a força maior entendidos como acontecimento inevitável mesmo para aquele que age com a máxima diligência teriam o condão de liberar o lesante do dever de reparar, desde que não agisse com culpa e o caso perquirido não se enquadrasse nas hipóteses de responsabilização por força maior (Medeiros Fonseca, 1958, p. 52).

A acepção *objetiva*, acolhida pelo art. 393, parágrafo único, do CC, foi desenvolvida pelo jurista austríaco Adolf Exner, que pesquisa a incidência da força maior, exonerativa do dever de reparar, a rechaçar qualquer verificação subjetiva do comportamento do responsável, pouco importando se o lesante envidou esforços para evitar as consequências, se agiu com culpa ou se o fato era inevitável (ver a discussão em Pontes de Miranda, 2012, t. 23, p. 166-168; Noronha, 2010, p. 664; Viney; Jourdain, 1998, p. 217-218; Paula, 2011, p. 132, Aguiar Dias, 2012, p. 791), como se conclui da reflexão de ARNOLDO MEDEIROS:

Procura EXNER salientar o caráter igualmente objetivo do requisito quantitativo que exige, o qual não deve, em sua opinião, envolver nenhuma apreciação da existência ou inexistência de culpa, nem mesmo a questão de saber se o acidente era inevitável, limitando-se o juiz “pelas aparências exteriores do caso, sem o exame aprofundado de suas peculiaridades”, a verificar se aquele apresenta, ou não, um caráter de intensidade que ultrapasse manifestamente o que se devia prever no curso ordinário da vida (Medeiros Fonseca, 1958, p. 89-90).

Nesse diapasão, não se pode confundir, novamente, causalidade com culpabilidade, como se extrai dos arts. 234, 238, 240, 250, 254 do CC, que tratam da culpabilidade, quando, a rigor, as hipóteses são de caso fortuito e de força maior, sem que isso enseje o acolhimento pelo Código Civil brasileiro da teoria subjetiva (Pontes de Miranda, 2012, t. 23, p. 167; Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 839-840). A culpabilidade, o dolo, o risco, a garantia, a equidade e o sacrifício são relacionados ao nexa de imputação da responsabilidade, e o caso fortuito e a força maior, ao nexa de causalidade, como exemplifica FERNANDO NORONHA:

Quem intencional ou culposamente tiver agredido outrem (nexo de imputação) será responsável pelas lesões corporais causadas, e por todas aquelas que possam ser consideradas consequência adequada da lesão praticada (nexo de causalidade). Será responsável mesmo pela eventual morte do ofendido, se for devida a uma infecção hospitalar, caso esta tenha ocorrido apesar de o hospital adotar todos os cuidados medicamente recomendados. Neste caso, o agressor não poderá alegar que não pode ser culpado pela infecção, que esta é fato externo com relação a ele, que é mesmo fato normalmente imprevisível e que, ainda que fosse previsível, certamente seria sempre fato irresistível (8.2.4.c). Não pode isentar-se da obrigação de reparar o dano advindo da morte porque se é responsável pelo fato da agressão, responsável vai ser por todos os eventos danosos que sejam consequências adequadas dele. Aliás, observe-se que afirmar esta responsabilidade do agressor não significa que não possa ser também possível a responsabilização do próprio hospital, embora inexistindo fato culposo imputável a este, como pressuposto no exemplo de que tratamos; essa responsabilização é questão de que não se cuida aqui, embora se possa dizer que a solução dependerá da admissibilidade ou não de um risco hospitalar, que poderá justificar uma responsabilidade objetiva (8.4.2, anot.) – inclusive objetiva agravada, se for possível falar em risco inerente à própria atividade hospitalar (NORONHA, 2010, p. 663-664).

Por isso, prevalece no direito civil brasileiro a aceção objetiva, inclusive com idênticos efeitos para ambos os significantes, a teor do disposto no art. 393, parágrafo único, do CC e no art. 1.148 do CC dos franceses.

Destaca-se, contudo, que a teoria de EXNER utiliza a imprevisibilidade do evento inerente à atividade desenvolvida; assim, a explosão de uma caldeira em fábrica configura-se como caso fortuito. A força maior se circunscreveria aos eventos humanos ou naturais imprevisíveis e alheios à atividade desenvolvida do lesante, como as ordens estatais, as inundações, entre outras. A reflexão procedida por EXNER aponta para os seguintes elementos indispensáveis à configuração do caso fortuito e da força maior: a) externidade do fato em relação à atividade ou ao lesante ou um fato da natureza que se possa considerar como força maior; b) imprevisível e c) inevitável ao agente; d) notoriedade, ou seja, que o fato seja amplamente difundido, até por ser extraordinário (REPRESAS; MESA, 2004, t. 1, p. 835-837).

Críticas foram dirigidas à concepção de EXNER, uma vez que: a) mecaniza a responsabilidade, por não partir da culpa, mas do risco da atividade; b) a inevitabilidade e a externidade devem ser aferidas em cada caso, pois fatos exteriores podem ser condicionados pelo comportamento humano, sem que com isso se exonere a responsabilidade, sendo extraordinário somente aquilo que notoriamente pode ser assim classificado; c) pode o responsável alegar ausência de culpa (ver, por todos, REPRESAS; MESA, 2004, t. 1, p. 837-839).

Nessa linha, é possível densificar a discussão acerca dos elementos imprescindíveis à caracterização do caso fortuito e da força maior. A imprevisibilidade é o primeiro elemento indicado por parcela da literatura jurídica como indispensável à configuração do caso fortuito e da força maior (MULHOLLAND, 2009, p. 132).

Pode-se considerar que a imprevisibilidade é passível de ser um fator caracterizador do caso fortuito ou de força maior, entretanto, não em caráter de indispensabilidade, até porque, a rigor, os fatos não são imprevisíveis, mas improváveis, sendo previsível aquilo que for provável, e quase tudo o é. É possível

afirmar, segundo alguns, que o fato deve ser normalmente improvável, para fins de caracterização do caso fortuito e de força maior (Noronha, 2010, p. 652-654). Esse entendimento é rechaçado por parcela da literatura jurídica, para a qual são suficientes à caracterização do caso fortuito ou de força maior a inevitabilidade, a necessariedade e a externidade dos efeitos do evento danoso (ver VINEY; JOURDAIN, 1998, p. 235-236; BEVILÁQUA, 1979, v.1, p. 174; PONTES DE MIRANDA, 2012, v. 23, p. 160).

Dessa maneira, em um primeiro momento, afirma-se que o caso fortuito e de força maior são eventos danosos, naturais, estatais, sociais ou humanos, prováveis (ou não), que produzem efeitos inevitáveis ou impossíveis de ser impedidos, com o fortuito e a força maior tendo por núcleo comum a inevitabilidade das consequências, como se deduz dos arts. 234, 393, parágrafo único, 575, *caput* 636, 650, 667, § 1º, 862 e 868 do CC.

Nesse passo, a motivação para se admitir a responsabilidade pelo caso fortuito ou de força maior é a de que o risco deve ser imputado a alguém nas mencionadas hipóteses, com o ônus da prova, em regra, de comprovação do caso fortuito ou de força maior sendo atribuído a quem alega. Servem tais institutos à objeção material e processual, e não à exceção material e processual (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. 23, p. 159, 160, 164 e 179; STJ – REsp 402.886).

Ressalva-se que nem toda inevitabilidade se configura como caso fortuito ou de força maior, sendo necessário que ela tenha consequências contra o adimplemento de uma obrigação negocial ou a reparação de uma obrigação extranegocial. Essa inevitabilidade de efeitos deve ser estranha à atividade do agente, deixando-o impossibilitado de agir para impedir tal evento (NORONHA, 2010, p. 652-653). Configurada, portanto, a inevitabilidade para fins de caso fortuito ou de força maior, deve-se examinar como o inevitamento pode ser aferido: de forma abstrata ou concreta. Este exame remete o intérprete a responder à seguinte pergunta: a inevitabilidade é para todos os seres humanos normais, para um círculo social em que convive o lesante, para os profissionais da área do lesante ou para o lesante, individualmente?

Nesta tese prefere-se a análise da inevitabilidade concreta, conforme PONTES DE MIRANDA:

O acontecimento há de ser *cognoscível*, há de provir de atividade estranha àquela que é a do devedor, e a consequência de danos tem de ser considerada, ao mesmo tempo que se produzem, inevitáveis. A inevitabilidade somente pode ser em relação aos homens, no lugar e no tempo em que as consequências se hão de apresentar (PONTES DE MIRANDA, 2012, v. 23, p. 164; pela inevitabilidade abstrata, SAMPAIO DA CRUZ, 2005, p. 198).

A inevitabilidade concreta projeta a construção de pelo menos duas correntes de pensamento acerca da sua influência, para que se possa excluir o dever de reparar do agente. A primeira indica que se o inevitamento é consequência, previsível (ou não), da atividade encetada pelo agente ou conexa a este, enseja o caso fortuito, e não a exclusão da responsabilidade do agente. Se o inevitamento se enquadrar como uma consequência externa à atividade do agente ou a ele próprio, caracteriza-se a força maior e a exclusão da sua responsabilidade, tendo em vista a interrupção da causalidade. Essa distinção aponta a força maior como uma inevitável consequência externa à atividade do agente ou a ele próprio, e o caso fortuito como uma conexão à atividade do agente. Nessa senda, o caso fortuito excluiria a responsabilidade valorada pelo critério subjetivo e a força maior atingiria a responsabilidade para ambos os critérios (PAULA, 2011, p. 135-136).

Percebe-se que a externidade coliga-se ao inevitamento para a corrente anterior, o que gerou críticas, por exemplo, de Trimarchi. Este autor observa que nos casos de critério objetivo de valoração da responsabilidade o limitador não seria a inevitabilidade, mas a álea do risco criado e organizado pelo agente que o assumiu, podendo o lesante ser responsabilizado mesmo se o fato for inevitável, porém enquadrado na álea do risco criado pela atividade do agente. Desse modo, o dano pode ser inerente à atividade do agente, todavia, se não estiver englobado nos riscos da referida atividade, não haverá responsabilização pelo dano. O autor italiano traz a seguinte elucidação: uma determinada pessoa possui a titularidade proprietária de uma máquina elétrica e deve responder pelos danos oriundos da eletricidade do bem, como no caso de um curto-circuito. Se esta máquina, contudo, contiver uma cápsula radioativa e lesionar as pessoas a ela expostas, não haverá responsabilidade do agente, porque o risco da radioatividade não foi assumido por ele (TRIMARCHI, 1961, p. 204).

Destaca-se que as três correntes de pensamento retrocitadas são problemáticas, visto que desprestigiam o princípio da primazia da vítima. As duas primeiras correntes criam uma divisão que somente dificulta a apreensão do instituto, porque se pode falar de fortuito ou de força maior interna e externa. Além disso, procuram dividir caso fortuito e de força maior, assim como a incidência do caso fortuito para as hipóteses de responsabilização culposa ou dolosa e da força maior para ambos os critérios de valoração da responsabilidade. A externidade dos efeitos do fato danoso, provável (ou não) e não ligada à atividade ou à pessoa do ofensor, pode ser alocada como elemento configurador do caso fortuito e de força maior, como afirmado antes, a gerar a interrupção do nexo causal e a exclusão do dever de reparar, sem que seja necessário realizar nova divisão entre os institutos (em sentido próximo, Noronha, 2010, p. 664). A terceira corrente, apesar de ampliar a causalidade para os eventos com efeitos inevitáveis, ao mesmo tempo a exclui para os fatos não assumidos pelo risco criado pela atividade desenvolvida pelo agente, pondo em primazia o lesante, e não a vítima.

A discussão acima indica a possibilidade de se trabalhar com mais dois elementos, além da inevitabilidade concreta, para embasar o caso fortuito ou de força: a *necessidade* e a *externidade*.

A *necessidade* se caracteriza pela capacidade fática de o evento ocorrer sem o lesante haver contribuído para tal acontecimento (CC, art. 393, parágrafo único), sempre analisada essa necessidade de maneira concreta, até mesmo com a verificação integral do conteúdo objetivo da relação obrigacional e das partes que a compõem (MARTINS-COSTA, 2003, v. 5, t. 2, p. 199-200).

A *externidade* se apresenta como uma consequência autônoma e estranha à causalidade entre o evento danoso e o dano, bem como independente do ato, do fato ou da atividade imputável objetivamente ao responsável pela reparação, a caracterizar o fortuito ou a força maior externa (TARTUCE; NEVES, 2013, p. 193). É defensável que o elemento externidade se transformou na chave interpretativa para a construção de sentido do caso fortuito e da força maior, porquanto esses institutos incidem nas hipóteses de responsabilidade valorada pelos critérios subjetivo, objetivo e pelo sacrifício, e em qualquer espécie de relação jurídica, exceto aquela descrita pelo art. 256 do Código Brasileiro de Aeronáutica (somente o caso fortuito), de risco integral e nas hipóteses de responsabilidade valorada pelo critério objetivo agravado.

Nesse passo, a externidade foi utilizada por Josserand como meio de verificar e de diferenciar a ocorrência do caso fortuito (ex.: incêndio, explosão, entre outros) e de força maior (ex.: nevasca, tempestade, inundação, estado de guerra, invasão, motim, entre outros) (JOSSERAND, 1950, p. 340). Essa construção levou uma primeira corrente a compreender a externidade como constitutiva da ideia de fortuito ou força maior externo, o que para alguns é um instituto diverso do caso fortuito ou de força maior. Essa corrente defende que o caso fortuito e a força maior se restringiriam aos casos de responsabilidade valorada pela culpa, e o fortuito externo às situações de responsabilidade não culposa e de responsabilidade culposa (ver, sobre o tema, Paula, 2011, p. 143-144). Não se acolhe essa distinção justamente pelo fato de se poder trabalhar com as ideias de fortuito ou força maior interna e fortuito ou força maior externa (TARTUCE; NEVES, 2013, p. 193; TRF 2ª Região. Acórdão 2000.50.01.008713-4. 7ª Turma Especializada. Rel. Des. Federal. Reis Friede. DJU de 23.10.2007; STJ – REsp 976.564; AgRg no REsp 1.218.620; REsp 135.259; REsp 419.059), porém o entendimento supracitado serve para ratificar a relevância que a externidade ocupa na ambiência de conteúdo do caso fortuito ou de força maior.

Isso porque, se os efeitos do evento são externos (ou não) ao círculo de atividade em que a obrigação negocial ou extranegocial se desenvolve ou à própria conduta do agente, caracterizar-se-á a força maior e se afastará a responsabilidade do agente. Um exemplo disso pode ser extraído do evento danoso gerado pelo tornado que atingiu a cidade de Moore, ao sul de Oklahoma City, nos Estados Unidos, no mês de maio de 2013. Se se considerar que o tornado produz efeitos internos à atividade desenvolvida, configurar-se-á caso fortuito ou de força maior interna e não haverá a exclusão da responsabilidade do agente.

A aplicabilidade do fortuito ou força maior externo e interno em uma relação de consumo pode ser exemplificada por um julgado do TJRJ. Trata-se de demanda reparatória por danos extramateriais e materiais manejada por um consumidor em face da Aerolíneas Argentinas e da Travel Expert Viagens e Turismo Ltda. Esta ofereceu aos consumidores pacote de viagens que incluía passagem aérea (da referida companhia aérea), hospedagem, passeios turísticos e traslado para o contratante e para a sua família, da cidade do Rio de Janeiro para a cidade de Bariloche – Argentina, sendo indiscutível a relação de consumo travada entre as partes.

Ocorre que o autor da causa e a sua família não embarcaram no horário previsto, não tendo a companhia aérea e a agência de turismo prestado qualquer informação confiável a ele e a sua família, assim como não houve qualquer amparo ou ajuda pecuniária pelo tempo de espera. A agência de turismo, em contestação, alegou culpa exclusiva de terceiro, e a companhia aérea afirmou que os atrasos ocorreram por substituição não programada das aeronaves, em decorrência das constantes erupções do vulcão Chaitén na Patagônia, que geraram a propagação de cinzas obstativas à navegação aérea.

Além disso, a companhia aérea asseverou que a citada erupção provocou graves problemas e riscos nas turbinas dos aviões, o que comprometeria em muito a segurança dos voos, bem como que boa parte dos voos sofreu interferência de comunicação por conta da atuação de rádios piratas na área de Buenos Aires, prejudicando as operações aéreas naquele período. Dessa maneira, o ocorrido se enquadrava como caso fortuito. Aduziu também que os passageiros não ficaram desamparados, sendo providenciada alimentação, prestação das informações pertinentes e acomodação deles em outro voo.

A sentença julgou improcedente o pedido reparatório, com base na ideia de fortuito externo, “fato imprevisível e inevitável, estranho à organização do negócio”, ou seja, as cinzas do vulcão não guardam nenhuma ligação com a atividade das rés, por advir de fenômenos da natureza. Assim, “como é algo fora do risco normal da atividade exercida pela empresa aérea, a exonera do dever de indenizar”.

O TJRJ reformou parcialmente a sentença pelo fato de outras companhias aéreas terem alçado voo naquele mesmo dia, tanto que o autor teve de adquirir novas passagens aéreas de outra companhia. Isso gerou a condenação solidária das rés ao pagamento do valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), a título de danos morais, como também a adimplirem o montante relacionado à diferença que o autor pagou a mais pelas passagens aéreas, acrescido do equivalente a dois dias do valor do pacote adquirido, montante corrigido monetariamente da data do acórdão, e os juros de mora mensurados desde a citação processual. O julgado, no entanto, não enfrentou o argumento do fortuito externo (TJRJ – Apelação Cível 2009.00165413. 18ª Câmara Cível. Rel. Des. Jorge Luiz Habib. DJRJ de 10.11.2010).

Esse caso, por conseguinte, efetivou a distinção entre o fortuito ou a força maior interna e o fortuito ou a força maior externa, a introduzir o debate travado na literatura jurídica e nos julgados sobre a aplicabilidade (ou não) de caso fortuito ou de força maior na ambiência de atividades normalmente perigosas, como as abarcadas pelo art. 927, parágrafo único, do CC, e naquelas atividades, normalmente perigosas (ou não), corporificadas no CDC, como era o caso retratado acima.

A incidência dos institutos na relação de consumo apresenta-se da seguinte maneira: a) o rol de excludentes (CDC, arts. 12, § 3º, e 14, § 3º) é exaustivo e não trata da aplicabilidade do caso fortuito e de força maior para as relações de consumo; b) a distinção entre fortuito interno e externo serve para excluir a responsabilidade do fornecedor somente por fortuito externo, não tendo o CDC acolhido a teoria do risco integral; c) as citadas excludentes incidem nas relações de consumo (ver PAULA, 2011, p. 145-146; TARTUCE; NEVES, 2013, p. 189-192; STJ – REsp 996.833).

Acolhe-se, nesta tese, o entendimento de que as excludentes se aplicam às relações de consumo, como também de que nestas pode incidir a teoria do risco integral, a fim que as liberdades de fornecedores e de consumidores possam ser exercidas de maneira ética e responsável. O caso fortuito e de força maior pode ser aplicado nas relações travadas com base no art. 927, parágrafo único, do CC, pois, caso contrário, poder-se-á instalar uma situação de injustiça para quem realiza atividades e para aqueles que sofrem os influxos desta. Um exemplo disso é o caso de doença improvável (ex.: síncope) que acomete uma pessoa, levando-a a cometer um acidente de trânsito, a possibilitar a responsabilidade desta. Outra conclusão se retira na hipótese de obrigação personalíssima negocial, cuja doença improvável pode exonerar o obrigado de cumprir o acordado (NORONHA, 2010, p. 658).

Ultrapassado o debate acerca da aplicação dos institutos às mencionadas relações jurídicas, centra-se a discussão nas hipóteses enquadradas como de caso fortuito ou de força maior interna e como de caso fortuito ou de força maior externa. Principia-se a análise densificando o sentido de fortuito ou a força maior interna, situação que não pode ser considerada excludente da causalidade e do dever de reparar, já que os efeitos dos eventos danosos são intrínsecos ou inerentes ao risco da mencionada atividade do lesan-

te, mesmo que seja inevitável e que não esteja diretamente ligado à conduta do agente. Dessa maneira, “o próprio agente os admitiu em sua atividade e a sociedade referendou-se ao constatar, mesmo inconscientemente, que os benefícios dela são maiores se comparados com os custos que produz. Nesse contexto, tais acontecimentos não podem ser tidos como excludentes da responsabilidade” (PAULA, 2011, p. 135).

Nessa linha, o denominado fortuito ou força maior interna está explicitado no Enunciado 443 CJF: “Arts. 393 e 927: O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”. Diante disso, percebe-se que o fortuito interno preserva a causalidade e o dever reparatório independentemente da previsibilidade (ou não) dos efeitos derivados do evento danoso, haja vista que se relacionam com os riscos naturais ou conexos à atividade desenvolvida (ex.: STJ – REsp 1.133.111; REsp 762.075; REsp 1.199.782). Essas hipóteses se encontram no âmbito do risco-proveito ou do risco do empreendimento de quem exerce a atividade em uma relação de consumo, civil ou de outra espécie, podendo-se exemplificá-las de maneira não exauriente:

a) Enunciado 479/STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. Os casos de assalto aos bancos também ensejam bastante discussão, porém julgados não têm afastado tal responsabilização quando o evento danoso ocorreu nas dependências do banco (fortuito interno) (STJ – REsp 694.153); todavia, se o assalto ocorreu em via pública, na hipótese de “saidinha do banco”, responsabiliza-se o Estado (STJ – REsp 1.284.962; REsp 1.093.440);

b) negatização indevida do nome ou da denominação social de consumidor em cadastro de inadimplentes por fato de terceiro é considerado fortuito interno, por ser um efeito inerente à atividade desenvolvida pelo fornecedor de bens e de serviços de massa (TJSP – Apelação Cível 490260.4/0. 4ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Francisco Loureiro. DJESP de 30.3.2009);

c) acidente ocorrido em excursão de colégio gera a responsabilidade da instituição de ensino por fortuito interno, por ser um efeito conexo ao dever de segurança que as escolas possuem para com os alunos em suas atividades acadêmicas dentro ou fora do estabelecimento escolar (STJ – REsp 762.075);

d) apagão aéreo é hipótese de fortuito interno, já que os efeitos do evento se encontram no âmbito do risco do empreendimento das companhias aéreas (TJDFT – Apelação Cível 2007.0110230157. 2ª Turma Cível. Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior DJ-e de 10.11.2008);

e) é dever da oficina de veículos zelar pela integridade e pela segurança do automóvel que se encontra em seu poder para conserto, a viabilizar a responsabilização daquela em caso de roubo de automóvel de cliente (STJ – REsp 218.470);

f) é dever de estabelecimentos como *shoppings centers* e hipermercados zelar pela segurança de seu ambiente, de modo que não se há falar em força maior para eximi-los da responsabilidade civil decorrente de assaltos violentos aos consumidores (STJ – REsp 582.047) ou pela tentativa de roubo no interior do *shopping* (STJ – REsp 1.269.691)

Ocorre que o STJ julgou pela incidência de fortuito externo no caso em que a vítima foi metralhada por um estudante de medicina em uma sala de cinema localizada dentro do *Shopping* Morumbi em São Paulo. A família da vítima não recebeu nenhuma reparação do *shopping* em que se situava o cinema ou do próprio cinema, por o STJ ter entendido pelo rompimento do nexo causal por fortuito externo, haja vista que não havia liame entre a atividade desenvolvida pelo cinema e pelo *shopping* e os efeitos do evento morte (STJ – REsp 1.164.889; REsp 1.384.630; REsp 1.133.731; REsp 419.059).

O julgado acima elucida o sentido do fortuito ou força maior externa, a fortificar a externidade como um dos elementos fulcrais do instituto, cujo intuito é exonerar a responsabilidade do agente pelo afastamento da causalidade. Desse modo, o fortuito externo é “aquele fato estranho à organização da empresa, cujos riscos não são suportados por ela. Este sim pode elidir mesmo a responsabilidade objetiva” (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN de MORAES; 2006, p. 706), tendo os Tribunais utilizado a categoria jurídica em uma miríade de julgados, a saber:

a) as enchentes podem ser hipóteses de caso fortuito ou de força maior? Depende do local das enchentes, como já decidiu o TJSP, que entendeu como caso fortuito as enchentes que atingiram a cidade de Mauá, ante a flagrante calamidade pública, visto que tal evento não havia ocorrido antes (TJSP – Apelação Cível 75.708-5. TJSP – Apelação Cível 086.318-5. 7ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Lourenço Abbá Filho. J. 31.7.2000). Em relação à cidade de São Paulo, onde as enchentes são comuns, o TJSP não responsabilizou o Município porque entendeu pela necessidade de comprovação de culpa (TJSP – Apelação Cível 58.942-5. 6ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Coimbra Schmidt. J. 10.4.2000). Indaga-se: como pode o Município não se responsabilizar por tais enchentes, se estas não são inevitáveis e externas à atividade da municipalidade?

b) o caso fortuito ou de força maior existe em hipótese de rejeição de prótese em cirurgias estéticas? Entendendo pela força maior em relação à responsabilidade do médico (TJSP – Apelação Cível 113.023-4. 3ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Alfredo Migliore. J. 13.2.2001);

c) o roubo de um automóvel por um ladrão e o acidente por ele causado com o veículo roubado configuram-se como fato de terceiro e força maior em relação ao proprietário do automóvel, tendo em vista a inevitabilidade do evento? A resposta é afirmativa para o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de SP, pois os proprietários do automóvel têm a responsabilidade excluída pela teoria da causalidade adequada (1º TACSP – Apelação 0951137-9. 8ª Câmara de Férias de Janeiro de 2001. Rel. Carlos Alberto Lopes. J. 31.1.2001);

d) o transportador rodoviário responde pelo roubo ou pelo assalto? Existem decisões contrárias à responsabilização no transporte de mercadoria (STJ – REsp 470.520) e no transporte rodoviário ou urbano de pessoa (STJ – REsp 783.743; AG 711.078; REsp 726.731; REsp 435.865; REsp 402.227; REsp 331.801; REsp 468.900; REsp 268.110). Há, ainda, quem defenda que nos casos de ausência de segurança urbana, como o caso dos transportes, quem deveria responder é o Estado (TARTUCE, 2016, v. 2, item 8.4);

e) assalto em estação de metrô não se encontra no âmbito da atividade do prestador de serviço (STJ – REsp 402.708);

f) assalto com arma de fogo a veículo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é considerado fortuito ou força maior externa, por ser inevitável e pelo fato de a segurança pública ser responsabilidade do Estado (STJ – REsp 976.564), não havendo relação de consumo entre as partes (STJ – REsp 1.210.732);

g) explosão de bomba colocada por terceiro em composição ferroviária é considerada fortuito externo à atividade de transportadora (STJ – REsp 589.051).

A crítica às muitas hipóteses de fortuito ou de força maior externa será realizada quando da elucidação da categoria jurídico-normativa da formação da circunstância danosa, tendo em vista que a vítima que não contribuiu para o evento danoso deve ser reparada, a corroborar o fio condutor da tese de proteção prioritária da vítima.

Analisados os elementos inerentes ao caso fortuito ou de força maior, passa-se a indicar os casos de imputação de responsabilidade mesmo com a ocorrência de caso fortuito ou de força maior no momento em que este concorre com outra causa do dano, viabilizando: a) a responsabilidade integral de quem age culposamente, sem que haja importância da contribuição causal para o resultado, pois, como quase todo dano deriva de concausalidade, admitir que o caso fortuito ou de força maior prevaleça induz à violação ao princípio da reparação integral (VINEY; JOURDAIN, 1998, p. 260-261); b) a responsabilidade proporcional do agente pelo dano, se as causas não forem exclusivas deste (MULHOLLAND, 2009, p. 132-133).

Em caso de responsabilidade civil do Estado por ruína de prédio em decorrência de chuvas torrenciais, o TJRJ entendeu haver concorrência das seguintes causas: a) culpa da administração; b) culpa de terceiro; c) força maior decorrente das chuvas torrenciais. A reparação foi estipulada em 20% (vinte por cento) para o Estado e 80% (oitenta por cento) para as vítimas, haja vista a ocorrência da força maior não ser imputável ao Estado ou à vítima, tendo o referido julgado considerado a força maior não como excludente, mas como causa concorrente (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 29).

Em outra situação, a Corte de Cassação francesa decidiu repartir a responsabilidade entre os construtores responsáveis e a tempestade pelo naufrágio do navio *Lamocirère*. A Corte de Cassação dividiu a responsabilidade entre a sociedade empresária transportadora em um quinto do prejuízo, visto ter considerado concorrência de causa com o ciclone e com o defeito no carvão utilizado no navio (VINEY; JOURDAIN, 1998, p. 260).

Após a análise da concorrência do caso fortuito ou de força maior com outra causa deflagradora do dano, é relevante tratar das exceções legislativas atinentes ao caso fortuito e de força maior:

a) o devedor em mora responde pelo prejuízo, salvo se comprovar a isenção de culpa ou que o dano teria ocorrido independentemente da mora (CC, art. 399);

b) previsão contratual de responsabilização pelo caso fortuito ou de força maior pela *cláusula de assunção convencional* (CC, art. 393), valendo somente em contratos civis e empresariais paritários, desde que não viole a eficácia interna da função social do contrato (Enunciado 360/CJF), o que ocorre presumivelmente nos contratos de consumo (CDC, arts. 25 e 51, I) e nos contratos por adesão às condições gerais (CC, art. 424 – Enunciado 172/CJF);

c) antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito, nas hipóteses de obrigações de dar coisa incerta (CC, art. 246);

d) se, notificado o locatário, este não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito (CC, art. 575, *caput*);

e) se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus, abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior (CC, art. 583);

f) o depositário que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar é obrigado a entregar a segunda ao depositante e a ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira (CC, art. 636);

g) se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo se provar que o caso teria sobrevindo mesmo que não tivesse havido substabelecimento (CC, 667, § 1º);

h) se a gestão foi iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobrevindo, ainda quando se houvesse abatido (CC, art. 862);

i) o gestor responde pelo caso fortuito quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesse deste em proveito de interesses seus (CC, art. 868);

j) algumas situações geram bastante controvérsia no Direito brasileiro acerca da incidência (ou não) do caso fortuito ou de força maior, como na hipótese de dano nuclear e de alguns danos ambientais. Nestes casos, a valoração é feita pelo critério objetivo de responsabilização, não se admitindo excludentes ao dever de reparar, uma vez que o fator objetivo de atribuição da responsabilidade é o risco integral (Vieira, 2005, p. 116; Barroso, 2006; STJ – REsp 1.346.430).

Sabe-se que este entendimento é discutível no Direito pátrio, com base no argumento de que o Direito brasileiro acolheu o princípio da reparação integral e não a ideia de risco integral, como consta da Lei n.º 6.453/77, que rechaça a necessidade denexo causal na hipótese de dano nuclear (art. 4º), cuja exoneração da responsabilidade do operador nuclear somente ocorre pela culpa exclusiva da vítima, mas apenas em relação a ela (art. 6º), e se o acidente nuclear for causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza (art. 8º), o que também é controvertido para a literatura jurídica (ver Paula, 2011, p. 144-146). Desse modo, para esta segunda corrente, sempre haverá excludente do dever de reparar, bem como somente o risco inerente à atividade viabiliza a reparação por danos diretos e indiretos (GRAMSTRUP, 2006, p. 125-140);

k) hipóteses de valoração da responsabilidade pelo critério objetivo agravado, devendo ser o risco inerente à atividade (NORONHA, 2010, p. 651).

Como se vê, a vítima, em diversos casos não é protegida, sob o argumento de caso fortuito ou de força maior externo, a contrariar a ideia de primazia da vítima, que permeia a responsabilidade civil hodierna.

Conclusão

Como se pôde perceber, o fato de terceiro, o fato da vítima e o caso fortuito ou de força maior, em determinadas situações, possibilitam alçar a vítima a uma condição de plena desproteção jurídica, a manter o estado de lesão permanente em que a sociedade brasileira se encontra, intensificando uma crise, no sentido de violação de princípios, de direitos e de deveres constitucionais e infraconstitucionais, no Direito. Isso enseja o acolhimento da responsabilidade por danos e da formação da circunstância danosa, que reconstrói e ressignifica a ideia de causalidade jurídica (Frota, 2014).

Referências

- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Os pressupostos da responsabilidade civil no CDC e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com.br/producao-intelectual> Acesso em 21.12.2012.
- ALVIM, Agostinho **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARBOSA, Fernanda Nunes; ANDREIS, Mônica. O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil na indústria do cigarro: proposta de reflexão. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Revista de Direito do Consumidor RDC**. São Paulo: RT, abr.-jun. 2012, p. 61-86.
- BARROS MONTEIRO, Washington. **Curso de direito civil – obrigações**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Edição Histórica. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, v. 1.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson; BREKAILO, Uíara Andressa. Notícia sobre a Reforma do Código Civil Alemão e a Relação Contratual. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, v. 37, p. 265-302, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. Contratos na ordem pública do Direito Contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). **O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao prof. Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 457 –462.
- FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

- FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Pode o Credor ser instado a minimizar o próprio prejuízo?** A possibilidade de recepção do conceito de *duty to mitigate the loss* pelo direito civil brasileiro. 2004. (Apresentação de Trabalho/Congresso).
- FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. Metodologia de Análise de Decisões. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2010.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos**. Curitiba: Juruá, 2014.
- GRAMSTRUP, Erik Frederico. Responsabilidade objetiva na cláusula geral codificada e nos microsistemas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2006, v. 5, p. 125-140.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños. Parte general**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños – tomo IV – responsabilidade colectiva**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.
- JOSSERAND, Louis. **Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé**. Paris: Dalloz, 1928.
- MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de (Coord.) **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 2.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. **Tratado teórico y practico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961, v.2.
- MEDEIROS FONSECA, Arnaldo. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.
- MIRAGEM, Bruno. **Direito civil – responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MONIER, Jean. Personne Humaine et Responsabilité civile. **Droit et Cultures**, n.º 31, 1996-1. Paris: L'Harmattan, 1996.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PAULA, Carolina Bellini Arantes de. As excludentes de responsabilidade civil objetiva. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 130-149.
- KULESZA, Gustavo Santos. **Princípio da Mitigação de Danos – Evolução no Direito Contratual**. Curitiba: Juruá, 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. **O problema da causalidade virtual na responsabilidade civil**. Lisboa: Almedina, 1998.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

[PINHEIRO, Rosalice](#); [GLITZ, Frederico](#). A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso Zeca Pagodinho. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 2, p. 323-344.

PIZARRO, Thiago Rodrigues. A inexistência de nexo causal como hipótese excludente da obrigação de indenizar. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (Coords.). **Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009, v.2, p. 457-483.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**. São Paulo: RT, 2012, t. 23.

REPRESAS, Trigo; MESA, Lopez. **Tratado de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: La Ley, 2004, t. 1.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impresso), São Paulo, v. 821, p. 80-98, 2004.

SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Sobre uma eventual definição da causalidade nos projetos nacionais europeus de reforma da responsabilidade civil. São Paulo: RT, **Revista de direito do consumidor**, ano 20, p. 161-188, abril-junho 2011.

SOUZA, Ricardo Timm de. Fenomenologia e Metafenomenologia: substituição e sentido – sobre o tema da substituição no pensamento ético de Levinas. In: SOUZA, Ricardo Timm de; OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. (Orgs.). **Fenomenologia hoje – existência, ser e sentido no alvorecer do século XXI**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 379-414.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011, v.10 (Coleção Professor Rubens Limongi França).

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 11. ed. São Paulo: Método, 2016, v.2.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v.2.

TRIMARCHI, Pietro. **Causalità e danno**. Milano: Giuffrè Editore, 1967.

VARELA, José de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Lisboa: Almedina, 2005, v.1.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro de. **Teoria geral das obrigações. Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité.