

O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR FRENTE À RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA PELO RISCO DA ATIVIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Revista de Direito Privado | vol. 47/2011 | p. 63 - 80 | Jul - Set / 2011
DTR\2011\2739

Tiago Moraes Gonçalves

Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Colaborador do IBDS. Membro efetivo da seção brasileira da Association Internationale de Droit des Assurances - Aid a. Advogado.

Área do Direito: Civil

Resumo: O presente trabalho abordará o tema da responsabilidade objetiva dos agentes empresariais que atuam em atividade de risco (art. 927, parágrafo único, do CC/2002), e a problemática verificada quando se faz necessária uma interpretação conjunta dessa norma, enquanto cláusula geral, com aquela que exime de responsabilidade o causador do dano, quando verificadas hipóteses de caso fortuito e força maior (art. 393, parágrafo único, do CC/2002). Abordaremos a questão sob o enfoque da sociedade de risco, onde o acidente deixou de ser considerado acontecimento excepcional, passando a se caracterizar como um dado social objetivo. A análise casuística será feita sobre a atividade do transportador rodoviário de cargas.

Palavras-chave: Sociedade de risco - Cláusulas gerais - Responsabilidade civil - Atividade de risco - Caso fortuito e força maior - Transporte rodoviário de cargas - Seguro de responsabilidade civil por desaparecimento de carga

Abstract: The present paper contains the analysis of economic agents' strict liability accordingly to the article 927, unique paragraph, of the Brazilian Civil Code, and the controversy emerged from the combined interpretation of this rule, if considered as a general clause, with the one that releases liability of those who cause damages when confirmed fortuity or force majeure, so called 'act of God', previewed in the article 393, unique paragraph, of Brazilian Civil Code. This issue will be examined under the perspective of the Risk Society, in which the accident no longer can be considered as an exception, becoming a predictable social data. The paper contains also an analysis of this controversy regarding the activity of highway cargo transportation.

Keywords: Risk society - General clauses - Civil liability - Risky activity - Fortuity and force majeure - Highway cargo transportation - Civil liability insurance for cargo disappearing

Sumário:

1.APRESENTAÇÃO - 2.SOCIEDADE DE RISCO E A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL - 3.A NORMA DO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/2002 COMO CLÁUSULA GERAL - 4.O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR COMO CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE (ART. 393, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/2002) - 5.O TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA COMO ATIVIDADE DE RISCO - 6.A ATIVIDADE DO TRANSPORTADOR E O ROUBO DA MERCADORIA TRANSPORTADA - 7.CONCLUSÃO - 8.BIBLIOGRAFIA

1. APRESENTAÇÃO

O direito privado brasileiro sempre teve por tradição a utilização de um sistema fechado, exclusivamente casuístico, e foi assim até a promulgação da Lei 10.406/2002. Tal qual o BGB alemão e o Código Civil (LGL\2002\400) italiano de 1942, o Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro adotou alguns preceitos abertos, de definições vagas, e cuja aplicação depende da análise e da criação do intérprete, que deve fazer a subsunção do fato à norma.

**O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR FRENTE À
RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA PELO RISCO DA
ATIVIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Abandonou-se, por assim dizer, a técnica de regulamentação exclusivamente por *fattispecie*, permitindo-se adotar os meios necessários para alcançar a inovação, com preceitos flexíveis (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) que dão mobilidade ao sistema.

Um desses preceitos é aquele trazido pelo parágrafo único do art. 927 do CC/2002 (LGL\2002\400), o qual estabelece que aquele que, no exercício de uma atividade, cria riscos para outrem, responde por eles independentemente de dolo ou culpa.

Apesar da singeleza que possa aparentar à primeira vista, essa norma é ainda bastante incompreendida, não se atentando alguns exegetas tratar-se de uma cláusula geral, e que, portanto, exige do operador do direito, e mais especificamente do seu aplicador, uma atuação mais criativa.

Exemplo marcante dessa incompreensão, e esse será o ponto abordado no presente trabalho, se dá no momento de analisar hipóteses que podem ser enquadradas como atividade de risco, o que implicaria responsabilidade independente de culpa de quem a exerce em caso de causação de danos a outrem, conjuntamente com a norma do art. 393, parágrafo único, do CC/2002 (LGL\2002\400), que exime a responsabilidade do causador do dano em hipóteses de caso fortuito ou de força maior.

Isso se dá, veremos, porque ignoram alguns que na sociedade de risco ¹ em que vivemos, e como já apontava Agostinho Alvim, ² o granizo, a geada, o roubo

Para justificar nosso raciocínio, valeremo-nos do exemplo da atividade do transportador rodoviário de cargas e analisaremos se o roubo da mercadoria transportada é ou não acontecimento hábil a justificar a causa excludente de responsabilidade do transportador.

2. SOCIEDADE DE RISCO E A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A sociedade ocidental tem experimentado nos últimos dois séculos profundas transformações em seus paradigmas econômicos, financeiros, políticos e sociais. O que era antes uma sociedade agrária, tradicional, organizada em torno de valores familiares, com produção voltada quase que exclusivamente para o autossustento, ganhou novas e marcantes feições.

Sem se ater muito aos caminhos percorridos, pois as análises nesse tocante são bastante diversas, em fins do século XIX já estava definida uma estrutura socioeconômica fundada em bases muito diversas daquela que vigorava até então.

A revolução industrial estava consolidada. Nem mesmo as crises econômico-financeiras e as duas grandes guerras mundiais da primeira metade do século XX serviram como barreira ao contínuo desenvolvimento das forças do capitalismo industrial.

Em meados da década de 70, com a crise do petróleo, a desregulamentação do mercado financeiro, o desatrelamento do dólar ao padrão ouro, a revolução na microeletrônica e, sobretudo, a globalização do mercado, a sociedade ocidental experimentou mudanças ainda mais marcantes.

Nesse momento histórico, os conflitos não eram mais travados entre dois lados bem demarcados (o "eu" e o "outro"), não sendo possível, portanto, o distanciamento de suas consequências. Os riscos não eram mais passíveis de delimitação geográfica, social, racial ou religiosa. A nova lógica produtiva, decorrente da estrutura organizacional das sociedades de massa, gerou ameaças desconhecidas capazes de alcançar a todos sem qualquer distinção: ricos e pobres; africanos e europeus; católicos, judeus e muçulmanos.

Por isso, François Ewald ³ concluiu que a sociedade contemporânea foi apresentada a um tipo de mal até então inédito, o mal social, que nada tinha

**O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR FRENTE À
RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA PELO RISCO DA
ATIVIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Na sociedade de risco, o acidente não mais remete aos deuses, à providência ou à ausência de uns ou de outros, mas ao concurso normal e regular das atividades produtivas e sociais, o que fez Ewald concluir que é o mal social que fornece a prova de que vivemos em sociedade.⁴

O acidente, assim, deixou de ser caracterizado pelo infortúnio, pelo azar, pelo inesperado, pelo aleatório, ou seja, deixou de ser considerado acontecimento excepcional, passando a se caracterizar como um dado social objetivo, uma constante social moderna, um elemento constitutivo da normalidade social.

No mesmo sentido, Ulrich Beck afirmou que os riscos e perigos hodiernos, aos quais chamou de "riscos da modernização" ou "riscos civilizatórios", são produto global do progresso industrial sistematicamente intensificados com seu desenvolvimento posterior.

Essas marcantes mudanças experimentadas pela sociedade ocidental nesses dois últimos séculos, evidentemente, refletiram na forma como os juristas passaram a enxergar a responsabilidade civil.

De fato, se o civilismo do início do século passado, influenciado pelo liberalismo dos séculos XVIII e XIX, analisava a questão sob a ótica da culpa individual, sustentando a necessidade de reparação do dano somente diante da prova de conduta culposa do agente, após o surgimento e a expansão da indústria, ocasião em que passaram a ser verificados danos e acidentes no âmbito de atividades, onde nem sempre se fazia possível a identificação do causador do dano, começam a ser aceitas teorias que apontavam para uma progressiva "objetivação" do instituto.

Passou-se a admitir, assim, nas teorias elaboradas acerca da responsabilidade civil, a emergente complexidade dos mecanismos de relacionamento privado verificados na sociedade ocidental desses últimos dois séculos, mitigando-se, paulatinamente, a necessidade do elemento culpa para a imputação dessa responsabilidade.

No início da fase de industrialização, a responsabilidade objetiva passou a ser considerada no âmbito dos acidentes de trabalho, onde se mostrava absolutamente ineficaz a tentativa de reparação da vítima dentro da concepção subjetiva de responsabilidade, até então dominante.⁶

Hoje, na era tecnológica, onde há a necessidade de responsabilização em campos do conhecimento antes sequer imaginados, como no chamado e-business ou na utilização da biotecnologia,⁷ o conceito de responsabilidade civil continua a sofrer constante evolução, caracterizada pela progressiva "objetivação", a qual tem como norte a imputação desta responsabilidade por força do risco criado/risco proveito, atingindo-se quem, em proveito da criação deste risco e em nome do progresso, obtém lucro ou metas assemelhadas.⁸

O legislador do Código Civil (LGL\2002\400) de 2002, assim como já o fazia o de 1916, não fugiu dessa realidade. Muito embora tenha apresentado como regra geral a responsabilidade por culpa (art. 186 do CC/2002 (LGL\2002\400)), trouxe hipóteses nas quais é prescindível sua comprovação para a ocorrência do dano indenizável, bastando, para a responsabilização do agente, que haja prova do dano e o nexo de causalidade entre a conduta e a causação deste.

A cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do CC/2002 (LGL\2002\400) é uma dessas hipóteses.

3. A NORMA DO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/2002 COMO CLÁUSULA GERAL

Vimos acima que o Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro, abandonando a técnica legislativa eminentemente casuística, adotou em seu corpo alguns preceitos abertos, de definições vagas, os quais, nos dizeres sempre precisos de Clóvis do Couto e Silva,⁹

**O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR FRENTE À
RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA PELO RISCO DA
ATIVIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

demandam uma atividade judicial mais criadora.

Para a Min. Fátima Nancy Andrihgi, a adoção desses preceitos encerrou uma época e um modo de julgar, onde somente se esperava do aplicador da lei o enquadramento do fato à norma, tendo-se iniciado uma nova fase, na qual a função jurisdicional exige a criação da norma para o fato concreto respeitados, evidentemente, os princípios constitucionais.¹⁰

Para que possamos compreender essa dinâmica é necessário entender cada um desses preceitos abertos, até porque há verdadeira interação entre eles, o que demanda, para a solução de problemas, “uma atuação conjunta desse arsenal”.¹¹

As cláusulas gerais representam técnica legislativa de enunciar, por meio de expressões vagas, princípios e máximas que compreendem e admitem um sem número de hipóteses concretas de condutas tipificáveis, já observadas ou ainda por se realizar. Permitem ao juiz criar normas jurídicas de alcance geral, revestindo-se, assim, de função instrumentalizadora de norma jurídica, geradora de deveres e obrigações. Terão concretude e eficácia sempre que o juiz, em sua análise interpretativa, considerar o fato concreto passível de ser inserido em algumas das hipóteses de cláusula geral, criando norma jurídica ao preencher as lacunas.

Os conceitos legais indeterminados “são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso”,¹² as quais permitem considerável dose de liberdade por parte do aplicador da lei no que se refere à fixação da premissa.¹³ Todavia, por integrarem sempre a descrição da norma, toda vez que o juiz verificar a coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará predeterminada, não cabendo, quanto a esse tocante, qualquer função criadora pelo juiz.

Quando o juiz preencher os claros e determinar que a norma atua no caso concreto, o conceito legal indeterminado – e o mesmo também ocorre com as cláusulas gerais – se transmutará em conceito determinado pela função, sercláusulas gerais – se transmutará em conceito determinado pela função, servindo “para propiciar e garantir a aplicação correta, equitativa do preceito ao caso concreto”.¹⁴

Apresentamos essa pequena introdução porque o parágrafo único do art. 927 do CC/2002 (LGL\2002\400) é, dentre tantas outras espalhadas pelo Código, uma dessas normas que, para serem eficazes, exigem dos magistrados a criação de uma norma incidente.¹⁵

Ao determinar que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (art. 927, parágrafo único, CC/2002 (LGL\2002\400)), a regra apresenta duas situações.

A primeira prevê que a responsabilidade civil poderá ser reconhecida, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, a exemplo das normas insertas no art. 14 do CDC (LGL\1990\40) (responsabilidade do produtor e fornecedor), e no art. 11, II, da Lei 8.630/1993 (responsabilidade do operador portuário).

A segunda, que interessa para o presente estudo, determina que a responsabilidade civil poderá ser reconhecida, independentemente de culpa ou dolo, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo causador do dano representar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Essa segunda situação trazida pelo referido dispositivo exige do intérprete a análise de alguns fatores, os quais, ao fim e ao cabo, resultarão na criação da norma. O mais óbvio é verificar se o dano decorreu de eventual atividade de risco desenvolvida por seu causador.

**O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR FRENTE À
RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA PELO RISCO DA
ATIVIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

A vagueza da expressão, todavia, não deve ser interpretada de forma simplista. Atividade deve ser interpretada à luz do direito privado, ou seja, como “uma série de atos tendente ao mesmo escopo (...) que engloba tanto atos ou negócios jurídicos quanto simples atos negociais”,¹⁶ habitualmente exercidos pelo agente causador do dano com fins lucrativos, como meio de vida ou como profissão.

O conceito de atividade de risco, nessa esteira, incorre tanto da verificação de riscos comuns e ordinários no exercício da atividade, como do proveito que o autor do dano adquire no exercício desta, razão pela qual cabe à vítima do fato lesivo provar regularidade e frequência desses riscos e a obtenção desse proveito econômico, ou seja, o lucro ou vantagem pelo autor do dano.¹⁷

Nada que se confunda, portanto, com a teoria do risco profissional, pela qual o dever de indenizar nasce de um fato prejudicial à atividade ou profissão do lesado, teoria essa que justifica a responsabilização em casos de acidente de trabalho; tampouco com a do risco excepcional, que é aquela que decorre de fato que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça, como é, por exemplo, o caso de acidentes nucleares.

Evidente, nessa linha de raciocínio, que a norma e sua vagueza proposital não permitem que se conclua pela possibilidade de se responsabilizar civilmente, sem a demonstração do elemento culpa, por exemplo, o motorista, mesmo o profissional (taxistas, motoristas particulares etc.), que se envolveu em acidente de trânsito, pelo fato de que o uso do automóvel, por si só, acarreta riscos; ou ainda, que todo ato danoso praticado no exercício de atividade profissional, com fins lucrativos – a exemplo da atividade médica – seria indenizável sem a necessidade de comprovação de culpa.

No primeiro caso, a par de se tratar de atividade habitual e remunerada, afasta-se a hipótese da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do CC/2002 (LGL\2002\400) em razão de não ser possível prever ou estimar a probabilidade da ocorrência do evento danoso. No segundo, muito embora os riscos possam até ser conhecidos (uma cirurgia, por exemplo), não são corriqueiros e sua ocorrência não segue uma probabilidade conhecida.

Para que a atividade desenvolvida possa ser enquadrada como “atividade de risco”, é imprescindível que a frequência da prática dessa atividade e a sua finalidade lucrativa induzam à previsibilidade e/ou probabilidade do risco para direitos de outrem, até porque, veremos ao abordar exemplo prático, quando isso acontece, esse fator de risco passa a ser passível de precificação.

Parece claro, assim, que a responsabilidade objetiva normatizada pelo parágrafo único do art. 927 do CC/2002 (LGL\2002\400) é regra justa e adequada à sociedade de risco em que vivemos, onde aquele que exerce uma atividade dita de risco tem todas as condições de prever a ocorrência de danos inerentes à organização dessa atividade que possam atingir terceiros e a contraparte do negócio jurídico, embutindo, assim, os custos correspondentes no preço final de seu serviço.

4. O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR COMO CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE (ART. 393, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/2002)

Via de regra, exclui-se a responsabilidade do devedor quando os prejuízos causados ao credor o foram em razão de ter-se verificado a ocorrência de caso fortuito ou de força maior. É essa a inteligência do art. 393, parágrafo único, do CC/2002 (LGL\2002\400).

Muito embora a doutrina civilista clássica aponte diferenças entre os institutos do caso fortuito e da força maior, é fato que essas são inteiramente indiferentes para o direito positivo brasileiro, eis que as consequências de um e de outro se coincidem. Nesse trabalho, a abordagem se dará considerando a sinonímia entre ambos, aqui denominados simplesmente de “fortuito”.

**O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR FRENTE À
RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA PELO RISCO DA
ATIVIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Entendia-se, tradicionalmente, que o fortuito era excludente da própria culpa. Hoje, até mesmo em razão da crescente “objetivação” da responsabilidade civil, já tratada anteriormente, a doutrina tem justificado a exclusão de responsabilidade pelo fortuito em razão do mesmo quebrar o nexo causal, por ser causa estranha à conduta do agente.
18

Esclarecidos esses pontos, resta-nos abordar nesse tópico quais são, pela sintética conceituação legal, os elementos que caracterizam o fortuito. Parece-nos evidente que são o “fato necessário” e a impossibilidade de evitar ou impedir os efeitos deste fato.

Fato necessário, assim, pode ser considerado como aquele que é inevitável, e que ocorreria para todos de igual maneira. Não basta, assim, que seja inevitável somente para aquele agente, mas sim para qualquer um que estivesse no mesmo local e na mesma hora.

Para a caracterização do fortuito, no entanto, é imprescindível que os efeitos desse fato não possam ser evitados ou impedidos pelo devedor, razão pela qual a possibilidade de supressão desses efeitos elide a caracterização das excludentes por fortuito.

Em outras palavras, não se trata de ser impossível evitar ou impedir o fato, mas sim os efeitos desse, o que nos permite afirmar que a nota caracterizadora do fortuito é a inevitabilidade e não a imprevisibilidade. Nesse sentido, não é demasiado lembrar, como já ensinava Aguiar Dias,¹⁹ que o dano não é o bem lesado, mas o efeito decorrente da lesão.

Uma vez caracterizado o fortuito, importa distinguirmos o que a doutrina convencionou denominar de fortuito interno e de fortuito externo, sendo o primeiro um fato inevitável, e, em regra, imprevisível, ligado à atividade do agente; enquanto o segundo, a par de inevitável e imprevisível, é estranho à organização da atividade do agente.

A razão de ser dessa distinção, como aponta Gustavo Tepedino,²⁰ é que somente o fortuito externo, por inserir-se entre os riscos estranhos à atividade normalmente desenvolvida pelo causador do dano, tem o condão de elidir a responsabilidade objetiva, enquanto que o fortuito interno, por dizer respeito ao desenvolvimento dessa atividade, deve ser suportado agente causador do dano.

5. O TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA COMO ATIVIDADE DE RISCO

Vimos acima que atividade de risco é aquela cujo agente obtém proveito econômico decorrente de riscos regulares e frequentes inerentes à própria organização dessa atividade. A atividade de transporte rodoviário de cargas está integralmente inserida nesse conceito, já que a guarda e o transporte da coisa gera, por si só, riscos à contraparte do negócio, riscos esses que são conhecidos e precificados pelo agente.

Assim, a responsabilidade do transportador rodoviário é objetiva, seja por decorrer de obrigação de resultado,²¹ seja, para a abordagem que nos interessa nesse artigo, por se tratar de atividade de risco aquela exercida pelo transportador.

Vimos, também, que para ser caracterizado o fortuito, é imprescindível que os efeitos, e não o próprio fato, sejam impossíveis de serem evitados.

Analisaremos, então, se o roubo da mercadoria transportada pode ou não ser considerado como causa eximente da responsabilidade do transportador. Nossos Tribunais são quase unânimes em entender que sim.

Trata-se, todavia, de jurisprudência que se consolidou há mais de 20 anos, e que vem se reforçando, acreditamos, em razão de não estar sendo combatida sob a ótica da sociedade do risco.

Sugeriremos, então, considerando todo o contexto analisado até aqui, duas

**O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR FRENTE À
RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA PELO RISCO DA
ATIVIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

interpretações que entendemos possam ser consideradas no sentido de se responsabilizar o transportador rodoviário de cargas em casos de roubo da mercadoria transportada, afastando-se, assim, o entendimento dominante de que esse evento estaria abarcado pela excludente do parágrafo único do art. 393 do CC/2002 (LGL\2002\400).

A primeira é a de que o roubo caracterizar-se-ia, para o transportador, como fortuito interno, não alcançado, portanto, pela mencionada excludente legal.

A segunda é a de que se poderia, inclusive, afastar a caracterização do fortuito em razão de haver, à disposição do transportador, cobertura securitária para garantia de seus interesses contra o roubo da mercadoria transportada, o que não sucedia no início da década de 1980, quando ganhou força a jurisprudência acima mencionada, o que, parece-nos, afasta a inevitabilidade dos efeitos do fato.

6. A ATIVIDADE DO TRANSPORTADOR E O ROUBO DA MERCADORIA TRANSPORTADA

A doutrina é pacífica em tratar a responsabilidade do transportador como sendo de resultado, já que é imposição legal, nesses contratos, o dever de segurança ou obrigação de custódia, seja em relação aos passageiros, seja em relação às mercadorias.

Analisando os resultados da modernização das relações comerciais, em especial dos processos de consumo no atual mercado monopolista,²² Eduardo A. Zannoni²³ ressalta a atualidade do conceito de garantia ou resultado inerente às relações contratuais, ensinando que:

“La socialización del intercambio ha exigido una correlativa socialización de la responsabilidad, que se hace recaer primordialmente en quienes imponen las condiciones en que se contrata en un mercado monopolista. He ahí que los juristas hemos afirmado, y lo hacemos cada vez más, la existencia de obligaciones de seguridad o de garantía, que consideramos implícitas en los contratos. Estas obligaciones de seguridad o de garantía las calificamos como de resultado, y no médios (...)”

Da natureza de resultado do contrato de transporte decorre a responsabilidade do transportador pela incolumidade da mercadoria por ele conduzida, até a efetivação da entrega. Em outras palavras, contrata-se o resultado, e tendo o transportador cobrado o justo preço para o exercício desse ofício – atividade eminentemente de risco – deve assumir o ônus decorrente da inexecução do contrato.

A ocorrência de danos pessoais e patrimoniais aos consumidores de certas espécies de mercadorias e serviços é evento que pode obedecer a uma periodicidade que permite aos respectivos fornecedores ou prestadores dessas atividades a previsão e consequente minoração (ou até mesmo o total afastamento) dos resultados danosos delas advindos.

Os modernos estudos estatísticos realizados por diversos setores empresariais (dentre eles – e por excelência – a categoria dos transportadores de cargas) têm permitido a identificação das circunstâncias de risco mais frequentes, bem como as razões de sua ocorrência, permitindo, desta forma, o afastamento significativo de sua incidência e em especial dos seus resultados, através da atuação preventiva dos agentes do mercado e da contratação de seguros de responsabilidade civil.

Maurício Silveira,²⁴ em artigo específico sobre o tema, demonstra que o transportador rodoviário de cargas possui, hoje, absoluto conhecimento das características inerentes à sua atividade, sabendo com precisão, por meio de estatísticas frequentemente realizadas pelo setor de transportes, a exata avaliação das proporções dos riscos por ele assumidos.

O roubo de carga, nesse contexto, não se constitui evento inesperado, imprevisível e desconhecido pelo transportador, mas, ao contrário, é fato observado num percentual certo, em condições absolutamente previsíveis e que, portanto, não podem exonerá-lo

**O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR FRENTE À
RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA PELO RISCO DA
ATIVIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

do cumprimento da obrigação que adquiriu conhecendo os riscos a ela inerentes.

Assim, quando o transportador auferir lucro com essa atividade, e sendo hodiernamente o risco de subtração da coisa transportada elemento intrínseco a ela, posto que ocorrido em percentuais conhecidos pelo mercado transportador, entendemos equivocado falar-se em eximir sua responsabilidade quando da ocorrência desse fato.

Nessa linha de raciocínio, poderíamos considerar que o roubo, para o transportador rodoviário, é fortuito interno, o que bastaria para afastar a exclusão do art. 393, parágrafo único, do CC/2002 (LGL\2002\400).

Pensar diferente significa impor aos consumidores do serviço de transporte inaceitável penalização, já que caberia aos mesmos a assunção da mais expressiva parcela de risco da atividade de transporte.

Como conhecedor dos riscos que o roubo de mercadorias representa para sua atividade, e tendo inclusive como avaliar com precisão a probabilidade da ocorrência desse evento, levando em consideração a natureza da carga (se de calçados, medicamentos, eletrônicos ou de cigarros, por exemplo) e a região em que é realizado o transporte, o transportador precifica esse risco e o embute nos custos total do serviço, o qual, por assim ser, é custeado pelo consumidor. E prevalecendo a tese de que o roubo da mercadoria caracteriza-se fortuito apto a eximir sua responsabilidade (fortuito externo), tais custos recairiam novamente sobre as costas do consumidor, quando deveriam ser suportados por quem conhece e lucra com a realização do serviço.

Todavia, há outra questão que gostaríamos de abordar, a qual, veremos, permite ao magistrado, ao criar a norma incidente para o caso concreto, afastar a caracterização do fortuito – o interno, inclusive – nas hipóteses de roubo da mercadoria transportada.

Isso porque, como já dissemos, ao contrário do que acontecia no início da década de 1980, quando ganhou força essa tese, existe hoje à disposição do transportador uma cobertura securitária que visa a garantia de seus interesses contra os efeitos patrimoniais negativos decorrentes do roubo da mercadoria transportada.

O seguro de responsabilidade civil do transportador de cargas, em sua origem, não permitia aos transportadores a socialização do risco de roubo, o qual era encarado como verificação do azar, do infortúnio e do aleatório, o que permitiu uma paulatina equiparação com os institutos do caso fortuito e da força maior.

Todavia, após intenso lobby²⁵ do setor transportador junto ao mercado de seguros, foi disponibilizada uma cobertura que lhe permitia, no nível da responsabilidade civil, garantir-se contra o risco de roubo (o seguro de responsabilidade civil por desaparecimento de carga ou RCFDC).

Em primeiro lugar, a própria existência de seguro com cobertura específica para o risco roubo de carga evidencia a previsibilidade de ocorrência dessa modalidade de delito, requisito necessário para a formação da base atuarial que dá suporte à comercialização do produto pelo mercado segurador. Em segundo lugar, a existência dessa garantia securitária à disposição do transportador exclui o requisito da inevitabilidade das consequências, o que, vimos, é indispensável para a caracterização do fortuito.

O efeito do evento roubo de carga para o transportador é, indubitavelmente, a perda material da carga transportada, e é evidente que com o asseguramento da mercadoria por meio do seguro de responsabilidade civil por desaparecimento de carga, tal efeito é inteiramente afastado, não havendo que se falar em fortuito.

Dessa forma, ainda que se admitisse a impossibilidade de previsão de sua ocorrência (enquanto evento específico), restaria descartada a caracterização do roubo de carga como fortuito, diante da cobertura securitária existente à disposição do transportador passível de afastar do contratante os efeitos desse roubo, restabelecendo o status quo

ante.

Seguindo essa linha de raciocínio, vale citar interessantíssimo exemplo trazido por Aguiar Dias²⁶ que relata que a jurisprudência alemã do início da década de 1940 evoluiu ao passar a entender que acidentes com transportadores durante os frequentes blackouts verificados com a guerra não mais eram considerados fortuitos.

A justificativa era a de que, com a elevação do número de acidentes com veículos transportadores em decorrência dos "apagões", tais eventos, apesar de inevitáveis, passaram a ser previsíveis, e tanto assim o foi que um decreto chegou a ser editado em 1940 negando expressamente a relação de causalidade entre o blackout e a guerra. Assim, sendo a responsabilidade dos transportadores do tipo sem culpa por aplicação da lei reguladora dos transportes férreos, a empresa não poderia se isentar de responsabilidade porque, dentre outras medidas de precaução, poderia contratar seguros ou constituir reservas especiais destinadas ao fundo de ressarcimento.

7. CONCLUSÃO

Analisando conjuntamente a cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do CC/2002 (LGL\2002\400) e a causa excludente de responsabilidade do art. 393, parágrafo único, do CC/2002 (LGL\2002\400), constatamos que nem sempre eventos considerados como caso fortuito ou força maior, a exemplo de intempéries da natureza (geada, vendaval e queda de granizo) e do assalto à mão armada, podem ser assim considerados à luz da sociedade contemporânea.

Vimos, nos valendo do exemplo da atividade do transportador rodoviário de carga, que o roubo da mercadoria transportada – que já foi considerado fortuito – hoje deixou de sê-lo, seja em razão do progresso da ciência, que permitiu aos transportadores conhecer de forma precisa segura a probabilidade de ocorrências dos riscos e acidentes inerentes à sua atividade, seja em razão da maior previdência humana, eis que hoje podem os mesmos garantir-se securitariamente contra os efeitos patrimoniais desse roubo.

Assim, por se tratar a regra do art. 927, parágrafo único, do CC/2002 (LGL\2002\400) de cláusula geral, é necessário que, ao analisar questões como a abordada no presente artigo, os magistrados utilizem-se de fato da prerrogativa que lhes foram concedidas por determinada norma de criarem o direito para o caso concreto, para o que, acreditamos, devem ser considerados fatores como a sociedade de risco, a lógica das relações de consumo e a crescente objetivação da responsabilidade civil.

8. BIBLIOGRAFIA

Alvim, Agostinho Neves de Arruda. A inexecução das obrigações e suas conseqüências. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

Andrighi, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e proteção da pessoa. In: Tepedino, Gustavo (coord.). Direito civil contemporâneo – Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

Antunes Varela. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1977. vol. I. — — Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. II.

Beck, Ulrich. Sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad. Trad. espanhola Jorge Navarro, Maria Rosa Borrás e Daniel Jiménez. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

Bittar, Carlos Alberto. Responsabilidade civil por danos a consumidores. São Paulo: Saraiva, 1992.

Braga Netto, Felipe. P. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2008. Calgaro, Gerson Amauri. O risco da atividade como cláusula geral. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. n. 13. p. 147-162. ano 11. São Bernardo do Campo, 2007.

**O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR FRENTE À
RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA PELO RISCO DA
ATIVIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. Seguro de responsabilidade civil fundada em acidentes de viação: da natureza jurídica. Coimbra: Almedina, 1971.

Cavalcanti, Flávio de Queiroz Bezerra. Caso fortuito e força maior frente a técnica securitária. Jus Navigandi. n. 56. ano 7. Teresina, 01.04.2002. Disponível em: [<http://jus.com.br/revista/texto/2829>]. Acesso em: 20.09.2011.

Cavaliere Filho, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

Comparato, Fábio Konder. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. Revista dos Tribunais, vol. 386. p. 26-35. São Paulo: Ed. RT, dez. 1967.

—Salomão Filho, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Cordeiro, Antônio Menezes. Da modernização do direito civil. Coimbra: Almedina, 2004. t. 2.

Couto e Silva, Clóvis do. A obrigação como processo. São Paulo: FGV, 2006.

Cupis, Adriano de. El daño: teoría general de la responsabilidad civil. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1975.

Dias, José de Aguiar. Cláusula de não-indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

— Da responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. 1 e 2.

DíEz-Picazo, Luis. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999.

Direito, Carlos Alberto Menezes; Cavaliere Filho, Sérgio. Comentários ao novo Código Civil (LGL\2002\400). Arts. 927 a 965. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. XIII.

Engisch, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

Ewald, François. L'État providence. Paris: Bernard Grasset, 1986.

Fachin, Luiz Edson. Transformações do direito civil contemporâneo. In: Silveira Ramos, Cármen Lúcia et alii (coords.). Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Fachin, Melina Girardi; Paulini, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre a constitucionalização do direito civil. In: Tepedino, Gustavo; Fachin, Luiz Edson (coords.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. vol. II.

Godoy, Claudio Luiz Bueno de. Responsabilidade civil pelo risco da atividade. São Paulo: Saraiva, 2009.

Gonçalves, Carlos Roberto. Comentários ao Código Civil (LGL\2002\400) (arts. 927 a 965). São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 11.

Gutiérrez, Graciela Nora Messina de Estrella. La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y prospectiva. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

Junqueira de Azevedo, Antonio. Negócio jurídico — Existência, validade e eficácia. São Paulo; Saraiva, 2002.

— Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009. Lima, Alvino. Culpa e risco. 2. ed. rev. e atual, pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo:

Ed. RT, 1998.

— A responsabilidade civil pelo fato de outrem. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

Leão, Luís Gustavo de Paiva. As cláusulas gerais e os princípios gerais do direito. Revista de Direito Privado, vol. 37. p. 148. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2009.

Martins-Costa, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: Tepedino, Gustavo (coord.). Direito civil contemporâneo — Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

— As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Revista dos Tribunais, vol. 680. p. 47-58. São Paulo: Ed. RT, jun. 1992.

— O direito privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. Revista dos Tribunais, vol. 753. p. 24-48. São Paulo: Ed. RT, jul. 1998.

— Branco, Gerson Luis Carlos. Diretrizes teóricas do novo Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

Messineo, Francesco. Manual de derecho civil y comercial. Buenos Aires: Ejea, 1979. t. 8.

— Manual de derecho civil y comercial: derecho de las obligaciones, parte general (parágrafo 98 a 138). Buenos Aires: Ejea, 1979. t. 4. Montenegro, Antonio Lindbergh C. Responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

Nalin, Paulo; Xavier, Luciana Pedroso; Xavier, Marília Pedroso. A obrigação como processo: releitura essencial 30 anos após. In: Tepedino, Gustavo; FaChin, Luiz Edson (coords.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. vol. II.

Nery, Rosa Maria de Andrade. Ato e atividade. Revista de Direito Privado, vol. 22. p. 10-21. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2005.

— Idéias do mundo antigo. A equação do justo e o direito das obrigações. Revista de Direito Privado. vol. 20. p. 11-32. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2004.

— Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Ed. RT, 2008.

— Nery Junior, Nelson. Novo Código Civil (LGL\2002\400) e legislação extravagante anotados. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Nonato, Orozimbo. Curso de obrigações: pagamento, mora, pagamento indevido. Rio de Janeiro: Forense, 1960. vol. 1.

— Curso de obrigações: pagamento, mora, pagamento individual. Rio de Janeiro: Forense, 1960. vol. 2.

Page, Henri de. Traité élémentaire de droit civil belge. Bruxelas: Bruylant, 1990. t. III. n. 933.

Perlingieri, Pietro. Perfis do direito civil — Introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1984. vol. 45.

Reale, Miguel. Um artigo-chave do Código Civil (LGL\2002\400). Estudos preliminares do Código Civil (LGL\2002\400). São Paulo: Ed. RT, 2003.

**O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR FRENTE À
RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA PELO RISCO DA
ATIVIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

— O direito como experiência – Introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

— Visão geral do novo Código Civil (LGL\2002\400). Revista dos Tribunais. vol. 808. p. 1119. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2003.

Silva, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

Silveira, Maurício Luís Pinheiro. Responsabilidade civil do transportador rodoviário de carga. São Paulo: IBDS. Disponível em: [www.ibds.com.br/artigos/responsabilidadecivildotransportadorrodoviariodecargas.pdf]. Acesso em: 20.09. 2011.

Tepedino, Gustavo. Temas de direito civil. São Paulo: Renovar, 2006. t. 2. — Barboza, Heloisa Helena; Moraes, Maria Celina Bondin de. Código Civil (LGL\2002\400) interpretado conforme a Constituição da República (LGL\1988\3). Arts. 1.º a 420. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. vol. 1.

— — — Código Civil (LGL\2002\400) interpretado conforme a Constituição da República (LGL\1988\3). Arts. 421 a 965. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. vol. 2.

Zannoni, Eduardo A. Cuestiones relativas al daño en la responsabilidad civil. Responsabilidad Civil. Rosário: Vélez Sarsfield, 1988.

1 A expressão é de Ulrich Beck. Sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad. Trad. espanhola Jorge Navarro, Maria Rosa Borrás e Daniel Jiménez. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

2 A inexecução das obrigações e suas conseqüências. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 325. à mão armada, o atraso de trens, entre outros fatos hoje corriqueiros, nem sempre podem ser considerados eventos fortuitos ou de força maior, mas sim acontecimentos do cotidiano, previsíveis e cujas conseqüências danosas podem efetivamente ser contidas ou evitadas, através dos mais diversos expedientes.

3 L'État providence. Paris: Bernard Grasset, 1986. de semelhante com o "mal" que lhe era até então conhecido, decorrente da natureza (catástrofe, tempestade, naufrágio), ou da maldade característica dos homens (roubo, guerra, saque, pilhagem, tortura...).

4 Para Ewald, o acidente se transformou de um "acontecimento no fundo minúsculo e sempre um pouco insignificante, que aparentemente não deveria dizer respeito a cada um senão em sua intimidade individual e familiar" para "um fenômeno social, gerador de deveres e obrigações próprias" (op. cit., p. 15-43).

5 Idem, p. 32-49.

6 Nesse sentido, ver: ANTUNES VARELA. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1977. vol. I, p. 262-266.

7 Ressaltamos, nesse ponto, excelente obra da argentina Graciela Nora Messina De Estrella Gutiérrez: La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y perspectiva. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

8 Apoiando-nos em dizeres de Alvino Lima, concordamos que "se destas atividades colhem os seus autores todos os proventos, ou pelo menos agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados – Ubi emolumentum, ibi onus. Não é justo, nem racional, nem

tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não lhe colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia" (Culpa e risco. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 119).

9 Citado por: MARTINS-COSTA, Judith H. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. RT 680/53.

10 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e proteção da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Direito civil contemporâneo – Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 291.

11 NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Novo Código Civil (LGL\2002\400) e legislação extravagante anotados. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 5.

12 NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 211.

13 Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 51.

14 NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 6.

15 Essa função concedida ao juiz de dar concretude à norma é criticada por alguns que veem a discricionariedade judicial como um risco à segurança jurídica. Lembrando KARL ENGISCH (Introdução ao pensamento jurídico. 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1996, p. 205), para quem "toda a ciência tem que se defrontar com dificuldades", enxergamos esse "aumento" do poder dos juízes como um desafio a ser enfrentado, o qual já foi objeto de enfrentamento por espanhóis, italianos e argentinos, não sendo demasiado lembrar que o BGB alemão – modelo de aplicação bem-sucedida de preceitos abertos – é de 1900 e vige até hoje, tendo "sobrevivido" ao nazismo e ao período turbulento pós-segunda guerra mundial.

16 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

17 Importante, aqui, a apreensão dos conceitos de risco criado e risco proveito, tão bem delimitados por Alvin Lima (op. cit.) e Sergio Cavalieri Filho (Programa de responsabilidade civil. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 143-145).

18 Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho, op. cit. p. 76.

19 Da responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. 2, p. 794-795.

20 TEPEDINO, Gustavo et al. Código Civil (LGL\2002\400) interpretado conforme a Constituição da República (LGL\1988\3). Arts. 1.º a 420. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. vol. 1, p. 393.

21 Nesse sentido, ver: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1984. vol. 45, § 4852, p. 8.

22 A expressão refere-se à tendência de substituição das relações econômicas individuais para a despersonalização provocada pela massificação do consumo de bens e serviços.

23 Cuestiones relativas al daño en la responsabilidad civil. Responsabilidad civil. Rosario: Vélez Sarsfield, 1988. p. 26.

24 SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. Responsabilidade civil do transportador rodoviário

**O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR FRENTE À
RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA PELO RISCO DA
ATIVIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

de carga. São Paulo: IBDS. Disponível em:
[www.ibds.com.br/artigos/responsabilidadecivildotransportadorrodoviariodecargas.pdf].
Acesso em: 20.09. 2011.

25 Nesse sentido, vale esclarecer que em 1983, na 33.^a Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Estudos de Transportes e Tarifas (Conet), a NTC – Associação Nacional das Empresas de Transportes Rodoviários de Carga – propunha a inclusão do risco de roubo na garantia securitária de sua responsabilidade civil, o RCTR-C (Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário de Carga). Tal proposta encontra-se registrada nos anais daquele encontro.

26 Da responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. vol. 2, p. 689.