

DA IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO, CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR (*)

Luiz Roldão de Freitas Gomes

1. Da impossibilidade da prestação

1.1. Conceito de impossibilidade. Distinção de dificuldade

Duas correntes disputam a primazia em torno da conceituação de Impossibilidade: a de seu conceito lógico e a de seu conceito jurídico. Para a primeira, impossível é aquela prestação que não se pode realizar de forma absoluta. Como exemplo, cita-se a obrigação de transportar mercadorias através do rio que gelou.

A segunda propõe uma noção mais ampla, admitindo igualmente como impossível a prestação cujo *cumprimento* exija do devedor esforço extraordinário e injustificável.

Segundo *Hedemann*, compreende-se no conceito jurídico de impossibilidade:

- a) a impossibilidade jurídica *stricto sensu*;
- b) a inexistência econômica;
- c) a inexistência psíquica.

Juridicamente impossível é a prestação cujo cumprimento for impedido por vedação legal.

Impossível economicamente seria a prestação que exigisse do devedor gasto absurdo, que o sacrificasse inteiramente, sujeitando-o à perda material intolerável. Configurar-se-ia na hipótese de ter o devedor de fretar um avião para a entrega de mercadoria de valor insignificante, porque estivessem em greve, há vários dias, os transportes rodoviários e marítimos.

A inexistência psíquica se daria, quando, para cumprir a prestação, tivesse o devedor de expor-se a excessivo risco pessoal ou suportar intolerável constrangimento moral. Concretizar-se-ia no caso de exigir-se de um ator que entrasse em cena no momento em que sua mulher estivesse moribunda.

1.1.2. Forçoso é admitir-se que se não confunde a impossibilidade com a dificuldade de prestação, ainda que esta decorra de sua excessiva onerosidade. Com efeito, a dificuldade implica possibilidade mediante um certo esforço, devendo-se sempre ter em consi-

(*) Trabalho apresentado na disciplina de Direito Civil Aprofundado no Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFRJ, em 1975.

deração a conduta de um homem-tipo, para que seja caracterizada. Não se identifica, por igual, com a impossibilidade relativa, como adiante se verá.

É verdade que, muitas vezes, não é fácil demarcar os limites entre uma e outra, para o que se deverão levar em conta a presumida intenção das partes, a boa fé e os costumes.

1.2. *Distinção entre impossibilidade originária e subsequente, objetiva e subjetiva*

1.2.1. A impossibilidade da prestação pode apresentar-se no momento da conclusão do contrato ou, se se cuida de legado, ao tempo da abertura da sucessão, ou aparecer apenas posteriormente. Nos dois primeiros casos, temos a impossibilidade *originária*; no último, a *subsequente*. Neste, a relação obrigatória já existente se modifica ou se extingue.

1.2.2. Designa-se impossibilidade *absoluta* ou *objetiva* aquela que é de ordem geral, atingindo a prestação em si e existente com relação a qualquer indivíduo que se encontre em situação análoga à do obrigado. Chama-se impossibilidade *relativa* ou *subjetiva*, também denominada *impotência*, aquela que é limitada à pessoa e aos meios de ação particulares do devedor.

A impossibilidade absoluta, decorrendo da natureza objetiva da coisa, pode ser de natureza física ou jurídica: física, quando se vende um cavalo já morto; jurídica, p. ex., ao alienar-se coisa fora do comércio.

Como já se ressaltou, a impossibilidade relativa não se confunde com a mera dificuldade, embora seja pessoal ao obrigado. *Reconhece-se* que a separação entre ambas nem sempre se revela nítida, restando ao juiz certa liberdade de apreciação das provas para distingui-las. Destarte, a Corte de Paris, por aresto de 7 de janeiro de 1910, considerou uma afecção dentária de um escritor, que alegou ter sido por ela impedido de trabalhar durante três semanas, o que o impossibilitou de entregar ao empresário uma peça teatral no termo convencionado, como caso de força maior (Citado por *Bonnecase, Traité Théorique et pratique de Droit Civil*, de Baudry-Lacantinerie; Supp. III, págs. 538-539, apud Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso Fortuito ou de Força Maior*, pág. 155).

Contudo, consoante o ensinamento do jurista pátrio, Impossibilidade *absoluta* ou *objetiva* será a que existir normalmente para qualquer homem, em análoga situação de tempo, lugar, meio e objeto da prestação, sem considerar as condições pessoais do devedor, desde que estas não tenham conexão necessária com a própria prestação. Impossibilidade *subjetiva* ou *impotência* é aquela que, ao contrário, é limitada à pessoa e aos meios de ação particulares do devedor, sem atingir, de qualquer modo, a prestação em si.

1.3. *Efeitos da impossibilidade originária*

O contrato pelo qual se promete uma prestação impossível é nulo: *ad impossibilia nulla est obligatio* (Cf. *Enneccerus-Lehmann, In Derecho de Obligaciones*, ed. 1954, Bosch Casa Editorial, pág. 155). A assertiva é válida com respeito à impossibilidade objetiva, não à subjetiva, pois, como salientam os autores citados, se alguém promete a prestação de coisa que não lhe pertence, o contrato será, entretanto, válido e obrigará à prestação dessa coisa, sendo que, se não a logra obter, ver-se-á obrigado a indenizar o credor. Lembram que um contrato eficaz que não gere um crédito dirigido à execução é como a faca de *Lichtenberg*, sem lâmina e sem cabo.

Por conseguinte, a parte que, na época da conclusão do contrato, sabia ou deveria saber que a prestação era impossível, responde à outra pelo prejuízo que esta sofreu pelo fato de confiar na validade do contrato.

Essas ligeiras considerações se aplicam tanto à impossibilidade definitiva como àquela que, posteriormente, pode ser sanada. Assim, se compro uma coisa que me pertence, o contrato continuará nulo, ainda que, mais tarde, eu deixe de ser o proprietário.

1.4. *Efeitos da impossibilidade subsequente*

1.4.1. *Generalidades*

Para o tema da modificação das obrigações, apenas importa a impossibilidade subsequente, seja adjetiva, seja subjetiva, as quais produzem os mesmos efeitos. Basta, portanto, reportar-se à impossibilidade subsequente como gênero.

Vale ressaltar a distinção entre a impossibilidade originária e a subsequente, eis que a primeira tem por consequência a *nulidade* da obrigação, ao passo que a segunda acarreta a *transformação* ou a *extinção* da obrigação segundo seja ou não imputável ao devedor.

1.4.2. *Efeito liberatório da impossibilidade subsequente da prestação*

1.4.2.1. *Impossibilidade total subsequente*

Se a impossibilidade que se produz posteriormente não é imputável ao devedor e tem caráter definitivo, aquele se libera, quer se trate de impossibilidade objetiva ou subjetiva.

Há uma exceção no que tange às obrigações genéricas, em face do art. 877 do Código Civil, o qual nega se possa alegar perda ou deterioração nesta espécie de prestação. É o corolário do princípio *genus nunquam perit*, o qual, porém, pode ser afastado quando ocor-

ra verdadeira impossibilidade absoluta, na hipótese, v.g., de um monopólio instituído pelo Estado, situação em que se resolve a obrigação.

1.4.2.2. A dificuldade extraordinária, a seu turno, equipara-se à impossibilidade, se não se pode exigir do devedor vencê-la (prestação exorbitante). É o caso em que os objetos só podem ser obtidos pelo devedor por meios opostos à moral e aos bons costumes.

1.4.2.3. Nas obrigações alternativas, o devedor só se libera se todas as prestações se tornaram impossíveis.

1.4.2.4. Se se trata de obrigações recíprocas, o devedor se libera se a prestação resulta impossível por circunstância não imputável a ele, podendo, todavia, o credor exigir a indenização, ou respectiva pretensão, que o devedor tenha obtido em virtude daquela circunstância (valor do seguro em caso de incêndio). Nesta hipótese, o credor tem de realizar a contraprestação, ainda que proporcional ao valor da indenização.

De outra parte, se a prestação se tornou impossível por causa imputável ao credor, o devedor se libera segundo a regra geral, e o credor tem de satisfazer a contraprestação.

1.4.2.5. Se a impossibilidade é de natureza transitória, de modo a que desapareça breve, tornando-se possível, mediante prestação posterior, atingir-se o objeto do contrato, a obrigação não se extingue, estando apenas o devedor desobrigado da prestação pelo tempo que permaneça a impossibilidade, a saber, não incorre em mora nesse período.

1.4.2.2. *Impossibilidade subsequente parcial*

Nesta hipótese, o devedor se libera parcialmente, reduzindo-se, proporcionalmente, seu direito à contraprestação, nas obrigações recíprocas. Cumpre destacar que a prestação é também impossível em parte, quando, ainda que se possível como prestação, só pode ser realizada com objeto de qualidade inferior.

1.4.3. *Responsabilidade pela impossibilidade subsequente da prestação*

1.4.3.1. *Impossibilidade total subsequente*

A impossibilidade da prestação se considera definitiva não só quando, de antemão, se exclui toda previsão de que desapareça o obstáculo que se antepõe à prestação, mas também quando seu desaparecimento só pode ter lugar em virtude de um fato cuja probabilidade é tão remota que, racionalmente, não é de esperar que se realize (*Enneccerus-Lehmann, ob. cit.,* pág. 250).

Neste caso, o devedor a quem é imputável responde por ampla indenização. Consoante os princípios que regem a matéria, a impossibilidade subsequente, por si só, não constitui uma causa de liberação, mas apenas quando se lhe acresce a circunstância, que elimina o direito da inimputabilidade, a qual tem de ser provada pelo devedor.

Caso a impossibilidade seja transitória, o devedor a quem é imputável incorre em mora assim que concorram os demais requisitos desta.

1.4.3.2. *Impossibilidade subsequente parcial*

Se a prestação se torna parcialmente impossível por fato imputável ao devedor, o credor tem, em contrapartida, os mesmos direitos que no caso da impossibilidade total, mas limitados à parte que resultou impossível. Pode, em consequência, exigir, além da execução da parte possível, a indenização pelo impossível.

Ainda nesta hipótese, considera-se impossibilidade parcial a que atinge uma prestação que só pode ser efetuada em qualidade inferior.

De outra feita, a impossibilidade imputável meramente temporal enquadra-se no conceito de mora.

1.4.4. *Ônus da prova*

O ônus da prova da impossibilidade da prestação — e de sua imputabilidade — varia de acordo com as consequências derivadas desses fatos. Como uma das regras de caráter geral, pode-se dizer que o credor fica isento dessa prova, se pleiteia, primeiramente, a prestação originariamente devida.

Caso o devedor alegue a impossibilidade sem produzir a prova da exoneração de que aquela não é imputável a ele, o credor tem opção dentre as perdas e danos, o substitutivo da prestação e, se o contrato é bilateral, a resolução.

Quem quer, porém, que tenha declarado que está exonerado de sua prestação por impossibilidade subsequente e ainda assim exige a contraprestação, tem que provar que a impossibilidade é imputável a outra parte.

2. *Caso Fortuito ou de Força Maior*

2.1. *Conceito. Divergências doutrinárias: correntes objetiva e subjetiva*

Segundo a concepção tradicional adotada pelo Código Civil, o caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir (parágrafo único do artigo 1.058).

Seu conceito, entretanto, não é pacífico na doutrina. De há muito, duas correntes se opõem em torno de sua formulação: uma objetiva, buscando caracterizá-lo com elementos decorrentes dos próprios acontecimentos, abstração feita das condições pessoais e da diligência do obrigado; outra subjetiva, propondo a identificação daquela noção com a ausência de culpa.

Nosso Código orientou-se pela teoria objetiva naquela conceituação, embora perdure a divergência entre os juristas.

De ressaltar-se, porém, que, no campo do Direito das Obrigações, um novo elemento se acrescenta nas referidas definições: a impossibilidade da obrigação.

2.1.1. Firmaram-se determinadas opiniões em torno do assunto naquele Direito, que, porém, não resistem a uma investigação científica mais rigorosa.

Dentre estas a de que o caso fortuito se caracterizaria pela impossibilidade de ser previsto e a força maior pela de ser vencida, passagem atribuída a *Ulpiano*.

Contudo, como bem precisaram alguns autores, diante dos textos do *Corpus Iuris Civilis*, parece inexistir qualquer distinção entre a *vis maior* e o *casus*.

A grande questão residiria, no entanto, na identificação, ou não, dos conceitos de ausência de culpa e de força maior.

De acordo com o entendimento mais fundamentado, não se confundiriam aquelas noções. Trechos do *Corpus Iuris* não a identificam; é o que decorre das observações de *Ulpiano* com relação ao edito do pretor, referente à responsabilidade dos barqueiros e estalajadeiros pela restituição das coisas que lhes houvessem sido confiadas. Essa responsabilidade persistiria ainda que a coisa se houvesse danificado ou perecido sem culpa do obrigado, cessando, todavia, se o efeito fosse da força maior.

2.1.2. O Direito Comparado

Resulta, primeiramente, do estudo das diversas legislações a verificação de que a distinção entre o caso fortuito e a força maior se encontra em declínio.

Na França, é repudiada pela maioria dos autores em face dos textos do Código Civil e da exegese dos Tribunais. Assim também na Itália e na Espanha.

No Direito alemão, procura-se mantê-la, entendendo-se a força maior como exceção liberatória admissível nas hipóteses de responsabilidade ampla, estabelecida em determinadas relações jurídicas, independentemente da idéia de culpa, constituindo, assim, uma noção diversa do caso fortuito, que abrangeria os acontecimentos não culposos da parte do devedor.

No que tange à prevalência da corrente subjetiva ou objetiva, ressalte-se que elas disputam, com maior ou menor número de adeptos, a preferência dos juristas, notando-se um revigoramento da tendência subjetiva.

Os Códigos, de um modo geral, podem ser classificados em dois grupos: um, constituído dos que, como o francês e o italiano, reportam-se à força maior ou ao caso fortuito como causa excludente de responsabilidade sem defini-los; o outro, abrangendo aquelas codificações que, à semelhança do Código Civil brasileiro, procuram fixar os seus requisitos.

2.2. *Inexistência de distinção entre caso fortuito e força maior no Direito brasileiro*

2.2.1. Refere o Prof. *Arnoldo Medeiros da Fonseca*, em sua alenada obra citada, pág. 120 — que “entre os nossos civilistas antes e depois de promulgado o Código Civil da mesma forma que entre os nossos comercialistas, muitos não estabelecem ou assinalam qualquer distinção entre as duas expressões”.

“Nessa corrente incluem-se *Ribas, Spencer Vampré, Carlos de Carvalho e Orlando*, aos quais, já agora, podemos juntar *Nehemias Gueiros, Carvalho Santos*, este, à vista dos textos do Código, embora em tese, não negue a sua possibilidade”. “Outros, porém, como *Clóvis Bevilacqua, J. X. Carvalho de Mendonça, Bento de Faria, João Luiz Alves e Tito Fulgêncio*, aceitam a velha concepção que distingue os eventos produzidos pelas forças ininteligentes, os quais seriam casos *fortuitos*, da *força maior*, constituída pelos fatos nos quais a ação do homem representaria um certo papel”

2.2.2. Os arestos dos Tribunais não apresentam maior profundidade científica na definição de caso fortuito ou força maior, de molde a se poder afirmar que a maioria propende pela identificação dos seus conceitos ou não. Contudo, salienta *Arnoldo Medeiros da Fonseca* (*ob. cit.*, pág. 121), em julgados do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, encontram-se a expressão *caso fortuito* designando acontecimentos decorrentes de *forças naturais*, e a locução *força maior* a indicar *fatos de terceiros*, aludindo-se, às vezes, às mesmas como se traduzissem duas causas diversas de exoneração de responsabilidade.

2.2.3. Em face de nossos textos legais — Cód. Civil, legislação comercial e a Lei de Acidentes do Trabalho — argumenta o saudoso jurista pátrio não haver qualquer distinção entre *caso fortuito* e *força maior*.

Além da definição constante do parágrafo único do artigo 1.058 do Cód. Civil, onde as expressões estão meramente separadas pela

alternativa “ou”, invoca os dispositivos dos artigos 877, 957, 1.208, 1.253, 1.412, 1.419 e 1.527, n.º IV, do mesmo Código, onde as mesmas estão equiparadas.

Conclui, afirmando que “em nosso direito positivo, não havendo base segura para qualquer distinção entre *caso fortuito* e *força maior*, nem mesmo em face da legislação especial trabalhista, e estando generalizado o uso das duas expressões como sinônimas, preferimos aceitar também essa equivalência, tanto mais quanto os variados e contraditórios critérios diferenciais propostos aconselham ainda, do ponto de vista prático, a orientação que adotamos”.

2.3. Requisitos do caso fortuito

2.3.1. Entendido o caso fortuito em perfeita sinonímia com a força maior e ambos abrangendo todo acontecimento *inevitável*, *necessário*, cujos efeitos não seria dado a nenhum homem prudente prevenir ou obstar, resta estabelecer-lhe os elementos indispensáveis à caracterização.

Afiguram-se dois, na lição do saudoso professor, ora invocado, que dissertou, com profundidade, sobre a matéria, um *interno de ordem objetiva*: a *inevitabilidade*, ou impossibilidade de impedir ou resistir ao acontecimento, objetivamente considerado, tendo em vista as possibilidades humanas, atendidas em toda sua generalidade, sem nenhuma consideração pelas *condições pessoais* do indivíduo cuja responsabilidade está em causa; outro, externo, de *ordem subjetiva*: a *ausência de culpa*.

2.3.2. O caso fortuito prende-se conceitualmente à ausência de culpa. Com efeito, dado seu caráter de *inevitável*, não pode decorrer de ato culposo do obrigado, pois, se tal sucede, não era inevitável. De outra parte, quando o devedor se expõe culposamente aos efeitos do evento irresistível, pela concorrência de culpa sua, ainda assim não se considera o fortuito, sob o prisma jurídico. Por exemplo, se o comodatário transporta a coisa emprestada para lugar diverso daquele em que deveria usá-la e esta vem a ser destruída por uma inundação, não se exclui sua responsabilidade por via do fortuito.

2.3.3 Quanto à inevitabilidade, é mister que seja sopesada, conforme o ensinamento de *Arnoldo Medeiros da Fonseca*, “tendo em vista a realidade concreta de cada caso, encarado objetivamente em toda sua generalidade, atendidas as possibilidades humanas, mas com abstração completa da pessoa do devedor considerado e do grau de diligência a que estivesse obrigado”. Cuida-se de uma impossibilidade objetiva ou absoluta “que ocorreria, pela natureza dos fatos, em relação a qualquer homem prudente em idênticas circunstâncias de tempo, lugar e meio, tendo em vista o objeto da prestação”.

Não se reputa, ao contrário de alguns, a imprevisibilidade um elemento especial a destacar. Realmente, ou “o acontecimento, pela sua imprevisibilidade, se tornou irresistível, aparecendo aquela como simples razão da inevitabilidade, que permanece como único requisito; ou o obrigado poderia resistir ao acontecimento, embora imprevisível, e *estará em culpa se o não fizer*”. “E a inevitabilidade, em tais condições, fica sendo o único requisito objetivo que subsiste, quer decorra da própria *imprevisibilidade do evento*, quer do *modo irresistível* pelo qual este se manifeste”.

2.3.4. Do exposto, conclui-se que não é possível generalizar-se com a assertiva de que há eventos que, aprioristicamente, são sempre considerados casos fortuitos, eis que dependem, para tanto, das condições em que se verifiquem.

Todavia, é fora de dúvida que ocorrem fatos cuja natureza de inevitável é notória, como uma requisição militar.

2.3.5. No Direito das Obrigações, novo requisito acresce aos demais para a configuração do fortuito: a *impossibilidade de executar*.

Para uma interpretação válida do artigo 1.058 do Cód. Civil, faz-se necessário que resulte uma impossibilidade *absoluta* ou *objetiva*, *permanente* ou *temporária*, *total* ou *parcial*. Não a mera dificuldade ou onerosidade excessiva, que não exoneram o devedor, resolvendo o vínculo obrigatório.

2.3.6. No entanto, não se confunde o fortuito com a mera impossibilidade de prestar. Destarte, se a coisa perece, por motivo de vícios intrínsecos, não imputáveis, não há que falar em fortuito, por falta da irresistibilidade, mas na simples impossibilidade de prestar.

2.4. *Distinção entre ausência de culpa e caso fortuito*

2.4.1. Na doutrina francesa mais recente, admite-se a distinção entre ausência de culpa e caso fortuito, balizando-a por uma questão de prova.

Assim, quando se tratasse de ausência de culpa, seria suficiente, de parte do devedor, comprovar uma conduta normal relativamente às circunstâncias, não se preocupando em demonstrar a causa do evento danoso. Contudo, se se trata de caso fortuito ou força maior, é de se exigir a prova de um acontecimento determinado, não culposos, que acarretasse, necessariamente, a impossibilidade absoluta de executar a obrigação.

2.4.2 Melhor critério se impõe, adotado pelo Professor *Arnoldo Medeiros da Fonseca* (*ibidem*, pág. 165): a ausência de culpa é o gênero, do qual o caso fortuito é a espécie.

Com efeito, o elemento subjetivo, insito à noção de ausência de culpa, deve figurar também no caso fortuito, porém, ao lado de outro elemento objetivo, a inevitabilidade do evento. Indaga-se: se a ausência de culpa provém do fato do expedidor ou do destinatário, no contrato de transporte, pode-se dizer que haja caso fortuito? Não, consoante a legislação específica e a doutrina.

Portanto, “somente quando se tratar de um fato certo, de origem conhecida, cuja inevitabilidade possa assim ser plenamente comprovada, é que a impossibilidade de execução dele resultante — e que também implica na ausência de culpa — chamar-se-á *caso fortuito*”.

2.4.3 Orientando-se por esta linha de princípios, nosso Código revela-se, em muitos casos, mais rigoroso e exige a prova do caso fortuito, ou de força maior, ou de outros fatos precisos e inimputáveis como condição indispensável à exclusão de responsabilidade.

Destarte, no depósito voluntário, o depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e a diligência que costuma ter com o que lhe pertence (art. 1.266). A prova de ausência de culpa, *in concreto*, é suficiente para exonerá-lo.

Em se cogitando, todavia, de depósito necessário de bagagens dos viajantes e fregueses nos hotéis e casas de pensão, a responsabilidade dos estalajadeiros ou hospedeiros, que é agravada, abrangendo atos criminosos de seus prepostos, só cessará, nos termos da lei, se ficar provado ou que os fatos prejudiciais não podiam ter sido evitados, ou a ocorrência de força maior (art. 1.285, I e II).

2.4.4. À vista do exposto, ausência de culpa e o caso fortuito não se confundem, em nosso ordenamento jurídico, representando meios diversos de liberação do devedor, com repercussão probatória diferente.

2.5. *Efeitos do caso fortuito*

A consequência de seu reconhecimento é o efeito liberatório da obrigação, expressa no artigo 1.058 do Cód. Civil, ao prescrever que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior”.

De outro lado, como já foi dito, é mister que não haja concurso de culpa por parte do devedor, isto é, a concorrência entre fato culposo dele e o fortuito, pois este não será reconhecível juridicamente.

No campo das obrigações, impõe-se ainda que o caso fortuito acarrete a impossibilidade objetiva de execução.

Sendo a impossibilidade total e permanente, ocorre a extinção do vínculo obrigacional.

Se for temporária, não se caracterizará a mora.

Caso seja apenas parcial, há que distinguir, podendo o credor obter, de acordo com a natureza e o fim do contrato, o cumprimento da parte que lhe for útil.

2.5.1. *Exceções ao princípio do efeito liberatório do caso fortuito*

Estas podem ser verdadeiras ou aparentes.

As primeiras classificam-se em dois grupos:

- a) deslocamento convencional dos riscos em matéria contratual;
- b) responsabilidade objetiva — instituída por lei — que compreenda, completa e ilimitadamente, os danos resultantes do caso fortuito, atribuindo-os ao encargo do agente.

2.5.1.1. No contrato de seguro, temos a aplicação do primeiro caso, através do qual a responsabilidade decorrente do caso fortuito existirá, quando o devedor a houver expressamente assumido. No entanto, apenas os riscos oriundos de casos fortuitos que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação, consideram-se assumidos pelo devedor, se dúvida houver, uma vez que as exceções se interpretam restritivamente.

Temos a aplicação do segundo caso — responsabilidade objetiva — na hipótese de acidentes de aeronave em voo, causando danos a pessoas ou coisas que se encontrem na superfície do solo (Cód. Brasileiro do Ar — Decreto-lei n.º 438, de 8-6-38, art. 97). Só se atenua ou exclui essa responsabilidade por culpa do lesado.

2.5.1.2 São casos de exceções aparentes: o perecimento ou daniificação da coisa por fato alheio à vontade do dono; usurpação ou esbulho do alheio; a mora do devedor; prestações de gênero ou dinheiro; a responsabilidade do comodatário; operações arriscadas do gestor de negócios.

Tome-se para exame a mora do devedor. O artigo 1.058 do Cód. Civil estatui que o devedor não responde pelos prejuízos advindos do caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles se responsabilizado, *exceto nos casos dos artigos 955, 956 e 957*. Trata-se — a exceção — da hipótese da mora, em que a regra parece atribuir o fortuito ao encargo do devedor. Contudo, ela apenas agrava, para o devedor, se estiver em mora, o ônus da prova,

pois, normalmente, para este, bastaria comprovar a ocorrência do fortuito. Estando em mora, terá que demonstrar, para liberar-se, que houve isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Não há, portanto, exceção verdadeira, real deslocamento de riscos, mas, sim, agravação do ônus da prova para o devedor.

2.6. Ônus da prova

Allegans casum fortuitum illum probare tenetur: incumbe a quem o invoca a prova do evento inevitável, próprio do caso fortuito. É preciso demonstrar, porém, a relação de causalidade entre o fato material e o prejuízo ou a impossibilidade de executar a prestação.

Nos casos já aludidos — exceções aparentes — de mora do devedor (art. 957), de substituição proibida no exercício do mandato (art. 1.300, § 1.º) e gestão iniciada contra a vontade do *dominus* (art. 1.332), exige-se ainda do devedor, do mandatário ou do gestor, a prova simultânea de que o fato danoso sobreviria ainda que a obrigação fosse oportunamente desempenhada, o mandato não fosse substabelecido ou a gestão não se verificasse, isto é, a ausência de qualquer concorrência de culpa para verificação dos prejuízos, a fim de que a responsabilidade cesse.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. *Enneccerus-Lehmann, Derecho de Obligaciones*, Bosch Casa Editorial, 1954.
2. *Fonseca, Arnaldo Medeiros da, Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 3ª ed., Forense.
3. *Gomes, Orlando, Obrigações*, Forense, 1968.
4. *Gonçalves, Cunha, Tratado de Direito Civil*, vol. 12, tomo 2.
5. *Baudry Lacantinerie e Barde, Trattato Teorico di Diritto Civile. Delle Obbligazioni*, vol. III, Milano, 1815.
6. *Lopes, Serpa, Curso de Direito Civil*, vol. 2, 4ª ed.
7. *Mendonça, M. I. Carvalho de, Doutrina e Prática das Obrigações*, tomo II, 4ª ed.
8. *Marty et Raynaud, Droit Civil*, 1962, Sirey, tomo II (*Les Obligations*).
9. *Mazeaud et Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Éditions Montchrestien*, 1969, tome 2 ème (*Obligations*).
10. *Pereira, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil*, ed. Forense, 1968, vol. 2.
11. *Planiol, Marcel, Traité Élémentaire de Droit Civil*, 1949, Paris, vol. II.