



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SECAGEM DE FUMO. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DEVER DO FUMICULTOR DE ADOTAR PROVIDÊNCIA PARA EVITAR O DANO. ESPECIFICIDADE DE SUA CULTURA AGRÍCOLA. NECESSIDADE DE INSTALAÇÃO DE GERADOR PRÓPRIO. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. "HAND FORMULA". CHEAPEST COST AVOIDER. ENCARGO DE EVITAR O PRÓPRIO DANO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA ACOLHIDA APENAS EM PARTE. REPARTIÇÃO DOS RISCOS. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.

- 1. Contam-se aos milhares os processos judiciais ajuizados por fumicultores de nosso Estado, pretendendo a responsabilização civil das concessionárias de energia elétrica, em razão de perdas de produção do fumo devidas à interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem. Diante do aumento do número de processos judiciais e da elevação das pretensões indenizatórias, esta Câmara passou a entender ser razoável exigir-se dos fumicultores que estejam preparados para as inevitáveis e previsíveis intempéries climáticas anuais em nosso Estado, adquirindo geradores de energia que possam ser ativados em caso de interrupção da luz.**



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

2. **DUTY TO MITIGATE THE LOSS.** Constatando-se que os custos para instalação de um gerador não é elevado, ficando abaixo de boa parte das pretensões indenizatórias apresentadas, é razoável, econômica e juridicamente, exigir-se que os fumicultores adotem providências para evitar os danos. Como fundamento para tal exigência, invoca-se a doutrina do "*duty to mitigate the loss*", que vem tendo boa acolhida doutrinária e jurisprudencial em nosso país, além de ser bastante conhecida no direito comparado, inclusive com consagração normativa internacional. À míngua de legislação específica, tal doutrina coaduna-se perfeitamente como uma das aplicações do princípio (ou cláusula geral) da boa-fé objetiva, dentro de uma visão cooperativa de relacionamento contratual e dentro da função de criação de deveres instrumentais, laterais ou anexos, inerentes à boa-fé objetiva.
3. **CHEAPEST COST AVOIDER.** Caso se examine a questão sob a ótica da análise econômica do direito, pode-se invocar a doutrina do *cheapest cost avoider*. Esta doutrina defende a idéia de que um critério objetivo para minimizar perdas e evitar custos consiste em tentar identificar quem pode evitar o dano a um menor custo. No caso em tela, diante da



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

inevitabilidade da ocorrência de interrupções de energia elétrica, mesmo que por curtos períodos, o cultivador de tabaco pode evitar os danos a um custo menor, com a aquisição de gerador *no-break*.

4. Igualmente é possível a invocação da conhecida "*FÓRMULA DE HAND*" (*Hand Formula*), segundo a qual pode-se identificar uma negligência quando o custo para se evitar o dano é inferior ao valor do potencial prejuízo, multiplicado pela probabilidade de que ele venha a ocorrer. No caso dos fumicultores, tal custo é relativamente reduzido (instalação de gerador *no-break*), comparando-se com a previsível ocorrência de prejuízos derivados mesmo de curta interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem.
5. ENCARGO DE EVITAR O PRÓPRIO DANO. Ao não adequar sua conduta de modo a evitar o próprio dano ou o seu agravamento, isto é, ao não observar o encargo de afastamento do dano ou minimização de sua extensão, a vítima pode perder, total ou parcialmente, o direito à indenização pelo respectivo dano que poderia ter evitado sofrer. Esse efeito pode ser extraído da análise dos arts. 402, 403 e 945 do CC. Doutrina a respeito.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

6. A questão em tela não pode ser analisada exclusivamente do ponto de vista individual (justiça corretiva), já que ela necessariamente tem implicações sociais (justiça distributiva), pois o repasse dos custos dos danos do fumicultor individual para a concessionária de energia elétrica, num primeiro momento, acaba repercutindo sobre toda a sociedade, já que no regime capitalista todo e qualquer custo ou prejuízo transforma-se em preço ou tarifa. Consequentemente, cedo ou tarde, o valor das indenizações redundará em aumento da tarifa a ser paga por toda a sociedade.
7. Assim, resta esclarecido que não se trata de um posicionamento que desconsidera os interesses do consumidor específico (o fumicultor), pregando-se a volta do lamentável *caveat emptor*. Trata-se, isso sim, de um posicionamento que procura proteger os interesses da generalidade dos consumidores (todos os usuários de energia elétrica, que, ao fim e ao cabo, pagarão a conta), ao mesmo tempo em que procura demonstrar que, do ponto de vista da racionalidade econômica, é mais vantajoso para os próprios fumicultores evitarem os danos do que posteriormente demandarem para obter sua reparação.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

8. O novo entendimento desta Câmara restringe-se às hipóteses em que os danos sofridos pelo demandante derivam da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante tempo inferior a 24 horas ininterruptas. Nessa hipótese, os prejuízos sofridos pelo fumicultor serão por ele suportados à razão de 2/3, imputando-se à concessionária de energia elétrica o restante 1/3.
9. Nas hipóteses de interrupção por período superior a 24h, a responsabilidade é integralmente da concessionária, ressalvadas as hipóteses de força maior e a orientação jurisprudencial da Câmara.
10. Caso concreto em que a interrupção do fornecimento de energia elétrica ocorreu por poucas horas, aplicando-se, portanto, o entendimento unificado firmado, no sentido de o autor ser indenizado na proporção de 1/3 dos danos comprovados.

**APELAÇÃO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDA E
APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA.**

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-
85.2016.8.21.7000)

COMARCA DE MARAU



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

ADAO ADELMIR DA ROSA FERREIRA

APELANTE/APELADO

RGE- RIO GRANDE ENERGIA

APELANTE/APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, [em prosseguimento do julgamento, na forma do art. 942 do CPC, após discussão e consenso, à unanimidade, em dar parcial provimento à apelação da ré e em negar provimento à apelação do autor.](#)

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY (PRESIDENTE), DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA, DESA. CATARINA RITA KRIEGER MARTINS E DES. CARLOS EDUARDO RICHINITTI.**

Porto Alegre, 14 de dezembro de 2016.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

DES. EUGÊNIO FACCHINI NETO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. EUGÊNIO FACCHINI NETO (RELATOR)

Por economia processual **adoto o relatório** elaborado às fls.

106/verso:

ADÃO ADELMIR DA ROSA FERREIRA ajuizou a presente ação indenizatória em face de RIO GRANDE ENERGIA – RGE.

Em sua inicial, narra ser agricultor e trabalhar na produção de fumo, secando o tabaco em estufas elétricas.

Sustenta que, no dia 01 de janeiro de 2013, por volta das 07h, houve a interrupção do fornecimento de energia elétrica, que retornou somente às 14h 30min; no dia 02 de fevereiro de 2013, a interrupção ocorreu às 09h, retornando às 15h 10min; e no dia 04 de fevereiro de 2013, às 21h houve a interrupção do fornecimento de energia elétrica, retornando às 02h.

Refere que, por terem as interrupções ocorrido no momento em que realizava a secagem do fumo, o produto perdeu a qualidade, o que lhe acarretou um prejuízo de R\$ 22.759,43 (vinte e dois mil setecentos e cinquenta e nove reais e quarenta e três centavos).

Requer a procedência dos pedidos, com a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais nos valores de: R\$



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

10.431,87 (dez mil quatrocentos e trinta e um reais e oitenta e sete centavos) referentes aos prejuízos decorrentes da falta de luz no dia 01/01/2013; e R\$ 12.327,56 (doze mil trezentos e vinte e sete reais e cinquenta e seis centavos) referentes aos prejuízos decorrentes da falta de luz nos dias 02-04/02/2013. Pede a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita e junta os documentos de fs. 16/27.

Deferida a AJG, f. 28.

Citada, a ré apresentou contestação às fs. 37/45.

Preliminarmente, alega falta de interesse de agir do autor, tendo em vista que não buscou a resolução do conflito pela esfera administrativa.

No mérito, sustenta que, a interrupção dos dias referidos ocorreu dentro do limite estipulado pela ANEEL, motivo pelo qual inexistente ato ilícito de sua parte.

Refere a culpa exclusiva do autor, que deveria ter solicitado à ré o aumento da tensão para segurar a carga pelo consumo excessivo de energia, bem como que, por ser produtor de fumo, o autor deveria dispor de um meio alternativo de energia elétrica para evitar imprevistos.

Aduz que não há danos materiais, sustentando que a documentação juntada pelo autor não comprova o efetivo valor postulado.

Pugna pela improcedência dos pedidos iniciais e junta os documentos de fs. 42/52.

Réplica às fs. 53/58.

Instadas as partes sobre as demais provas que pretendiam produzir, o autor requereu a produção de prova testemunhal (f. 61) e a ré requereu a intimação do autor para juntar aos autos notas fiscais referentes às três últimas safras, o depoimento pessoal do autor e a oitiva do técnico que assinou o laudo acostado pelo autor (f. 63).



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

O processo foi instruído com o depoimento pessoal do autor e a oitiva das testemunhas Alberi e Eder (CD acostado à f. 80) e Jeferson (CD acostado à f. 100).

Encerrada a instrução, o requerente apresentou memoriais às fs. 103/105.

Vieram os autos conclusos.

Sobreveio **sentença de parcial procedência** dos pedidos iniciais (fl. 106/108v), cuja parte dispositiva segue transcrita abaixo:

Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por ADÃO ADELMIR DA ROSA FERREIRA em face RIO GRANDE ENERGIA – RGE para condená-la (a RGE) ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 10.431,87 (dez mil quatrocentos e trinta e um reais e oitenta e sete centavos), a ser atualizado pelo IGP-M desde a data do evento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (responsabilidade contratual).

Em face da sucumbência recíproca, condeno a ré ao pagamento de 50% das custas e despesas processuais, bem como da metade dos honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% do valor da causa, forte no artigo 20, §4º e §3º, alíneas 'a' e 'c', do Código de Processo Civil, considerando mormente a natureza da causa. O restante das custas, despesas processuais e honorários advocatícios (50%) será suportado pela parte autora, suspensa a exigibilidade, nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50. Os honorários devem ser compensados.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Inconformado, o **autor apela** (fls. 111/117). Em suas razões postula o reconhecimento de todos os pedidos formulados na exordial, a fim de condenar a ré ao pagamento integral dos danos materiais suportados pelo autor, no valor de R\$ 22.759,43, uma vez que devidamente comprovados nos autos. Ademais, requer a incidência dos consectários legais desde a data do efetivo prejuízo conforme dispõe a Súmula nº 43 do STJ. Ainda, conseqüência lógica, pugna pela inversão dos ônus sucumbenciais em desfavor da parte requerida.

Inconformada, também a **ré apela** (fls. 118/123). Em suas razões alega ausência do dever de indenizar, pois não há nos autos prova da recusa da empresa fumageira em receber a carga danificada. O laudo pericial foi efetuado mais de dois meses após a falta de energia em relação ao evento de fevereiro/2013, o que leva a crer que o laudo relativo à perda de fumo ocorrida no mês de janeiro também não foi realizado logo após a perda do fumo. Ainda, reitera que a interrupção do fornecimento de energia ocorreu dentro do limite permitido pela ANEEL consoante o art. 176, II. Além disso, postula a culpa exclusiva do autor ante o risco do negócio, pois deveria possuir um meio alternativo de energia elétrica para evitar imprevistos (gerador ou forno à lenha).



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Assim, sustenta não haver defeito na prestação do serviço e a impossibilidade de se imputar a ré o risco do negócio do autor. Por fim, requer a reformar integral da sentença a fim de afastar o dever de indenizar e a possibilidade de compensação de verba honorária em caso de sucumbência recíproca.

Contrarrrazões da parte autora às fls. 126/129 pela manutenção da sentença.

Sem contrarrrazões da parte ré conforme a fl. 134.

É o relatório.

VOTOS

DES. EUGÊNIO FACCHINI NETO (RELATOR)

Eminentes colegas.

Nas ações indenizatórias por alegada danificação do fumo em virtude de interrupção do fornecimento de energia elétrica, minha convicção mais profunda era no sentido de que a prova do prejuízo deveria ser feita documentalmente, de forma cabal, mediante a comprovação de recusa da empresa fumageira em receber a carga supostamente danificada, e/ou



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

recebendo-a mas com classificação inferior a esperada (e, por isso, menos valorizada).

Isso porque, no meu entendimento (exposto, por exemplo, na Apelação Cível nº 70055184477), os laudos técnicos costumeiramente juntados ao processos como este a fim de provar o dano e sua extensão são parciais e unilaterais, firmados por técnico ligado à classe dos fumicultores, produzidos sem qualquer participação da parte requerida, não servindo como verdadeira prova confiável.

Contudo, como esta Câmara havia firmado posicionamento diverso, entendendo que tal tipo laudo comprovaria suficientemente a perda da qualidade do fumo, acabei me rendendo ao entendimento da maioria.

Vencido, portanto, mas não verdadeiramente convencido. E em razão dessa inquietação, continuei refletindo a respeito da situação e, por minha provocação, o Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul promoveu, em 04 de dezembro de 2015, um painel sobre essa questão, do qual participaram representantes das pessoas e entidades diretamente interessadas: Marco Antonio Dornelles, Engenheiro Agrônomo, representando a AFUBRA - Associação dos Fumicultores do Brasil; Gustavo Arend, Engenheiro,



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

representando a ABRADÉE - Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica; Fabiano Koff Coulon, Advogado, representando o IDERS - Instituto de Direito e Economia do R.G.S., e Cristiano Heineck Schmitt, Advogado, representando o Brasilcon - Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor.

Ao solicitar a realização do painel, assim justifiquei o pedido:

“Contam-se aos milhares os processos judiciais envolvendo a responsabilidade civil das concessionárias de energia elétrica movidos por fumicultores. Pretendem estes a reparação por perdas da produção do fumo em razão da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem. Os fumicultores usam estufas que são movidas a energia elétrica. Tais pretensões são normalmente acolhidas. Muitas vezes, então, há condenação da concessionária de energia elétrica ao pagamento de uma indenização. Todavia diante do aumento do número de processos judiciais e da elevação das pretensões indenizatórias, impõe-se aprofundar o debate sobre até que ponto é razoável repassar tais custos para as concessionárias diante da alternativa de se exigir que os fumicultores estejam preparados para tais intempéries, porque seriam previsíveis, já que acontecem todos os anos, adquirindo geradores de



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

energia que possam ser ativados em caso de interrupção da luz. Quais são os custos de tais providências? Qual a razoabilidade de tal exigência? É justo sempre repassar a outros os riscos inerentes à determinada atividade? É possível exigir-se de quem não pode sofrer interrupção do fornecimento de energia elétrica em sua atividade profissional que esteja preparado para as inevitáveis interrupções? Os hospitais, por exemplo, possuem esses geradores, porque, do contrário, se faltasse luz durante uma cirurgia, o paciente quase certamente morreria. O que a análise econômica do Direito tem a dizer sobre isso? Quais seriam os custos exigidos dos fumicultores? Em caso positivo, de quem se poderiam exigir tais providências? E as indústrias fumageiras teriam o dever de auxiliar os fumicultores na aquisição de tais geradores, se fosse o caso? Essas são as indagações que tentarão ser respondidas pelos painelistas convidados. Do confronto de opiniões e pontos de vista, poderemos melhor enriquecer nossa visão a respeito do tema que a todos nos concerne e também a toda a sociedade, que paga pelo consumo de energia elétrica, pois as indenizações pagas pelas concessionárias invariavelmente convertem-se em custos e são internalizadas no valor das tarifas.”



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Dentre as ricas informações trazidas durante o concorrido painel, que ocupou toda a manhã, destaco as seguintes (acessíveis através do site do Centro de Estudos do TJ/RS¹:

O representante da AFUBRA, ao explicar o ciclo da produção do fumo, destacando o sensível período da secagem das folhas, referiu que “quando um produtor novo começa a plantar, ele tem a opção de construir uma estufa convencional ou de ar forçado. A estufa convencional, se ele for fazer por sua conta, usando mão de obra dele, comprando material de construção, são 18 mil reais. Aí é independente de terceiros. Na estufa de ar forçado, o produtor faz o financiamento direto com uma empresa que vende o equipamento e instala, mas essa estufa depende de autorização da fornecedora de energia, devido à sobrecarga na rede, e **tem que ter gerador próprio com chave automática.**” Nesse momento da fala, o palestrante foi interrompido pelo Coordenador do Centro de Estudos, Des. Ney Wiedemann Neto, nos seguintes termos: “Desculpa lhe interromper, mas é importante. “Tem que ter gerador próprio com chave automática.” Isso é um dos assuntos do nosso painel. O senhor pode fazer um esclarecimento agora sobre o que é isso?, tendo o representante da AFUBRA,

¹ Mais especificamente no seguinte endereço:
http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/temas_polemicos/RESPONSABILIDADE_CIVIL_CASO_FUMICULTORES.doc



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

explicado que “Esse “tem que ter” é colocado pela empresa que vende o equipamento, que é o ideal, mas não quer dizer que essa é uma obrigação do produtor, entendeu? (...) “DES. NEY WIEDEMANN NETO – Então, isso não quer dizer que todos tenham?”; “SR. MARCO ANTÔNIO DORNELLES – Não, não é que todos tenham. Eu coloquei pela questão que seria uma indicação técnica ideal.”

Já o representante da ABRADÉE, engenheiro eletricitista Gustavo Arend, referiu a inevitabilidade das interrupções de energia elétrica, especialmente no meio rural, uma vez que a rede de transmissão de energia é aérea e, portanto, está sujeita a descargas elétricas, além de sofrer com quedas de galhos, árvores, etc, durante fortes temporais. Como a quase totalidade da rede rodoviária da região rural não é pavimentada, há uma extrema dificuldade e lentidão de circulação em momentos de grandes precipitações pluviométricas. Assim, a interrupção do fornecimento de energia elétrica durante fortes temporais, que anualmente se abatem sobre o Estado, são inevitáveis, e normalmente se exige algumas horas, no mínimo, para o reparo da rede rural. E nesse momento o eng^o Arend mostrou-se preocupado com o aumento do número de processos, trazendo as seguintes informações: “existe, no entendimento nosso, também um incentivo. São *folders* da região de Camaquã,



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

onde há muitos produtores de fumo. Aqui diz: "A falta de energia por mais de uma hora gera direito de indenização". Travou-se, então, a seguinte discussão:

DES. NEY WIEDEMANN NETO – Isso é um documento da CEEE?

SR. GUSTAVO AREND – Não, não é um documento da CEEE, é um documento que é distribuído para os produtores com instruções para ingressar com ações.

DES. NEY WIEDEMANN NETO – Isso é um panfleto de um escritório de advocacia?

SR. GUSTAVO AREND – Isso. Quero destacar alguns pontos. Falta de energia por mais de uma hora: como eu coloquei, não existe nenhum padrão da ANEEL, para nenhum consumidor, dentro da cidade inclusive, por rede, se fosse subterrânea, inferior a uma hora. Uma hora é permitido interromper, está dentro desse custo que compõe a tarifa haver uma interrupção superior a uma hora.

Outro ponto aqui é a questão de que não é obrigatório ter gerador. Até como colocado, a visão é reduzir risco. Ter um gerador o próprio fabricante coloca que é aconselhável, ele indica inclusive a instalação para não ter o prejuízo. Eu pesquisei os custos, e provavelmente o gerador se paga numa perda dessas, se consegue compensar o custo de um gerador. Pensando assim, imaginem: a concessionária tem de distribuir energia ininterrupta 365 dias no ano. Esse é um conceito que todos gostariam. Se ela ficar indisponível 24 horas no ano - as concessionárias do Rio Grande do Sul estão até abaixo desse valor -, ela estaria com o seu produto disponível 99,7% do tempo. Então, é uma excelente



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

disponibilidade, até se for comparada com outros serviços semelhantes.

As distribuidoras também questionam muito essa questão do gerador. Acho que é uma maneira de reduzir risco, é interessante, sim, é importante ter uma alternativa. Como eu disse, os hospitais, além de terem a segunda alimentação, ainda têm o gerador. É a forma de reduzirem o seu risco.

Outra questão: a indicação de técnicos, no caso aqui para vistoria, qualificados e com preços acessíveis.

Outro ponto dos *folders* é a questão que informa que as notas fiscais de venda de fumo e a presença de testemunhas não seriam necessários. Isso realmente preocupa as distribuidoras, parece um incentivo até entrar na Justiça, talvez seja uma justificativa do aumento número de processos.”

Já o Dr. Fabiano Koff Coulon, representando o IDERS - Instituto de Direito e Economia do R.G.S., contribuiu com as seguintes reflexões, a partir de uma análise econômica do Direito: “O consumidor, no caso um produtor de fumo, que se sente lesado pela interrupção do fornecimento de energia elétrica, entra com indenização, e a concessionária é condenada a pagar uma indenização. E o que acontece com esse custo? Esse custo é inserido na lógica de custos da atividade da concessionária e tende a ser externalizado através dos preços fornecidos no mercado. A lógica aqui é a seguinte: que o custo



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

decorrente do dano que seria suportado por um possa ser mais facilmente transmitido à parcela da sociedade que se utiliza daquele produto, daquele serviço.”

Mais adiante em sua intervenção, o Dr. Coulon referiu que “A segunda questão é a questão da alocação desse custo dentro da relação entre o fumicultor e a prestadora de energia elétrica. O que nós poderíamos pensar num primeiro momento e até em termos de análise econômica do Direito? Quem é que poderia internalizar esse custo da maneira mais eficiente, o produtor ou a concessionária prestadora de energia? Quem seria, como diriam os americanos, o *cheapest cost avoider*, aquela pessoa que pode evitar o dano ao menor custo? Num primeiro momento, nós podemos imaginar que seja o próprio produtor. O produtor compra um gerador, um gerador não é assim tão caro, ele internaliza no seu custo e com isso ele faz frente a esse problema.”

Durante os debates que se seguiram, o Engº Arend referiu que uma das formas de se reduzir o problema com a queda de postes ou rompimento da linha de transmissão seria o cabeamento subterrâneo. Todavia, referiu o altíssimo custo de tal investimento, o que faria com que a tarifa



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

devesse ser multiplicada por 5 a 10 vezes o atual valor, até que houvesse a amortização do investimento.

A uma pergunta direta que formulei, no sentido de que "Se eu quisesse evitar o dano e quisesse comprar um gerador, resolveria o problema? E qual seria o custo, mais ou menos, disso?, foram prestadas as seguintes informações:

"SR. GUSTAVO AREND – Esse levantamento do custo, que foi feito, foi colocado na ordem de seis mil reais.

DES. NEY WIEDEMANN NETO – Ele mostrou o *slide*.

SR. MARCO ANTONIO DORNELLES – Um equipamento menor, mínimo, não é?

ENG. GUSTAVO AREND – Depende da potência da estufa.

(...) – Só para colaborar: lá na nossa região, existe muita indenização de fumo, o gerador vale de quatro a seis mil reais, há financiamento em dez anos, o agricultor paga quatrocentos a seiscentos reais por ano."

Ainda durante os debates que se seguiram ao instrutivo painel, tive a ocasião de referir que este é um tema antigo no Judiciário. Recordei que ainda quando atuava junto às Turmas Recursais, mas que, na época, as ações



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

eram de pequeno valor, de valor mais módico, dois, três, quatro mil; depois, passaram para um patamar de sete, oito mil reais; depois treze, quatorze; mais adiante dezessete, dezoito; e, agora, nós estamos inclusive recebendo ações de mais de trinta mil reais. Isso me chamou um pouco a atenção. Por que tal escalada, se a inflação não foi tão alta assim nesse período? O valor do fumo também me parece que não tenha subido tão exponencialmente assim. Por que esses valores? Refletindo um pouco, eu imaginei que havia se criado um certo círculo vicioso. Isso porque, inicialmente, as poucas e módicas pretensões que havia – eram em menor quantidade e de valores menos expressivos – eram razoáveis e justas e se enquadravam no mecanismo da responsabilidade civil: houve um dano, identificou-se o causador, interrupção da energia elétrica. Se falhou o serviço, então o fumicultor, na condição de consumidor, repassava seu prejuízo, pela via da responsabilidade civil, para o fornecedor do serviço.

Todavia, algumas coisas não se encaixam. Ainda que o fumicultor tenha a segurança de que, se acontecer algum problema, ele pode buscar na Justiça o ressarcimento, ele só vai receber dali a dois, três anos. Ora, isso não é propriamente um bom negócio, já que não se tem concedido danos morais, mas apenas o ressarcimento de danos emergentes. Ou seja, se o dano emergente



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

sofrido há dois ou três anos atrás só será reparado depois de todo esse tempo, certamente não será um bom negócio. Do ponto de vista da racionalidade econômica, o melhor é não sofrer o dano, em vez de simplesmente neutralizar a perda dois ou três anos depois.

Então, nós começamos a pensar: se os danos sofridos muitas vezes superam a cada dos dez mil reais, e o custo de um gerador para eventualmente neutralizar a perda é de cinco ou seis mil reais, é de se indagar se não seria mais razoável, mais econômico e mais interessante, em vez de usar de mecanismos jurídicos para recuperar o prejuízo, buscar a prevenção do dano, a um custo menor? Claro que não se está a pensar em gerador que funcione 24h, mas sim que funcione no sistema de *nobreak*, ou seja, que seja acionado automaticamente apenas quando faltar energia elétrica. Assim, seu custo de manutenção seria extremamente diminuto.

Como foi dito referido durante o painel, por especialistas ligados profissionalmente ao setor, duas horas de interrupção de energia elétrica, num momento mais crucial da secagem, a perda é de 100%. Bastam duas horas! Impossível não haver, num período de um ano, interrupções, chuvaradas, etc. Elas acontecem, por mais que se invista no setor. Assim, se o dano é evitável a



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

um custo menor, por que não se faz isso? Se os potencialmente afetados não o fazem, é porque, talvez, não seja tão prejudicial essa opção da responsabilidade civil. Talvez – e aqui é apenas uma especulação – se esteja recebendo, por essa via, mais, até, do que o real prejuízo amargado. Isso porque, de outra forma, a situação, do ponto de vista da racionalidade econômica, não se sustenta.

A pergunta que se deve fazer, portanto, do ponto de vista macroeconômico, é qual é o custo disso e quem efetivamente paga a conta? Se há um custo, alguém está pagando. Numa sociedade capitalista, todo e qualquer custo acaba se transformando necessariamente em preço ou, como no caso, internalizado em tarifas. Essa tarifa é paga, depois, por todos os consumidores de energia elétrica, inclusive por quem não é fumicultor: ou seja, por toda a sociedade.

Portanto, parto do argumento de que, do ponto de vista econômico, em situação como a presente, em que a produção pode ser afetada pela interrupção, mesmo que breve, do fornecimento de energia elétrica, quando isso ocorre durante o período crítico da secagem das folhas de fumo, é muito mais racional investir-se na prevenção do dano do que aguardar sua fatal ocorrência para depois buscar o ressarcimento judicial dos danos



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

emergentes/lucros cessantes. Em se tratando de reparação de danos materiais, em razão do princípio indenitário, busca-se apenas repor a parte na situação em que se encontrava antes, neutralizando-se, assim, o prejuízo sofrido. Assim, havendo lisura na quantificação dos danos, não será através do veredicto condenatório que a parte autora ficará em posição melhor do que se encontrava anteriormente. Considerando que as maiores perturbações atmosféricas, com grandes vendavais e elevados níveis de precipitação pluviométrica, ocorre justamente durante o verão, quando também é o momento mais crítico da secagem do fumo, como mencionado durante o painel, praticamente todos os fumicultores, cedo ou tarde, acabarão sofrendo com a situação. Portanto, a instalação de um gerador próprio, com o sistema *nobreak*, parece ser uma opção economicamente racional, senão do ponto de vista do fumicultor individual, ao menos do ponto de vista macroeconômico.

Como o Direito não é uma ciência pura, que não tenha contatos com as demais ciências, humanas ou econômicas, as ponderações econômicas acabam repercutindo no âmbito jurídico.

De fato, uma análise comparativa entre o volume de investimento necessário para evitar um dano e o montante do próprio dano, caso venha a



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

ocorrer, não é nada nova, embora normalmente uma tal comparação costuma ser feito a partir do lado do potencial causador do dano. Não é despropositado, porém, raciocinar-se também a partir de uma comparação entre potencial vítima e potencial causador do dano.

É amplamente conhecida, tanto no âmbito da *Common Law* quanto nos estudos de análise econômica do direito (*Law and Economics*), a chamada **Hand Formula**. Trata-se de uma tentativa de identificar uma fórmula matemática para se constatar a presença ou não de uma culpa (chamada, na *Common Law*, de *negligence*). O célebre juiz federal norte-americano *Learned Hand*, que exerceu suas funções durante mais de cinquenta anos, deixando um legado de famosas decisões, ao julgar, na *Corte Federal de Apelações (Second Circuit)*, com sede em Nova Iorque, o famoso caso *United States v. Carroll Towing Co.*, em 1947, cunhou uma fórmula que se tornou célebre: "B<PL" (onde B significa *Burden*, P significa *Probability* e L significa *Loss*). Em suas palavras: "o dever do possuidor de providenciar no sentido de evitar danos depende de três variáveis: (1) A probabilidade da superveniência do dano; (2) a gravidade do dano resultante, caso venha a ocorrer; (3) o custo das precauções necessárias. Possivelmente ajuda converter essas variáveis em termos algébricos: se a



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

probabilidade for representada por P; o dano por L (*loss*); e o custo das precauções por B (*burden*); então a responsabilidade depende de que B é menor do que L multiplicado por P, isto é, se $B < PL$ ². Em outras palavras, haveria responsabilidade se o custo do investimento necessário para evitar o dano fosse menor do que o valor dos danos multiplicado pela probabilidade de que venha a ocorrer.

Aplicando-se referida fórmula ao caso concreto, percebe-se claramente que o autor teria agido de forma negligente, ao não investir quantia relativamente módica, para evitar danos potencialmente maiores, com grande probabilidade de virem a ocorrer, cedo ou tarde.

Do outro lado do Atlântico, outro notável magistrado, o britânico Lord Denning, unanimemente tido como o mais brilhante e criativo magistrado inglês da segunda metade do século XX, ao julgar o célebre caso *Spartan Steel*

² No original: “The owner’s duty to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this motion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P; i.e., whether $B < PL$.” – *apud* SHAPO, Marshall S.; PELTZ, Richard J. **Tort and Injury Law**. 3rd Ed. Durham: Carolina Academic Press, 2006, p. 143/144. Praticamente todo manual norte-americano sobre responsabilidade civil (*Tort Law*) aborda esse clássico tema: exemplificativamente, DOBBS, Dan D. **The Law of Torts**. St. Paul/Minn.: West Group, 2000, p. 340 s. Também é corriqueira a menção à Fórmula de Hand no direito europeu: por todos, v. BUSSANI, Mauro; WERRO, Franz (ed.). **European Private Law: A Handbook**. Vol. I. Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 2009, p. 310.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

and Alloys v. Martin & Co, na *Court of Appeal*, em 1972, que envolvia a discussão sobre a indenizabilidade ou não dos danos sofridos por uma fundição, em razão do rompimento, por uma retroescavadeira, de um cabo subterrâneo de fornecimento de energia elétrica. No direito comparado da responsabilidade civil, casos como esse são chamados de *cable cases*, discutidos no âmbito dos denominados *pure economic losses*. No caso *Spartan Steel*, em razão da interrupção da energia elétrica, a empresa perdeu o minério que estava sendo fundido, em razão de seu enrijecimento, bem como foi obstaculizada de obter mais três fornadas, o que lhe acarretou lucros cessantes. Neste caso, garantiu-se a reparação dos danos emergentes, mas se negou o ressarcimento dos lucros cessantes. Dentre os cinco argumentos expostos por Lord Denning, o segundo consistia que "a interrupção da energia constitui um risco que todos correm e que a maior parte dos sujeitos sofre sem reagir. **Quem quiser evitar as conseqüências negativas deve instalar um gerador de corrente ou contratar seguro de danos**".³

³ Uma boa análise desse caso, no contexto dos *cable cases*, encontra-se em ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. "La Responsabilità Civile", in: ALPA, G; BONNEL, M.J.; CORAPI, D; MOCCIA, L; ZENO-ZENCOVICH, V. **Diritto Privato Comparato – Istituti e problemi**. Bari: Laterza, 1999, p. 259/261. O caso é costumeiramente tratado em todas as obras envolvendo responsabilidade civil na Inglaterra, como, exemplificativamente, MARKESINIS, B.S & DEAKIN, S.F. **TORT LAW**. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 1994, págs. 21, 57, 75, 107 e 545; ROGERS, W.V.H. **WINFIELD & JOLOWICZ ON TORT**. 16th ed.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Seguindo a linha da análise econômica do Direito, parece aplicável perfeitamente ao caso a orientação fixada por Guido Calabresi, jurista ítalo-americano que pontificou na Yale University e posteriormente brilhou em uma Corte Federal de Apelações. Calabresi, que é um dos expoentes da linha moderada da *Law and Economics*, no seminal *The Costs of Accidents*, sustentou que “a segunda sugestão para identificar quem evita de maneira mais econômica o custo dos acidentes consiste em buscar o maior grau possível de internalização dos custos”⁴, evitando-se, com isso, a externalização. No caso em tela, ao repassar seu prejuízo para a concessionária de energia elétrica e esta, pela incorporação dos prejuízos no valor das tarifas, quem, no final, acaba arcando com os prejuízos sofridos pelos fumicultores é toda a sociedade gaúcha, já que todos nós somos consumidores de energia elétrica.

London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 5.12, 5.32; WEIR, Tony. **A Casebook on Tort**. 8th ed. London: Sweet & Maxwell, 1996, p. 40, 57, 67, 126.

⁴ CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970. Versão resumida de partes essenciais do livro, contendo inclusive o trecho citado, encontra-se em CALABRESI, Guido. “El costo de los accidentes”, in: ROSENKRANTZ, Carlos F. (org.). **La responsabilidad extracontractual**. Barcelona: Gedisa editorial, 2005, p. 98/99.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Outro argumento que pode ser invocado para justificar a não indenização dos danos sofridos pelos fumicultores, em casos como o presente, deriva da doutrina do ***duty to mitigate the loss***.

Tal doutrina origina-se da *Common Law*, mas vem sendo recepcionada pelo direito continental europeu, bem como incorporada em algumas importantes convenções internacionais, como é o caso da Convenção de Haia, de 1964, sobre a venda internacional de bens móveis (art. 88: "*The party who relies on a breach of contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach...*"), os Princípios Unidroit relativos aos contratos de comércio internacional, de 1994 (art. 7.4.8.: "*The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps.*"), bem como o chamado Código Europeu de Contratos (que reproduz os princípios Unidroit, no seu art. 9:505).

Na Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias, de 1980, tal doutrina foi incorporada no seu art. 77, com a seguinte redação: "A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída”⁵.

A Profª Vera Fradera, no artigo citado em nota de rodapé, indaga se tal doutrina é compatível com o direito pátrio, respondendo positivamente, a partir do princípio da boa-fé objetiva, consagrado em nosso ordenamento. Em suas palavras: “no sistema do Código Civil brasileiro de 2002, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação” (*op. cit.*, p. 116).

A ideia básica é de que a parte prejudicada não pode permanecer inerte enquanto o prejuízo aumenta gradativamente ou pelo menos não pode se

⁵ Na tradução fornecida pela Profª Vera J. de Fradera, no seminal artigo denominado “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”, publicado na Revista Trimestral de Direito Civil, v. 19 (julho/setembro de 2004), p. 109. Referido artigo praticamente introduziu o tema no direito pátrio, onde até então não era tratado, sendo apenas mencionado por um ou outro autor.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

manter estática diante de uma possibilidade de redução de dano⁶. O principal fundamento para o *duty to mitigate the loss*, pelo que se percebe do estudo do direito comparado, não reside no interesse individual, mas sim no interesse social⁷.

Tal dever, que se impõe em razão de contrato como algo cooperativo, em que cada parte deve também zelar pelos interesses do co-contratante, procurando evitar-lhe danos, não precisa necessariamente estar previsto em contrato ou em texto expresso de lei. Em nosso direito, pode encontrar guarida na cláusula geral ou no princípio da boa-fé objetiva. No direito comparado, tal doutrina não surgiu pronta nos textos legais, mas sim da jurisprudência, posteriormente sistematizada pela doutrina e somente mais tarde recepcionada nos documentos normativos acima referidos.

O código civil italiano contém dispositivo que acolhe a mesma *ratio* da doutrina do *duty to mitigate the loss*. Trata-se da parte final do art. 1227, que afirma que "*Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*" (em tradução livre: O

⁶ CORBIN, A. L.; PERILLO, M.J.. **Corbin on contracts: damages**. v. 11. Newark: LexisNexis, 2005, p. 301.

⁷ McCORMICK, Charles Tilford. **Handbook on the law of damages**. St. Paul: West Publ., 1935. p. 127.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

ressarcimento não é devido em relação aos danos que o credor poderia ter evitado, usando diligência ordinária).

No direito brasileiro, além do artigo precursor de Vera Fradera, outros doutrinadores vem se dedicando ao tema, entendendo-o perfeitamente compatível com nosso ordenamento jurídico, especialmente como forma de aplicação do princípio da boa-fé objetiva. É o caso de Flávio Tartuce, que assim se posiciona: "Uma dessas construções inovadoras, relacionada diretamente com a boa-fé objetiva é justamente o *duty to mitigate the loss*, ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor"⁸.

Também Leonardo Medeiros Garcia assim se manifesta a respeito do tema: "Assim, o *duty to mitigate the loss* consiste na obrigação do credor de buscar evitar o agravamento do devedor. O credor de uma obrigação precisa colaborar com o devedor quando na tomada de medidas cabíveis para buscar que o dano sofrido se restrinja as menores proporções possíveis. Se a parte em posição de vantagem negligencia em tomar as providências que possibilitam mitigar as perdas, a parte devedora pode pedir a redução das perdas e danos,

⁸ TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor: esboço do tema e primeira abordagem.** 2005. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em 08.09.2016.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída. Tal dever anexo poderá ser vislumbrado, especialmente nas relações de consumo, nos contratos bancários em que há descumprimento. Flávio Tartuce expõe com clareza, sobre o enfoque do duty do mitigate the loss, que 'não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos"⁹.

Referida doutrina já foi reconhecida e aplicada, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça, como se vê da seguinte ementa:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

⁹ In **Direito do Consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões**. Niterói: Impetus, 2010. 6ª ed., p. 50-51.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido. (Brasil, STJ, Resp 758.518 – PR, rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA, Órgão Julgador: Terceira Turma, j. em 17/06/2010).



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Na III Jornada de Direito Civil, inclusive, foi aprovado o enunciado 169, por proposição da própria Vera Fradera, com o seguinte teor: "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo."

Ora, se tal doutrina, ampla e crescentemente reconhecida no direito comparado e nacional, é corriqueiramente invocada para mitigar os danos, por óbvio que até com mais razão pode ela ser invocada não para mitigar, mas para evitar os danos, como é o caso.

Por tudo isso, considerando que somente esta Nona Câmara Cível julga, a cada sessão, cerca de uma dezena de casos semelhantes, cujos valores individuais muitas vezes superam os dez mil reais (alguns casos superam os trinta mil reais), tem-se uma ideia do total da conta que, anualmente, é repassada para as concessionários de energia elétrica num primeiro momento. Num segundo momento, tais indenizações transformam-se em custos, são contabilizadas e, cedo ou tarde, internalizadas em forma de elevação da tarifa. E, quando isso acontece – e isso fatalmente acaba acontecendo, seguindo a lógica do regime capitalista –, todos os consumidores são chamados a pagar essa conta.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Trata-se de um sistema perverso e economicamente irracional. Se os fumicultores, pela especificidade do cultivo a que se dedicam, não podem sofrer interrupção de energia elétrica no momento mais crítico da secagem do seu produto; se essa interrupção de energia é quase inevitável, cedo ou tarde, diante das intempéries climáticas a que estamos sujeitos no período do verão; se tais prejuízos podem ser evitados mediante a instalação de um gerador tipo nobreak; se isso é possível ser feito a relativamente baixo custo, como se constatou durante o painel a que se aludiu anteriormente; então disso tudo decorre que é razoável exigir-se que os fumicultores adotem tal providência para evitar os danos, em nome da racionalidade econômica e jurídica a que se referiu acima.

É natural que, num primeiro momento, isso pesará sobre os fumicultores. Mas trata-se de uma atividade que se encontra bastante organizada, com entidade de classe bastante representativa e atuante. Certamente saberão eles negociar com órgãos de fomento, no sentido de se abrir linhas especiais de crédito a custos mais módicos. Aliás, não seria nada despropositado exigir-se que o destinatário de toda a produção de fumo – as grandes multinacionais do fumo, que ostentam permanentemente lucros



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

bilionários -, possam ser chamadas a contribuir ativa e monetariamente para que tal alteração de atitude se dê, já que são também diretamente interessados na boa qualidade da produção.

Por tudo isso, tenho que é de se prover o recurso da requerida para julgar improcedente a ação, ficando prejudicado o recurso da parte autora.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ** para o efeito de julgar improcedente a ação, **DANDO POR PREJUDICADO O APELO DO AUTOR.**

Em conseqüência, suportará o autor os ônus sucumbenciais, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atribuído à causa, suspensa a exigibilidade, em razão da AJG.

DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA

Com a devida vênia do eminente Relator, estou divergindo do entendimento que adota no caso concreto.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Encaminho o meu voto pela confirmação da sentença que julgou procedente em parte a demanda, de cujos fundamentos transcrevo significativo excerto, que adoto como razões adicionais de decidir e incorporo ao meu voto, visando evitar despicienda tautologia, "in litteris":

"2.2 Mérito

Como a requerida é concessionária do serviço público de fornecimento de energia elétrica, está sujeita ao instituto da responsabilidade civil objetiva, conforme disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, de modo que, para que lhe seja imputado o dever de indenizar, basta a comprovação do evento, do dano e do respectivo nexa causal.

No caso, a interrupção do serviço de energia é incontroversa, limitando a ré a justificar que as suspensões se deram dentro do limite permitido pela portaria nº 414/2010 da ANEEL.

Ocorre que a ré não logrou comprovar que as interrupções se deram em razão de "suspensão programada para manutenção da rede", e/ou por sobrecarga advinda de informação incorreta por parte do autor quanto à potência utilizada pelos seus aparelhos, ônus que lhe incumbia, nos termos do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Outrossim, ainda que se considere que não tenha ultrapassado o limite de 48 (quarenta e oito) horas para o restabelecimento do serviço de fornecimento de energia elétrica, nos termos do que prevê o artigo 176, inciso II, da Resolução 414/2010 da ANEEL, deve se frisar que não houve caso fortuito ou de força maior capaz de justificar a interrupção. Aliás, a ré sequer comprovou que procedeu a divulgação aos consumidores acerca da interrupção dos serviços.

Assim, não procede a tese da ré de ausência de responsabilidade.

Quanto aos danos, serão objeto de exame pormenorizado mais adiante caso reconhecida a responsabilidade da requerida.

Finalmente, em relação ao nexo de causalidade, está devidamente comprovado por meio dos documentos de fs. 04/05 e 19/21.

Destarte, estão presentes os elementos da responsabilidade civil objetiva, o que importa na imputação do dever de indenizar.

É certo que, na tentativa de quebrar o nexo causal, a ré argui que é dever do autor dispor de meios alternativos para evitar imprevistos.

Porém, não é possível a transferência de responsabilidade que pretende a ré pela imposição da obrigação de obter fonte alternativa, uma vez que é a sua obrigação, não do usuário, oferecer um serviço contínuo.

(...)



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Dessa forma, tem-se que o conjunto probatório presente nos autos demonstra o defeito na prestação de serviços, consistente na interrupção do fornecimento de energia elétrica, que causou a perda total da colheita de fumo.

Finalmente, no tocante aos danos emergentes, há prova segura da sua ocorrência. Passa-se à quantificação.

Na inicial, o autor refere que, em decorrência da interrupção no fornecimento de energia elétrica, ocorrido em três dias (01 de janeiro de 2013, 02 de fevereiro de 2013 e 04 de fevereiro de 2013) sofreu a perda do fumo que estava na estufa

Do conjunto probatório presente nos autos, não há provas de que o autor tenha sofrido prejuízos com o fumo em decorrência das interrupções de energia ocorridas em fevereiro de 2013, mas só em janeiro.

Observe-se que apenas a testemunha Alberi referiu a ocorrência de duas quedas de energia, uma em janeiro, outra em fevereiro, mas sem maiores detalhes sobre os fatos.

Por sua vez, o laudo pericial que avalia as perdas dos dias 02 e 04 de fevereiro de 2013 (f. 20) foi realizado mais de dois meses depois da falta de energia, em 18 de abril de 2013, de modo que é impossível considerá-lo para fins de prova, diante do tempo decorrido entre a falta de luz e a avaliação do fumo, com a elaboração do laudo. Ademais, as fotografias de fs. 22/24 foram batidas em 18 de abril de 2013 e não



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

há como saber se o fumo que está nas fotografias é o fumo que foi perdido nas supostas quedas de luz ocorridas em 02 e 04 de fevereiro de 2013.

Portando, constata-se que o prejuízo do autor limita-se ao evento ocorrido em janeiro de 2013.

Em relação ao valor, conforme laudo acostado pelo autor (em que pese impugnado pelo réu, este não produziu qualquer prova no sentido de infirmar a força probante do mesmo), a perda do fumo foi avaliada em R\$ 10.431,87 (dez mil quatrocentos e trinta e um reais e oitenta e sete centavos), para o dia 01/01/2013, que se mostra condizente com o fixado na tabela de f. 27.

Assim, a parcial procedência do pedido é medida que se impõe."

De efeito.

A interrupção do fornecimento por prazo excessivo foi a causa determinante da perda material suportada pela parte autora, cujo dano emergente decorreu da perda da qualidade das folhas de fumo de sua plantação.

A outro turno, não vinga o argumento de culpa concorrente do lesado por não manter gerador próprio, equipamento capaz de assegurar o fornecimento da energia elétrica no estabelecimento produtivo.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

A meu sentir, essa exigência se afigura descabida e despropositada.

Isso porque está-se diante de típica relação de consumo, presente notável disparidade de forças entre os contratantes. De um lado, a empresa concessionária fornecedora exclusiva dos serviços de energia elétrica, cuja continuidade e não interrupção é nota essencial; de outro, pequenos produtores rurais afetados e prejudicados diretamente pela brusca e inesperada interrupção dos serviços, não motivada por evento climático imprevisível e de proporções extraordinárias.

Numa tal relação jurídica pautada pela ineludível desproporção de forças e meios entre as partes contratantes – com inequívoca hipossuficiência do consumidor do serviço, mero aderente às condições impostas pela concessionária, detentora de monopólio no seu fornecimento, descabe exigir da parte frágil, o usuário do mesmo serviço, a adoção de medidas preventivas de vulto (ou, no mínimo a exigirem dispêndio significativo de recursos) visando minimizar possíveis ou eventuais prejuízos materiais.

Ora, não se está diante de uma relação contratual paritária na qual os contratantes podem exigir observância de deveres de colaboração da



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

contraparte como contrapartida ao regular e contínuo funcionamento do serviço público concedido, ainda mais que explorado sob regime de monopólio.

Em realidade, a aplicação da teoria da mitigação do prejuízo pelo credor à luz do princípio da boa-fé objetiva, apresentaria como pressuposto a observância de deveres anexos pelo usuário do serviço, como condicionante à prestação principal prevista no contrato ao encargo da concessionária.

E não vejo como cogitar de uma situação dessas na espécie, em vista da própria natureza do contrato sob análise.

A noção de mitigação dos prejuízos pelo credor está relacionada, de regra, à onerosidade excessiva da prestação ou às situações de quebra do contrato, e disso não se cogita no caso, **concessa venia**.

Aliás, em face da própria natureza do serviço concedido, o usuário ostenta autêntico direito à manutenção ou preservação da avença, noção incompatível com a idéia de quebra do contrato.

Pelo microsistema instituído pelo diploma consumerista, dentre os direitos básicos do consumidor está mesmo o direito à manutenção do contrato, identificável pela interpretação combinada dos artigos 6º, V, e 51, §2º, do CDC.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

A respeito, anota em abalizada doutrina BRUNO MIRAGEM ("in" Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. São Paulo: Editora RT, 2016, p. 223/224):

*"O aspecto diferencial entre o regime de invalidades do direito civil comum e do direito do consumidor esta especificamente na preservação do que este último abrange como interesse protegido, qual seja, o interesse do consumidor. A realidade dos contratos de consumo, e da polarização entre consumidores e fornecedores, por sua vez, estabelece que não há, em muitas circunstâncias, espaço para autonomia do consumidor de decidir sobre realizar ou não a contratação. **A vulnerabilidade do consumidor abrange, neste sentido, também uma impossibilidade fática de decidir não contratar ou, muitas vezes, romper o contrato, em face da absoluta necessidade de obtenção do produto ou serviço objeto da relação de consumo em curso.** Caracteriza, pois, em muitos casos, o que Cláudia Lima Marques denomina como relação de **catividade** entre o consumidor e o fornecedor, na medida em que se desenvolve uma dependência do primeiro com relação ao contrato. Por tais razões, aliás, é que o CDC assegura em certas circunstâncias, a existência de um direito ao contrato (ou um direito de contratar) por parte do consumidor, como é o caso do artigo 39, I e IX, prevendo como práticas abusivas tanto a venda casada (condicionamento de aquisição de um produto por outro), quanto a recusa de contratar, mediante pronto pagamento."*



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Noutra passagem dessa obra, o precitado doutrinador discorre sobre o direito do consumidor à efetiva reparação de danos, acentuando (ob. cit., pp. 227/228):

“Todavia, não são poucos os efeitos que se retiram da norma do artigo 6º, VI, do CDC, no que diz respeito à utilização da expressão “efetiva reparação” ali consignada. Não parece ter o legislador, neste caso, pretendido reforçar a necessidade de reparação do consumidor, o que desde logo seria desnecessário, considerando a reparabilidade de danos consagrada pelo sistema geral de direito privado, no que diz respeito à responsabilidade civil. O direito à efetiva reparação, neste particular, consagra em direito do consumidor o princípio da reparação integral dos danos. Ou seja, de que devem ser reparados todos os danos causados, sejam os prejuízos diretamente causados pelo fato, assim como aqueles que sejam sua consequência direta.

Destaque-se que o sistema de reparação previsto no CDC se afasta, neste ponto, do sistema adotado pelo direito civil. No direito civil comum, o artigo 944, parágrafo único, do CC reconhece a possibilidade de redução equitativa da indenização em vista do grau de culpa do ofensor (“Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”). O regime da responsabilidade civil no CDC, todavia, ao reconhecer como regra geral a responsabilidade de natureza objetiva (com exceção dos profissionais liberais) afasta,



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

a princípio, a possibilidade de uma avaliação da culpa para efeito de determinação da indenização (culpa como fator de imputação) e, do mesmo modo - considerando o direito à efetiva reparação - é afastada também como critério de redução da indenização. Ao contrário, em vista das diretrizes constitucionais de proteção da dignidade da pessoa humana e da ampla reparabilidade do dano (artigo 5º, V, da Constituição da República), é possível vislumbrar uma concentração do regime da responsabilidade civil, desde esta perspectiva consagradora de direitos fundamentais, na proteção do interesse da vítima. Neste sentido, considerando as espécies de danos e a realidade de fato em que são causados no direito do consumidor (no âmbito do mercado de consumo), não é conveniente, nem mesmo possível, sob o aspecto prático, uma avaliação sobre o grau de culpa do causador do dano.

(...)

A efetividade da reparação do consumidor, assim, estará vinculada, no direito brasileiro, à integral reparação do dano, não se admitindo a aplicação, no microsistema do direito do consumidor, das regras de mitigação da responsabilidade ou de fixação do quantum indenizatório que desconsiderem esta diretriz fundamental do sistema, orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo direito fundamental à reparação de danos consagrados na Constituição da República.” [destaquei]



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Assim, pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo em um contexto tal, considerada a natureza do serviço público concedido e essa discrepância de forças entre os contratantes? Penso que não.

A relação estabelecida entre as partes é de consumo, sobre a qual incidem as normas da Lei 8.078/90, mais precisamente o preceito contido no caput e § 1º, I a III, de seu artigo 14, que consagra a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

Extrai-se do dispositivo legal em comento que o fornecedor de serviços responde, **independentemente de culpa, pela reparação dos danos**



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

causados aos consumidores em razão de defeitos existentes no serviço prestado, ou em decorrência de informações insuficientes ou inadequadas acerca da sua fruição e riscos.

No que tange à reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, oportuno reproduzir a lição de SERGIO CAVALIERI FILHO:

*“Todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos (...). **O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização.**” (“in” Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 475 – destaquei).*



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Outros dispositivos de direito material conferem ao consumidor o direito à reparação por danos sofridos. A propósito, o Código de Defesa do Consumidor preleciona como direito básico a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, em consonância com o artigo 6º, inciso VI.

Apreciando situações similares, refiro julgados deste TJRS:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA DURANTE O PROCESSO DE SECAGEM DE FUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EXCLUDENTES NÃO COMPROVADAS. DANOS MATERIAIS. DEVER DE INDENIZAR.

*A responsabilidade na presente hipótese é objetiva, independentemente de prova de culpa, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, sendo suficiente para o reconhecimento do dever de indenizar a ocorrência de um dano, a autoria e o nexo causal. A documentação juntada aos autos é suficiente para comprovar o nexo causal, bem como os danos que resultaram ao demandante em razão da interrupção de energia elétrica durante o período de secagem do fumo. Não logrou êxito a ré em comprovar a presença de alguma das excludentes do dever de indenizar. **Não era obrigação do autor adquirir um gerador elétrico, já que à demandada cabe o fornecimento de serviço público adequado, eficiente,***



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

seguro e contínuo, nos termos do art. 22 do CDC.

Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70060024403, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 31/07/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MATERIAL. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SECAGEM DE FUMO. (...)

*MÉRITO: É pacificado entre os doutrinadores que caso fortuito tem origem em causa desconhecida, imprevisível e força maior em fato da natureza, inevitável. No caso em comento, não pode a parte apelante isso alegar para se eximir da indenização pretendida, porquanto sabedora da causa para queda da energia elétrica. Se era possível prever os fatos que ora são explanados, não há que se falar em caso fortuito ou força maior, devendo a companhia de energia elétrica arcar com o ônus de sua inércia. **Não era obrigação de o autor adquirir um gerador elétrico, já que à demandada cabe o fornecimento de serviço público adequado, eficiente, seguro e contínuo, nos termos do art. 22 do CDC.** O laudo apresentado pela empresa fumageira é documento suficiente para demonstrar o prejuízo causado pelo corte de energia elétrica durante a secagem do fumo. Não se discute que o produto foi comercializado, entretanto, o documento aponta precisamente o prejuízo sofrido pela classificação inferior do produto negociado pelo autor. Sentença mantida(...). NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº*



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

*70058843178, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de
Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado
em 08/05/2014)*

Conclusão:

Ante o exposto, **voto por desprover ambos os apelos**, renovada
vênia de entendimentos diversos.

DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY (PRESIDENTE) –

Eminentes Colegas.

Trata-se de recurso de apelação em ação que envolve direito do
consumidor decorrente da interrupção no fornecimento de energia elétrica a
cargo da empresa demandada, mediante alegação da parte autora que sofreu
prejuízo em razão da ausência de energia exatamente no período em que
desenvolia a atividade de secagem do fumo, sofrendo, assim, prejuízo de
monta, em razão da perda da qualidade do produto. A falta de energia elétrica
deu-se em dois períodos distintos – por 7h30min em janeiro de 2013 e por
15h10min em fevereiro de 2013 –, o suficiente para a perda da qualidade do
produto consoante a prova documental acostada.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

A sentença foi de parcial procedência do pedido, com a condenação da demandada em indenizar os prejuízos sofridos pela parte autora apenas em relação ao período de janeiro de 2013, no valor de R\$ 10.431,87, entendendo não ter a parte autora logrado comprovar suficientemente os fatos constitutivos em relação à interrupção ocorrida em fevereiro de 2013, afastando os argumentos de defesa consistente em sobrecarga na rede devido à utilização simultânea de vários secadores da ocorrência de força maior, o que afastaria o dever de indenizar.

A parte demandada recorre e insiste na linha de defesa apresentada, afirmando que a interrupção deu-se dentro do limite da ANEEL, bem como a ausência de demonstração do dano material reclamado, impugnando o laudo técnico acostado com a inicial.

O autor, por sua vez, defende fazer jus à integralidade da indenização por danos materiais reclamados, alegando ter demonstrado os fatos constitutivos do direito pela prova documental e testemunhal produzida nos autos.

O eminente Relator, em brilhante voto, alinha argumentos de direito comparado e macroeconômicos para justificar o afastamento do pedido



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

formulado pela parte autora, considerando, de certo modo, que há conduta imputável à própria parte autora que afasta o dever de indenizar, haja vista que a atividade exercida pela demandante envolve determinado risco, eis que embora a previsão legal de fornecimento do serviço de forma contínua, situações existem em que a própria regulamentação do setor autoriza a suspensão, além de em outros momentos devido a situações extremas, como é o caso de fortes temporais que têm ocorridos com certa frequência, de inevitável interrupção, de modo que é dever do tomador do serviço, cuja atividade não prescinde do uso ininterrupto da energia, se precaver mediante forma alternativa, através de implantação de gerador tipo *no-break*, não para manter acionado por 24 horas, mas para aquelas situações onde a interrupção de algumas horas até o restabelecimento pela empresa de energia elétrica. Assim, trazendo ao debate inclusive a doutrina do *duty to mitigate the loss*, ou dever de mitigar o próprio prejuízo, com base no dever anexo decorrente do princípio da boa-fé objetiva adotado no direito pátrio como cláusula geral, além de reconhecer a existência de força maior pela ocorrência de forte temporal que ocasionou a suspensão do serviço de energia elétrica, tomando a notoriedade do fato com indicação de amplos noticiários na mídia local e regional, proveu o recurso para julgar improcedente o pedido.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Pedi vista dos autos ante a proposta de mudança de orientação jurisprudencial adotada no voto do e. Relator, para maior reflexão.

Pois bem.

Conforme referido no voto do próprio Relator, a situação dos autos envolve pedido de indenização em razão da falha do serviço público no fornecimento de energia elétrica onde a jurisprudência desta Câmara, e de um modo geral na Corte Gaúcha, tem assentado há longos anos orientação pacificada reconhecendo o dever de indenizar das empresas fornecedoras de energia elétrica, considerando tratar-se de relação de consumo e, igualmente, serviço público essencial, cuja prestação deve ocorrer com qualidade e de forma contínua, não sendo reconhecida, em muitos casos, sequer a excludente de responsabilidade de força maior devido a fortes intempéries que se têm abatido sobre as diversas regiões do estado, situação que somente por exceção tem merecido reconhecimento.

Não resta nenhuma dúvida, porque assim sempre foi tratada, a relação envolvendo as partes trata-se de relação de consumo, a qual há de ser regida pelas normas e regras do CDC. A demandada presta um



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

serviço, estando sujeitas, por isso, às disposições do Código de Defesa do Consumidor, conforme estabelecido no artigo 3º, § 2º:

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Embora não se desconheça a controvérsia existente em torno do conceito de consumidor, de se ressaltar que o artigo 2º do CDC contemplou a possibilidade de a pessoa jurídica ou, como no caso, o pequeno agricultor rural que exerce sua atividade em regime de economia familiar, figurar como consumidor, desde que adquira o produto ou utilize o serviço como destinatária final. Nesse contexto, pode-se reconhecer a condição da parte autora como consumidora, pois os demandantes usufruem do fornecimento de energia elétrica, num misto de atendimento domiciliar e para a atividade econômica que desenvolvem na propriedade, aplicando-se, por conseguinte, a teoria finalista mitigada, porque evidente a vulnerabilidade do destinatário do serviço em questão, tanto na acepção técnica – por não possuir conhecimento específico



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

sobre os serviços desta natureza –, como do ponto de vista fático – considerado o monopólio exercido pela fornecedora de energia elétrica na região.

A relação de consumo se evidencia ainda mais se considerado que o serviço prestado pela demandada se constitui em serviço público de caráter essencial, cuja prestação é indispensável ao exercício de qualquer atividade, o que não é diferente para as funções desempenhadas pela parte autora.

A corroborar esse entendimento, cito o seguinte precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados.

2. A empresa utiliza o produto como consumidora final.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

5. Recurso provido.

(REsp 263.229/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/11/2000, DJ 09/04/2001, p. 332)

Nesse diapasão, a responsabilidade da ré em reparar os prejuízos sofridos em razão da prestação dos serviços é objetiva, tanto por força do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal¹⁰, quanto pela incidência do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor¹¹. Tal responsabilidade decorrente da norma

Art. 37, § 6º, CF: § 6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art. 14, caput, CDC: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

constitucional é em razão do serviço público de fornecimento de energia desempenhado pela ré, ao passo que, em relação à norma consumerista, é oriunda da relação de consumo mantida entre as partes, nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei 8.078/90.

Por consequência, a responsabilidade da ré somente é elidida acaso se verifique culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior ou fato de terceiro, bem como acaso rechaçado o nexos causal entre a conduta e o dano.

Nesses termos é o entendimento jurisprudencial:

*APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL.
CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA.
RESPONSABILIDADE DA COOPERATIVA.
DENUNCIÇÃO DA LIDE A CONCESSIONÁRIA.
DIREITO DE REGRESSO RECONHECIDO. DANO
MATERIAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO
MANTIDO. I. A concessionária de energia
elétrica sujeita-se, no caso dos autos, ao
regime da responsabilidade objetiva, nos
termos do art. 37, § 6º, da Constituição
Federal e do art. 14 do CDC, isentando-se da*



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

responsabilidade somente quando provar a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva da vítima (consumidor) ou de terceiro (§3º do art. 14). II. DENUNCIÇÃO DA LIDE. A denúncia da lide é instituto jurídico que garante maior celeridade processual, evitando o ajuizamento de duas ações para o ressarcimento de danos sofridos. Se ambas as demandadas foram responsáveis pelo evento danoso, trata-se de caso de solidariedade passiva, e não de litisdenúncia obrigatória. III. DANOS MATERIAIS. Comprovados os pressupostos da responsabilidade civil (conduta ilícita, danos e nexo causal), impende o reconhecimento do dever de indenizar. DESPROVERAM OS APELOS. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70019647619, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 06/06/2007)

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS. COMPANHIA ELÉTRICA. QUEIMA DE APARELHO PROVOCADA PELA OSCILAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NA REDE DA RÉ. APLICAÇÃO DO CDC.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

**RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA
CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO É
DECORRENTE DA INEFICIÊNCIA NA
PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ART. 37, §6º DA CF,
ART. 14, § 1º E ART. 22 DO CDC. SENTENÇA
MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível
Nº 71001293422, Terceira Turma Recursal Cível,
Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo
Richinitti, Julgado em 05/06/2007)**

A doutrina de Rui Stoco não discreta desta orientação:

Portanto, a companhia de energia elétrica de geração ou distribuição, embora possa se constituir em sociedade de natureza privada, será sempre uma concessionária de serviço público, prestando-o por delegação do Estado.

Nessa condição, é alcançada pela disposição muito mais garantidora, do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ao dispor que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros,



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Desse modo, essas empresas ficam enquadradas na teoria do risco administrativo, sendo, assim, objetiva a sua responsabilidade pelos danos causados a terceiros.

Evidente, não se descarta a incidência obrigatória do Código de Defesa do Consumidor, naquilo que favoreça e proteja a vítima, considerando que o fornecimento de energia elétrica para consumo enquadra-se nos conceitos ali estabelecidos, devendo a energia elétrica ser considerada como produto, posto que é um bem consumível ou fungível.

Entretanto, necessário se fazer alguma digressão quanto à maneira de consumo de energia efetuado pela parte autora, inobstante cadastrada como tomadora de serviço como pessoa física e presumivelmente recebendo o serviço em unidade domiciliar familiar, diferentemente do que ordinariamente ocorre, no setor da agricultura e beneficiamento do fumo, o trabalho desenvolvido pelo agricultor e pequeno produtor rural, ocorre em regime de economia familiar, e a energia elétrica utilizada no domicílio para a satisfação das necessidades normais de um conjunto familiar, nesse setor a energia também é utilizada com a



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

finalidade economia de insumo da atividade produtiva, ou seja, no beneficiamento ou cura do fumo, especialmente na época de secagem do produto.

Desta forma, é indiscutível que o tratamento dispensado aos agricultores que utilizam da energia com tal finalidade, não pode ser o mesmo dispensado ao consumidor comum, que emprega a energia elétrica nas atividades normais de uma residência unifamiliar, para as tarefas de uso doméstico. Evidente que a carga de consumo é absolutamente dispare entre uma e outra situação. E não raro, se observa nos elementos de prova nos diversos processos da espécie que não há informação diferenciada sobre a carga de consumo da economia nessas propriedades, figurando normalmente como economias domésticas. Aqui se identifica uma falha tanto do setor de fiscalização do serviço das companhias fornecedoras de energia, assim como omissão dos consumidores, que deveriam informar o uso da energia não só para o consumo doméstico, mas também no emprego da atividade econômica do beneficiamento do fumo. Não é por outra razão que se verifica na instrução de vários processos desta natureza que a empresa demandada alega interrupção no fornecimento exatamente pela sobretensão na rede em razão do acionamento



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

de dispositivos de alto consumo durante a secagem do fumo, de modo simultâneo em determinadas localidades.

Mas, para além dessa diversidade de emprego de energia elétrica, que exige tratamento diferenciado, igualmente diferente deve ser a exigência para aqueles que utilizam a energia elétrica em processo de produção, como o caso dos produtores de fumo, onde na época da cura é imprescindível o emprego da energia elétrica de forma ininterrupta, sob pena de perda de qualidade do produto.

Mesmo que o sistema legal, especialmente norma do Código do Consumidor, preveja que o serviço público essencial, caso da energia elétrica, deva ser prestado de modo contínuo, a própria regulamentação do sistema prevê em suas normativas situações de descontinuidade, quer por questões de adimplência, quer para manutenção de linhas e equipamentos na transmissão, ou em situações de flagrante risco ao usuário. O mesmo ocorre em situações que, de um modo geral, afastam a responsabilidade civil em quaisquer circunstâncias, como o caso fortuito e a força maior, onde um dos vetores, especialmente nesta área, tem sido os fortes temporais que se abatem sobre as mais diversas regiões do estado, com ímpetos devastadores. Nessas



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

circunstâncias, evidentemente, não há como exigir que não haja descontinuidade, daí porque a necessidade de que o tomador do serviço se resguarde com forma alternativa para manter o beneficiamento do produto através da indispensável utilização de energia elétrica. Nesse ponto, tenho que razão assiste ao eminente Relator quando propugna, em seu alentado voto, inclusive utilizando elementos colhidos de informações em audiência pública realizada com participantes do setor, a necessidade de os fomicultores dotar seu sistema de produção de gerador tipo no-breek, para garantir a continuidade do trabalho prevenindo eventual prejuízo na perda da qualidade do produto.

O emprego da teoria do dever de mitigar os próprios prejuízos, muito bem-posta e explorada pelo douto Relator, tenho por adequada à espécie, ainda que não comungue integralmente com o resultado adotado, ou seja, a exclusão absoluta da responsabilidade da empresa fornecedora de energia elétrica.

Explico.

No regime do CDC, resta indiscutível que a prestadora do serviço público, cuja responsabilidade é objetiva, ressalvadas aquelas situações excepcionalíssimas, onde o fortuito ou a força maior justificam a descontinuidade



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

do serviço, em razão da magnitude avassaladora do fenômeno da natureza, mantém responsabilidade na interrupção do serviço e com isso, concorre, indiscutivelmente para o resultado prejudicial ao interesse do usuário do serviço público, não havendo como excluí-la da relação causal, especialmente considerando as circunstâncias legais prevista na legislação consumerista que autorizam as excludente legais, salvo as situação, como referido de fortuito e força maior.

Por outro lado, também concorre o tomador do serviço, que exercendo atividade produtiva que não prescinde do uso contínuo da energia elétrica, como é o caso do autos, não se previne de modo alternativo para garantir a continuidade do sistema de produção e beneficiamento do produto, de maneira a evitar a perda na qualidade do produto beneficiado, o que pode ser razoavelmente contornado através da implantação do gerador tipo no-break, que propicia a continuidade da atividade produtiva independente da falha no sistema de fornecimento oficial. Evidente, conforme advertido pelo Relator, e de acordo com as informações obtidas por técnicos do setor na audiência pública com notas parcialmente transcrita no douto voto, até pelos custos do equipamento que se impõe necessário é para a manutenção de funcionamento



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

do sistema produtivo por algumas horas, não se exigindo que o tomador do serviço implante um sistema para perdurar por além de 24 horas, porque a partir daí não há como isentar a responsabilidade do fornecedor oficial, sempre ressalvado, é claro, aquelas situações reconhecidas como excludentes decorrentes de fenômenos meteorológicos (fortuito e força maior).

A concorrência de culpas especialmente no regime de responsabilidade civil disciplinado pelo Código do Consumidor, que centra-se da responsabilidade objetiva, ressalvando apenas a responsabilidade de profissionais liberais que segue o regime de responsabilidade subjetiva (art. 14, § 4º), notadamente porque previu nos artigos 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II, excludente de responsabilidade em razão da culpa exclusiva da vítima, não sendo, a partir daí, admissível que houvesse culpa concorrente, especialmente porque na responsabilidade objetiva não se perquiri a culpa, porém, como o próprio sistema admitiu a elisão da responsabilidade civil ante a existência de culpa exclusiva da vítima, a doutrina passou admitir, também, que na quantificação do dano houvesse a possibilidade de interferir a conduta da própria vítima como atenuante da responsabilidade do agente, o que propiciou o surgimento da teoria do risco concorrente, em tese defendida na Universidade de São Paulo,



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

pelo Prof. Flávio Tartuce, originando sua obra intitulada RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E O RISCO – “A teoria do risco concorrente”¹².

No magistério do ilustre doutrinador “é viável atribuir a culpa ou o fato concorrente em relação aos agentes, levando-se em conta as concorrências efetivas do agente e da própria vítima. Se houver responsabilidade objetiva, fala-se em risco concorrente, sendo o verbete principal do presente estudo “a responsabilidade civil objetiva deve ser atribuída e fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes, seja em uma situação contratual ou extracontratual”. Aponta ele que em direito comparado a fixação da indenização de acordo com as contribuições causais é utilizada em países como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e Argentina. Do último país, cita a afirmação de Mosset Iturraspe, no sentido de que não se pode mais pensar a responsabilidade civil com a construção de culpabilidade total de certos indivíduos. Um sistema justo, equânime e ponderado de direito dos danos é aquele que procura dividir os custos do dever de indenizar de acordo com os seus participantes e na medida dos riscos assumidos por cada um deles.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco – A teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2011 (Coleção Prof. Rubens Limongi França) - e-book.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Ainda, do direito comparado traz ensinamento do sistema português, dentre outros, onde a culpa do lesado é tida como atenuante da responsabilidade do ofensor, em outra situação típica de concausalidade. Essa regra de redução consta do art. 570º, item 1, do Código Lusitano.

Para o ilustre doutrinador, após perpassar o sistema legal pátrio, especificamente tratando dos arts. 942 e 945 do Código Civil de 2002, que em regra geral reproduziu o antigo art. 1.518 do CC1916, ao tratar da solidariedade, constituindo, assim, hipótese de concausalidade, enfatiza que principal regra com esse propósito é a do art. 945, que admite a culpa concorrente da vítima como atenuante do dever de indenizar, situação reconhecida de coculpabilidade, ingressa na análise específica do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, que segundo afirma, seguiu a linha de prever a possibilidade de concausalidade, onde no art. 7º da Lei n. 8.078/1990, que fixa a solidariedade para a reparação de danos nas normas de consumo, e constitui a regra do sistema segundo parte considerável da doutrina nacional, além das situações previstas nos arts. 12 e 13, onde prevista uma responsabilidade principal do fabricante e uma responsabilidade subsidiária do comerciante, concluindo que em todas essas situações, como existe correspondabilidade, deixa-se evidenciada a realidade



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

cocausal, mas vai além, referindo que a concausalidade ainda pode ser retirada pelas menções que a norma consumerista faz a respeito das excludentes de responsabilidade, principalmente da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ou seja no produto ou no serviço (arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, da Lei n. 8.078/1990), destacando que trata-se de ponto fulcral do estudo, através da argumentação jurídica do mais para o menos ou do maior para o menor (argumentatio a maiori ad minus ou argumentum a majore ad minus) devendo entender-se que a culpa ou fato concorrente da vítima e de terceiro servem como atenuantes da responsabilidade civil na ótica consumerista. Afirma, para sintetizar, “que se a culpa exclusiva da vítima e de terceiro afastam a responsabilidade, a culpa concorrente de ambos a atenua”. Justifica que tal conclusão tem merecido reconhecimento na jurisprudência nacional através de emprego em vários julgados¹³.

Por todos, do Superior Tribunal de Justiça, sem prejuízo dos demais julgados indicados no estudo: “Consumidor. Recurso Especial. Cheque furtado. Devolução por motivo de conta encerrada. Falta de conferência da autenticidade da assinatura. Protesto indevido. Inscrição no cadastro de inadimplentes. Dano moral. Configuração. Culpa concorrente. - A falta de diligência da instituição financeira em conferir a autenticidade da assinatura do emitente do título, mesmo quando já encerrada a conta e ainda que o banco não tenha recebido aviso de furto do cheque, enseja a responsabilidade de indenizar os danos morais decorrentes do protesto indevido e da inscrição do consumidor nos cadastros de inadimplentes. Precedentes. - Consideradas as peculiaridades do processo, caracteriza-se hipótese de culpa concorrente quando a conduta da vítima contribui para a ocorrência do ilícito, devendo, por certo, a indenização atender ao critério da proporcionalidade. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido”. (STJ, Resp n.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

A corroborar a guinada no tratamento da possibilidade de concorrência de responsabilidades nas questões envolvendo responsabilidade objetiva, notadamente em direitos do consumidor, tem-se a reformulação do Enunciado n. 46 do Conselho da Justiça Federal estabelecido na I Jornada (2002) que previa na redação original que a redução da indenização de acordo com o grau de culpa do agente não se aplicaria à responsabilidade objetiva, o que sofreu alteração na IV Jornada de Direito Civil, por proposta do mencionado doutrinador, autor da teoria do risco concorrente, que suprimiu a parte final do enunciado, passando a admitir a possibilidade de que houvesse a cocausalidade na responsabilidade objetiva, gerando o Enunciado n. 380, naquela jornada.

A propósito dos Enunciados referidos, importante destacar, até porque nos diz particularmente, integrantes do Tribunal de Justiça Gaúcho, que o próprio autor do enunciado originário (número 46), o hoje ministro do STJ,

712.591/RS, Rel. Min. Nancy Anadrighi, 3ª Turma, julgado em 6/11/2006, DJ 04/12/2006, p. 300)

E ainda: "CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agencia de viagens. - Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC. - A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III do CDC. - A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte". (STJ, Resp n. 287.849/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 17/04/2001, DJ 13/08/2001, p. 165).



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Min. Paulo de Tarso Sanseverino, egresso deste Tribunal, alterou seu posicionamento em relação a tese originária, conforme refere Tartuce, ob. cit.14, e que refletia sua tese de doutorado defendida perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ao manifestar que “voltando a refletir, com maior profundidade, a respeito do tema por ocasião da elaboração da presente tese, convenci-me, após aprofundar a pesquisa, da possibilidade da incidência da cláusula geral de redução também na responsabilidade objetiva, revisando posição anteriormente sustentada” recomendando que a interpretação de acordo com a gravidade da culpa seja substituída pela interpretação segundo a relevância da causa.

Assim postas estas considerações, admitida a cocausalidade por interferência da própria vítima na responsabilidade objetiva no âmbito da doutrina e da jurisprudência, notadamente no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, tenho que a situação em apreço comporta o reconhecimento da concorrência do risco assumido pela própria parte autora, que na relação prestacional de serviço mediante contrato firmado com a empresa demandada, prestadora de serviço público de fornecimento de energia elétrica, na medida

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco – A teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2011 (Coleção Prof. Rubens Limongi França) - e-book.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

em que embora aparentemente sua relação seja de consumo de unidade residencial/familiar, em verdade para a situação reclamada nos autos a energia elétrica é empregada numa atividade econômica de maior expressão, para o beneficiamento/secagem do fumo produzido, com necessidade de manutenção do serviço de maneira ininterrupta, sem que disponha de meio alternativo para prevenir eventual prejuízo ante o colapso no sistema oficial do fornecimento de energia elétrica e o risco que a sua atividade nessas circunstâncias determina.

Por isso, comungo do entendimento de que efetivamente o tomador do serviço deve se precaver com meio alternativo para enfrentar eventual falha na prestação do serviço pela suspensão indevida do fornecimento da energia elétrica, mediante o emprego de gerador tipo no-breek. No entanto, com vênia aos entendimentos em sentido contrário, não vejo razoável a exclusão da responsabilidade na questão posta, até porque, como referido, inarredável a identificação de falha na prestação do serviço público essencial, que foi descontinuado por 7h30min e 15h10min, sem que haja justificativa normatizada para a suspensão do serviço, não parecendo regular aplicar-se os prazo previsto no art. 176 da Resolução 414/2010-ANEEL15, para tal justificativa, pois se trata

¹⁵ **Art. 176.** A distribuidora deve restabelecer o fornecimento nos seguintes prazos, ontados ininterruptamente:



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

de situação deferente. Os prazos são previstos para a religação em situação de normalidade, onde o serviço foi descontinuado por razões autorizadas na regulamentação do sistema pela falta de pagamento, basta interpretar sistematicamente o art. 176, incisos I e II, com o disposto no § 2º, inciso I, da

I – 24 (vinte e quatro) horas, para religação normal de unidade consumidora localizada em **área urbana**;

II – 48 (quarenta e oito) horas, para religação normal de unidade consumidora localizada em **área rural**;

III – 4 (quatro) horas, para religação de urgência de unidade consumidora localizada em **área urbana**;

IV – 8 (oito) horas, para religação de urgência de unidade consumidora localizada em **área rural**.

§ 1º Constatada a suspensão indevida do fornecimento, a distribuidora fica obrigada a efetuar a religação da unidade consumidora, sem ônus para o consumidor, em até 4 (quatro) horas da constatação, independentemente do momento em que esta ocorra, e creditar-lhe, conforme disposto nos arts. 151 e 152, o valor correspondente.

§ 2º A contagem do prazo para a efetivação da religação deve ser:

I – para religação normal:

a) a partir da comunicação de pagamento pelo consumidor, obrigando-se o consumidor a comprovar a quitação dos débitos no momento da religação; ou

b) a partir da baixa do débito no sistema da distribuidora.

II – para religação de urgência, a partir da solicitação, obrigando-se o consumidor a comprovar a **quitação dos débitos** no momento da religação.

“§ 3º Para a execução da religação de unidade consumidora, a distribuidora deve adotar, no mínimo, o horário previsto no § 5º do art. 172.”

o(Redação dada pela Resolução Normativa ANEEL nº 418, de 23.11.2010)

“§ 4º A contagem dos prazos para religação se inicia com a comunicação de pagamento, compensação do débito no sistema da distribuidora ou com a solicitação para a religação quando estas ocorrerem em dias úteis, entre 8h e 18h.

§ 5º Quando a comunicação de pagamento, compensação do débito no sistema da distribuidora ou a solicitação para a religação ocorrerem após as 18h ou em dia não útil, o início da contagem dos prazos se dá a partir das 8h da manhã do dia útil subsequente.”

o(Redação dada pela Resolução Normativa ANEEL nº 479, de 03.04.2012)

“§ 6º Quando da comunicação de pagamento ou da solicitação para a religação, a distribuidora deve informar ao consumidor interessado os valores, prazos para execução do serviço, assim como o período do dia em que são realizados os serviços relativos à religação normal e de urgência.”

(Redação dada pela Resolução Normativa ANEEL nº 418, de 23.11.2010)



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

referida disposição, para se chegar a tal conclusão, haja vista os prazos de 24 e 48 horas previstos para religação normal, contam a partir da comunicação do pagamento pelo consumidor. Desta forma, não é possível considerar que houve a religação no prazo regulamentar, porque a situação não se amolda a figurino da disposição regulamentar, que regula situação absolutamente diversa, ou seja, quando ocorre falta de pagamento. Na hipótese, entretanto, a suspensão foi injustificada, daí não haver prazo para sua realigação, dado o caráter contínuo do serviço, aliás, essencial, evidenciando, assim, a falha na prestação do serviço.

Nada obstante, e conforme conduta concorrente do consumidor conforme acima examinado, entendo que a responsabilidade deve ser dividida entre os participantes do evento, tendo-se como parâmetro os correspondentes riscos assumidos, na proporção de 2/3 para a concessionária de energia elétrica, porque falhou na prestação do serviço público essencial e que, em tese, deveria ser contínuo, e na ordem de 1/3 para o usuário do serviço, haja vista não ter adotado medida viável a evitar ou, ao menos, minimizar o dano sofrido.

No caso concreto dos autos, o prejuízo material experimentado pela parte autora em razão da falta de energia elétrica ocorrida em janeiro de 2013, que prejudicou o processo de cura do fumo, reduzindo o seu valor de



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

mercado, resta evidenciado pela prova documental e testemunhal dos autos, de modo que configurado o dever de indenizar.

Já em relação à falta de energia elétrica ocorrida em fevereiro, comungo do entendimento do juízo de origem de ausência de provas suficientes a evidenciar os fatos constitutivos. Nesse particular, veja-se que o laudo foi elaborado em abril de 2013, mais de dois meses após a queda de energia elétrica, mesma data das fotografias acostadas com a inicial relativas a esse mesmo período. Da prova testemunhal produzida, apenas a testemunha Alberi referiu queda de energia elétrica em fevereiro, mas sem dar maiores detalhes quanto ao período de interrupção e a consequente perda da qualidade do fumo.

Quanto ao valor indenizatório, in casu, entendo que deve ser acolhido o laudo relativo à falta de energia elétrica ocorrida em janeiro de 2013, produzido no mesmo mês do evento danoso e que aponta o quilo do fumo em R\$ 6,99, conforme tabela da AFUBRA para aquela safra na classe TO2, que, diga-se, não é a de maior valor (como comumente apontado nos laudos), a demonstrar boa-fé e fidedignidade dos dados apontados. Ainda, o autor demonstrou ter realizado protocolo perante a demandada, que poderia ter diligenciado para verificar a ocorrência do prejuízo.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Ademais, a demandada não demonstrou qualquer insurgência quanto à ausência de manifestação judicial quanto ao pedido de juntada das notas fiscais, no objetivo de demonstrar eventual superestimação do laudo técnico apresentado pela parte autora, tampouco controverteu a quantidade de fumo apontado no laudo, concordando tacitamente apenas com a produção da prova testemunhal.

Diante disso, e considerando a concorrência de riscos, tenho que o valor da indenização corresponde ao montante de R\$ 6.954,58 (seis mil novecentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta e oito centavos), ou seja, relativamente a 2/3 do montante estimado no laudo técnico juntado pela autora, o qual indicava a quantia de R\$ 10.431,87 (dez mil quatrocentos e trinta e um reais e oitenta e sete centavos). O valor dos danos materiais deverá ser atualizado monetariamente pelo IGP-M, a contar da data do prejuízo (Sum. 43, do STJ), e acrescido de juros de mora no percentual de 1% ao mês, desde a citação, por se tratar de responsabilidade contratual.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

À vista do exposto, voto no sentido de desprover o recurso do autor e prover parcialmente o recurso da ré, para o fim, reconhecendo a concorrência de riscos, na proporção de 2/3 para a concessionária de energia elétrica e de 1/3 para o usuário do serviço, condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais sofridos pelo autor na ordem de R\$ 6.954,58 (seis mil novecentos e cinqüenta e quatro reais e cinqüenta e oito centavos), a ser atualizado monetariamente pelo IGP-M, a contar da data do prejuízo (Sum. 43, do STJ), e acrescido de juros de mora no percentual de 1% ao mês, desde a citação, por se tratar de responsabilidade contratual.

É como voto.

DES. EUGÊNIO FACHINI NETO -

Eminentes colegas:

Como sabem os colegas, após um longo período em que julgávamos de forma homogênea as demandas relativas à responsabilidade das concessionárias de serviço de fornecimento de energia elétrica pelos prejuízos sofridos por produtores de fumo, em razão da interrupção do serviço durante o



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

processo de secagem do produto, mais recentemente, após trocas internas de ideias, acabei alterando meu posicionamento a respeito do tema. Inicialmente fui acompanhado pelo colega Richinitti, com divergência integral do colega Miguel e com divergência parcial do colega Tasso, conforme a composição dos diversos julgamentos.

As divergências fizeram com que a demanda fosse submetida ao rito previsto no art. 942 do NCPC, com a convocação de um quinto membro, oriundo da 10ª Câmara Cível, também integrante do 5º Grupo Cível, ao qual pertence esta Câmara. Sendo inúmeros os processos envolvendo a mesma temática, praticamente todos os membros da 10ª Câmara Cível acabariam compondo, isoladamente, os diversos julgamentos pelo rito do art. 942/NCPC.

Em razão dos prováveis posicionamentos parcialmente divergentes, e na busca de um possível consenso mínimo, acabamos trocando ideias ao longo das últimas semanas, sob a coordenação do colega Tasso, Presidente da 9ª Câmara Cível, buscando a flexibilização das posições mais afastadas, para logarmos um entendimento que pudesse ser acolhido por todos. Com isso se evita que, conforme a composição do colegiado, soluções diversas sejam



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

adotadas para casos substancialmente idênticos, com grave dano ao princípio da isonomia, respeitadas, obviamente, as particularidades de cada caso.

Como base desse entendimento de consenso, que se aproxima da solução apregoada pelo Presidente Tasso, aceitou-se a fundamentação que já havia exposto quando da apresentação do meu voto de proposição de alteração de posicionamento, à qual foram acrescidas algumas considerações, cujo teor final, assim, passo a reproduzir, de modo a sintetizar a motivação da agora posição unificada:

Nas ações indenizatórias por alegada danificação da colheita do fumo em virtude de interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem, minha convicção mais profunda era no sentido diverso do entendimento consolidado nas Câmaras deste Tribunal, competentes para apreciar a matéria (integrantes dos 3º e 5º Grupos Cíveis).

Contudo, apesar disso, com vista a uma saudável harmonização de entendimentos, acabei me submetendo ao entendimento predominante.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Todavia, não verdadeiramente convencido, continuei refletindo a respeito da situação e, por minha provocação, o Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul promoveu, em 04 de dezembro de 2015, um painel sobre essa questão, do qual participaram representantes das pessoas e entidades diretamente interessadas: Marco Antonio Dornelles, Engenheiro Agrônomo, representando a AFUBRA - Associação dos Fumicultores do Brasil; Gustavo Arend, Engenheiro, representando a ABRADDEE - Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica; Fabiano Koff Coulon, Advogado, representando o IDERS - Instituto de Direito e Economia do R.G.S., e Cristiano Heineck Schmitt, Advogado, representando o Brasilcon - Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor.

Ao solicitar a realização do painel, assim justifiquei o pedido: "Contam-se aos milhares os processos judiciais envolvendo a responsabilidade civil das concessionárias de energia elétrica movidos por fumicultores. Pretendem estes a reparação por perdas da produção do fumo em razão da interrupção do



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem. Os fumicultores usam estufas que são movidas a energia elétrica. Tais pretensões são normalmente acolhidas. Muitas vezes, então, há condenação da concessionária de energia elétrica ao pagamento de uma indenização. Todavia diante do aumento do número de processos judiciais e da elevação das pretensões indenizatórias, impõe-se aprofundar o debate sobre até que ponto é razoável repassar tais custos para as concessionárias diante da alternativa de se exigir que os fumicultores estejam preparados para tais intempéries, porque seriam previsíveis, já que acontecem todos os anos, adquirindo geradores de energia que possam ser ativados em caso de interrupção da luz. Quais são os custos de tais providências? Qual a razoabilidade de tal exigência? É justo sempre repassar a outros os riscos inerentes à determinada atividade? É possível exigir-se de quem não pode sofrer interrupção do fornecimento de energia elétrica em sua atividade profissional que esteja preparado para as inevitáveis interrupções? Os hospitais, por exemplo, possuem esses geradores, porque, do contrário, se faltasse luz durante uma cirurgia, o paciente quase



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

certamente morreria. O que a análise econômica do Direito tem a dizer sobre isso? Quais seriam os custos exigidos dos fumicultores? Em caso positivo, de quem se poderiam exigir tais providências? E as indústrias fumageiras teriam o dever de auxiliar os fumicultores na aquisição de tais geradores, se fosse o caso? Essas são as indagações que tentarão ser respondidas pelos painelistas convidados. Do confronto de opiniões e pontos de vista, poderemos melhor enriquecer nossa visão a respeito do tema que a todos nos concerne e também a toda a sociedade, que paga pelo consumo de energia elétrica, pois as indenizações pagas pelas concessionárias invariavelmente convertem-se em custos e são internalizadas no valor das tarifas.”

Dentre as ricas informações trazidas durante o concorrido painel, que ocupou toda uma manhã, destaco as seguintes (acessíveis através do site do Centro de Estudos do TJ/RS¹⁶:

¹⁶ Mais especificamente no seguinte endereço:
http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/temas_p_olemicos/RESPONSABILIDADE_CIVIL_CASO_FUMICULTORES.doc



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

O representante da AFUBRA, ao explicar o ciclo da produção do fumo, destacando o sensível período da secagem das folhas, referiu que “quando um produtor novo começa a plantar, ele tem a opção de construir uma estufa convencional ou de ar forçado. A estufa convencional, se ele fizer por sua conta, usando mão de obra dele, comprando material de construção, são 18 mil reais. Aí é independente de terceiros. Na estufa de ar forçado, o produtor faz o financiamento direto com uma empresa que vende o equipamento e instala, mas essa estufa depende de autorização da fornecedora de energia, devido à sobrecarga na rede, e **tem que ter gerador próprio com chave automática.**” Nesse momento da fala, o palestrante foi interrompido pelo Coordenador do Centro de Estudos, Des. Ney Wiedemann Neto, nos seguintes termos: “Desculpa lhe interromper, mas é importante. “Tem que ter gerador próprio com chave automática.” Isso é um dos assuntos do nosso painel. O senhor pode fazer um esclarecimento agora sobre o que é isso?, tendo o representante da AFUBRA, explicado que “Esse “tem que ter” é colocado pela empresa que vende o equipamento, que é o ideal, mas não quer



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

dizer que essa é uma obrigação do produtor, entendeu? (...) “DES. NEY WIEDEMANN NETO – Então, isso não quer dizer que todos tenham?”; “SR. MARCO ANTÔNIO DORNELLES – Não, não é que todos tenham. Eu coloquei pela questão que seria uma indicação técnica ideal.”

Já o representante da ABRADÉE, engenheiro eletricista Gustavo Arend, referiu a inevitabilidade das interrupções de energia elétrica, especialmente no meio rural, uma vez que a rede de transmissão de energia é aérea e, portanto, está sujeita a descargas elétricas, além de sofrer com quedas de galhos, árvores, etc, durante fortes temporais. E nesse momento o engº Arend mostrou-se preocupado com o aumento do número de processos, trazendo as seguintes informações: “existe, no entendimento nosso, também um incentivo. São *folders* da região de Camaquã, onde há muitos produtores de fumo. Aqui diz: “A falta de energia por mais de uma hora gera direito de indenização”. Travou-se, então, a seguinte discussão:

(...)



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

DES. NEY WIEDEMANN NETO – Isso é um documento da CEEE?

SR. GUSTAVO AREND – Não, não é um documento da CEEE, é um documento que é distribuído para os produtores com instruções para ingressar com ações.

DES. NEY WIEDEMANN NETO – Isso é um panfleto de um escritório de advocacia?

SR. GUSTAVO AREND – Isso. Quero destacar alguns pontos. Falta de energia por mais de uma hora: como eu coloquei, não existe nenhum padrão da ANEEL, para nenhum consumidor, dentro da cidade inclusive, por rede, se fosse subterrânea, inferior a uma hora. Uma hora é permitido interromper, está dentro desse custo que compõe a tarifa haver uma interrupção superior a uma hora.

(...)

Já o Dr. Fabiano Koff Coulon, representando o IDERS - Instituto de Direito e Economia do R.G.S., contribuiu com as seguintes reflexões, a partir de uma análise econômica do Direito: "O consumidor, no caso um produtor de fumo, que se sente lesado pela interrupção do fornecimento de energia elétrica, entra com indenização, e a concessionária é condenada a pagar uma indenização. E o que acontece com esse custo? Esse custo é



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

inserido na lógica de custos da atividade da concessionária e tende a ser externalizado através dos preços fornecidos no mercado.”

Mais adiante em sua intervenção, o Dr. Coulon referiu que “A segunda questão é a questão da alocação desse custo dentro da relação entre o fumicultor e a prestadora de energia elétrica. O que nós poderíamos pensar num primeiro momento e até em termos de análise econômica do Direito? Quem é que poderia internalizar esse custo da maneira mais eficiente, o produtor ou a concessionária prestadora de energia? Quem seria, como diriam os americanos, o *cheapest cost avoider*, aquela pessoa que pode evitar o dano ao menor custo? Num primeiro momento, nós podemos imaginar que seja o próprio produtor. O produtor compra um gerador, um gerador não é assim tão caro, ele internaliza no seu custo e com isso ele faz frente a esse problema.”

Durante os debates que se seguiram, o Engº Arend referiu que uma das formas de se reduzir o problema com a



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

queda de postes ou rompimento da linha de transmissão seria o cabeamento subterrâneo. Todavia, referiu o altíssimo custo de tal investimento, o que faria com que a tarifa devesse ser multiplicada por 5 a 10 vezes o atual valor, até que houvesse a amortização do investimento.

A uma pergunta direta que formulei, no sentido de que “Se eu quisesse evitar o dano e quisesse comprar um gerador, resolveria o problema? E qual seria o custo?, foram prestadas as seguintes informações:

(...)

“SR. GUSTAVO AREND – Esse levantamento do custo, que foi feito, foi colocado na ordem de seis mil reais.

DES. NEY WIEDEMANN NETO – Ele mostrou o *slide*.

SR. MARCO ANTONIO DORNELLES – Um equipamento menor, mínimo, não é?

ENG. GUSTAVO AREND – Depende da potência da estufa.

(...) – Só para colaborar: lá na nossa região, existe muita indenização de fumo, o gerador vale de quatro a



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

seis mil reais, há financiamento em dez anos, o agricultor paga quatrocentos a seiscentos reais por ano.”

(...)

Pois bem. Como foi referido durante o painel, por especialistas ligados profissionalmente ao setor, duas horas de interrupção de energia elétrica, num momento mais crucial da secagem, acarreta perda de 100%. Bastam duas horas! Impossível não haver, num período de um ano, chuvas e ventanias fortes que acarretem interrupções no fornecimento de energia elétrica. Elas acontecem, por mais que se invista no setor. Assim, se o dano é evitável a um custo menor, por que não se faz isso?

A pergunta que se deve fazer, portanto, do ponto de vista macroeconômico, reside em saber qual o custo disso e quem efetivamente paga a conta? Se há um custo, alguém está pagando. Numa sociedade capitalista, todo e qualquer custo acaba se transformando necessariamente em preço ou, como no caso, internalizado em tarifas. Essa tarifa é paga, depois, por todos os



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

consumidores de energia elétrica, inclusive por quem não é fumicultor: ou seja, por toda a sociedade.

Portanto, se durante o processo de secagem das folhas do fumo, a produção pode ser afetada pela interrupção do fornecimento de energia elétrica, mesmo que por breve período, parece sensato partir-se do argumento de que, do ponto de vista econômico, é muito mais racional investir-se na prevenção do dano do que aguardar sua fatal ocorrência para depois buscar o ressarcimento judicial dos danos emergentes/lucros cessantes.

Em se tratando de reparação de danos materiais, em razão do princípio indenitário, busca-se apenas repor a parte na situação em que se encontrava antes, neutralizando-se, assim, o prejuízo sofrido. Assim, havendo lisura na quantificação dos danos, não será através do veredicto condenatório que a parte autora ficará em posição melhor do que se encontrava anteriormente. Considerando que as maiores perturbações atmosféricas, com grandes vendavais e elevados níveis de precipitação pluviométrica, ocorre justamente durante o verão em nosso Estado, quando



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

também é o momento mais crítico da secagem do fumo, como mencionado durante o painel, praticamente todos os fumicultores, cedo ou tarde, acabarão sofrendo com a situação. Portanto, a instalação de um gerador próprio, com o sistema *no-break*, parece ser uma opção economicamente racional, tanto do ponto de vista do fumicultor individual, quanto do ponto de vista macroeconômico. Afinal de contas, como pondera Tartuce, “a informação a respeito do risco tem um papel incrementador nas responsabilidades dos envolvidos”¹⁷.

Transpondo essas reflexões sobre a matéria de fato para o mundo normativo, parto da consideração de que o Direito não é uma ciência pura e isolada, devendo, ao contrário, interagir com as demais ciências, humanas ou econômicas. Além disso, o Direito, mesmo em países integrantes da tradição romano-germânica como é o nosso, não se resume à lei. Esta é apenas uma das fontes, embora a mais importante, do Direito, mas com ele não se confunde. Assim, é possível invocar-se, para a resolução

¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011, p. 277.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

de problemas jurídicos, entendimentos doutrinários e orientações jurisprudenciais conhecidos no direito comparado, desde que sejam compatíveis com a estrutura do direito pátrio. Como magistralmente referiu Clóvis do Couto e Silva:

“A crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados meta-jurídicos no campo da ciência do Direito (...). A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o ‘corpus juris’ vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinação”¹⁸.

É com esse espírito que passo a analisar alguns institutos jurídicos, conhecidos no direito comparado e já reconhecidos em nosso país, que ajudam a decidir o presente caso. Reconhece-se, de início, que é altamente controversa a afirmação de que a vítima, especialmente quando consumidora, deve adotar medidas para evitar ou minorar prejuízos que possam vir a ser causados pelo outro contratante ou por terceiros. Como

¹⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: J. Bushatsky Ed., 1976, p. 74.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

regra geral, poder-se-ia sustentar inexistir uma *obrigação jurídica*, tecnicamente falando, de agir nesse sentido. Essa foi a orientação já adotada, por exemplo, pela Corte de Cassação francesa, em dois acórdãos proferidos no ano de 2003 (19 de junho). Decidindo sobre casos de responsabilidade extracontratual, embora sem nenhuma ligação com o caso em tela, afirmou aquela corte superior que o autor de um acidente é obrigado a reparar todas as consequências de seu agir culposos, sendo que a vítima não tem o dever de limitar seus danos no interesse do responsável (www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570).

Todavia, ao menos em alguns casos é possível identificar, se não uma obrigação jurídica, tecnicamente falando, de reduzir ou evitar os danos, ao menos um encargo jurídico nesse sentido, nos termos que serão adiante referidos.

DUTY TO MITIGATE THE LOSS.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Um argumento que pode ser invocado para justificar a não indenização integral dos danos sofridos pelos fumicultores, em casos como o presente, deriva da doutrina do ***duty to mitigate the loss*** (dever de mitigar os prejuízos).

Comumente se refere que tal doutrina origina-se da *Common Law*¹⁹, mas vem sendo recepcionada pelo direito continental europeu, bem como incorporada em algumas importantes convenções internacionais, como é o caso da Convenção de Haia, de 1964, sobre a venda internacional de bens móveis (art. 88: "*The party who relies on a breach of contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach...*" – em tradução livre: "a parte contratante que conta com a proteção por descumprimento contratual, deve adotar todas as medidas razoáveis para mitigar os danos resultantes do

¹⁹ Embora deva ser mencionado a lúcida observação de DIAS, Daniel Pires Novais (*O Duty to Mitigate the Loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*, publicado originariamente na Revista de Direito Privado, 45/89, jan. 2011, e inserido na coletânea DOUTRINAS ESSENCIAIS – DANOS MORAIS (org. por Rui Stoco), vol. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1123 a 1180), no sentido de que o Código Civil alemão (BGB), de 1896 (entrando em vigor em 1900) já previa, no seu §254, a redução da indenização da parte lesada por negligência desta em afastar ou minorar o próprio dano, ao passo que o *duty to mitigate the loss* foi formulado pela primeira vez numa decisão judicial nos países de *common law* em 1912 – caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. vs. Underground Electric Railways Co. of London Ltd.*



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

descumprimento”), os Princípios Unidroit relativos aos contratos de comércio internacional, de 1994 (art. 7.4.8.: “*The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party’s taking reasonable steps*” – em tradução livre: “A parte inadimplente não é responsável pelo dano sofrido pela parte lesada, na medida em que o dano poderia ter sido reduzido, caso esta última tivesse adotado medidas razoáveis”), bem como o chamado Código Europeu de Contratos²⁰ (que reproduz os princípios Unidroit, no seu art. 9:505).

Na Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias, de 1980²¹, tal doutrina foi incorporada no seu art. 77, com a seguinte redação: “A parte que invoca a quebra do

²⁰ Elaborado pela “Academia de jusprivatistas europeus”, entidade que reúne um grande número de civilistas oriundos dos diversos países da União Europeia e da Suíça, tendo como sede a Universidade de Pavia, Itália, coordenada pelo prof. Giuseppe Gandolfi e submetido à apreciação da Comissão de Assuntos Jurídicos e de Mercado Interno do Parlamento Europeu em outubro de 2000 – sobre esse importante trabalho, v. DE LOS MOZOS, José Luis, “La buena Fe em el anteproyecto de código europeo de contratos de la Academia de Pavia”, in: CÓRDOBA, Marcos M. (Dir.), *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, tomo II – Doctrina extranjera. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 257 e seg).

²¹ Uma boa síntese da Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias, especialmente sobre a recepção da boa-fé, encontra-se em RUIZ, Pedro F. Silva, “La buena Fe em la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercadorias”, in: CÓRDOBA, Marcos M. (Dir.), *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, tomo II – Doctrina extranjera. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 361 e seg.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída”²².

A Prof^a Vera Fradera, no artigo citado em nota de rodapé, indaga se tal doutrina é compatível com o direito pátrio, respondendo positivamente, a partir do princípio da boa-fé objetiva, consagrado em nosso ordenamento. Em suas palavras: “no sistema do Código Civil brasileiro de 2002, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva²³, pois nosso legislador, com apoio na

²² Na tradução fornecida pela Prof^a Vera J. de Fradera, no seminal artigo denominado “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”, publicado na Revista Trimestral de Direito Civil, v. 19 (julho/setembro de 2004), p. 109. Referido artigo praticamente introduziu o tema no direito pátrio, onde até então não era tratado, sendo apenas mencionado por um ou outro autor.

²³ Na conhecida classificação apresentada pela maior expoente pátria em termos de boa-fé objetiva, Judith Martins-Costa, as funções da boa-fé objetiva seriam: a boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo, como criadora de deveres jurídicos e como limite ao exercício de direitos subjetivos – MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, páginas 427 a 472. O dever acessório a que refere Vera Fradera insere-se na segunda dessas funções (criação de deveres jurídicos não previstos no contrato nem no ordenamento jurídico).



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação" (*op. cit.*, p. 116)²⁴.

A ideia básica é de que a parte prejudicada não possa permanecer inerte enquanto o prejuízo aumenta gradativamente ou pelo menos não pode se manter estática diante de uma possibilidade de redução de dano²⁵. O principal fundamento para o *duty to mitigate the loss*, pelo que se percebe do estudo do direito comparado, não reside no interesse individual, mas sim no interesse social²⁶.

Tal dever, que se impõe em razão da concepção do contrato como uma relação cooperativa, em que cada parte deve

²⁴ Os deveres de cooperação podem estar expressos na legislação de um país, de forma autônoma, ou, como é mais comum, são considerados ínsitos ao princípio/cláusula-geral da boa-fé objetiva. É o caso da Espanha, por exemplo, em que "o dever de cooperação numa relação contratual surge diretamente do dever de agir com boa-fé, imposto pelo art. 1.258 do Código Civil (espanhol) tanto ao credor como ao devedor de uma obrigação" – ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon, *Good Faith in European Contract Law*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 645

²⁵ CORBIN, A. L.; PERILLO, M.J.. *Corbin on contracts: damages*. v. 11. Newark: LexisNexis, 2005, p. 301.

²⁶ McCORMICK, Charles Tilford. *Handbook on the law of damages*. St. Paul: West Publ., 1935. p. 127.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

também zelar pelos interesses do co-contratante, procurando evitar-lhe danos, não precisa necessariamente estar previsto em contrato ou em texto expresso de lei. Como referiu Menezes Cordeiro²⁷, "o comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos (...) a uma regra de actuação de boa fé. As incursões anteriores permitiram detectar esses deveres (...) no período pré-negocial, na constância dos contratos válidos, em situações de nulidades contratuais e na fase posterior à extinção das obrigações".

Em nosso direito, pode encontrar guarida na cláusula geral ou no princípio da boa-fé objetiva²⁸.

Não é fácil conceituar precisa e concisamente a boa-fé, como já advertira Jorge Mosset Iturraspe²⁹, mas "está fuera de toda discusión que "el contenido de la buena fe tiene un evidente

²⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1984, p. 632.

²⁸ A boa-fé objetiva, quer como princípio inexpresso, quer como cláusula geral positivada, é atualmente reconhecida e incorporada na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos. Discorrendo sobre o direito europeu, afirma Cesare Massimo Bianca que "el principio de buena fe debe ser reconocido como principio general de derecho contractual europeo" ("Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: El principio de buena fe en el derecho privado europeo", *in*: CORDOBA, Marcos M. (Dir.), *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, tomo II – Doctrina extranjera. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 189 a 204, p. 203).

²⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 305, n. 2.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

carácter ético y que ha sido y es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la moral en el derecho positivo³⁰. Também é certo que a boa fé vem sendo invocada crescentemente, em todos os ordenamentos jurídicos, para a resolução dos mais diversos problemas jurídicos³¹.

Segundo Daniel Dias³², o entendimento no sentido de que o contratante lesado tem o dever acessório, derivado da boa-fé, de adotar todas as medidas ao seu alcance para minimizar os danos decorrentes do inadimplemento contratual tem apoio em ampla e prestigiada doutrina europeia, podendo ser citados Emilio Betti (*Teoria Geral das Obrigações*, p. 125), Luis Diez-Picazo (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 2, p. 689), Carlos

³⁰ REPRESAS, Félix A. Trigo. “La buena fe y su relación con la responsabilidad civil”, in: CÓRDOBA, Marcos M. (Dir.), *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, tomo I – Doctrina extranjera. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 201 a 217, p. 203.

³¹ Redigindo seu relatório de síntese sobre um seminário sobre boa fé, realizado na Universidade de Pisa na década de 1985, Stefano Rodotà escreveu que apenas vinte anos antes a boa fé, quando não era prontamente liquidada como algo puramente ético, considerava-se-a no máximo como uma ideia desprovida de relevância normativa. “Oggi la situazione appare profondamente mutata” – em tradução livre: hoje (referindo-se à década de 80) a situação parece profundamente mudada – RODOTÀ, Stefano, “Conclusioni: Il tempo delle clausole generali”, in: BUSNELLI, Francesco D. (org.), *Il principio di buona fede*. Milano: Giuffrè ed., 1987, p. 254.

³² DIAS, Daniel Pires Novais. *O Duty to Mitigate the Loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*, publicado originariamente na Revista de Direito Privado, 45/89, jan. 2011, e inserido na coletânea DOUTRINAS ESSENCIAIS – DANOS MORAIS (org. por Rui Stoco), vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1150.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Mota Pinto (*Cessão da posição contratual*, p. 345), bem como Antunes Varela (*Das obrigações em geral*, p. 345, referindo-se este ao campo da responsabilidade aquiliana).

O código civil italiano contém dispositivo que acolhe a mesma *ratio* da doutrina do *duty to mitigate the loss*. Trata-se da parte final do art. 1227, que afirma que "*Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*" (em tradução livre: O ressarcimento não é devido em relação aos danos que o credor poderia ter evitado, usando diligência ordinária).

No direito brasileiro, além do artigo precursor de Vera Fradera, outros doutrinadores vêm se dedicando ao tema, entendendo-o perfeitamente compatível com nosso ordenamento jurídico, especialmente como forma de aplicação do princípio da boa-fé objetiva. É o caso de Flávio Tartuce, que assim se posiciona: "Uma dessas construções inovadoras, relacionada diretamente com a boa-fé objetiva é justamente o *duty to mitigate the loss*, ou



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

mitigação do prejuízo pelo próprio credor³³, referindo, em outra obra, que tal instituto não encontra barreira no ordenamento pátrio para sua aplicação na esfera de nosso direito privado³⁴.

Também Leonardo Medeiros Garcia assim se manifesta a respeito do tema: "Assim, o *duty to mitigate the loss* consiste na obrigação do credor de buscar evitar o agravamento do devedor. O credor de uma obrigação precisa colaborar com o devedor quando na tomada de medidas cabíveis para buscar que o dano sofrido se restrinja às menores proporções possíveis. Se a parte em posição de vantagem negligencia em tomar as providências que possibilitam mitigar as perdas, a parte devedora pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída"³⁵.

Também vêm se manifestando favoravelmente à recepção do *duty to mitigate the loss* no direito brasileiro, não

³³ TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor: esboço do tema e primeira abordagem*. 2005. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em 08.09.2016.

³⁴ TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011, p. 309.

³⁵ GARCIA, Leonardo Medeiros, *Direito do Consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões*. Niterói: Impetus, 2010. 6ª ed., p. 50-51.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

obstante a ausência de clara norma legal sobre o tema, inúmeros doutrinadores, tais como: Jones Figueiredo Alves e Mário Luiz Delgado³⁶; Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁷; Fredie Didier Junior³⁸; Pablo Stolze Gagliano³⁹; Gisele Leite⁴⁰; Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto⁴¹.

Referida doutrina já foi reconhecida e aplicada em inúmeras decisões de tribunais brasileiros⁴², inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça, como se vê das seguintes ementas:

³⁶ In: *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005, p. 221.

³⁷ In: *Direito Civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 616/617.

³⁸ In: "Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *RePro* 171/35-48.

³⁹ In: "Duty to mitigate the loss". *Editorial n. 13*. Disponível em <http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>.

⁴⁰ In: "Roteiro sobre o princípio da boa-fé objetiva". *Jus Vigilantibus*. Vitória, set. 2006, Disponível em <http://jusvi.com/artigos/22364>.

⁴¹ In: "Responsabilidade extracontratual – algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. *Revista Emerj* 44/135-139.

⁴² Uma ampla análise de decisões dos tribunais (TJRS, TJSP, TJMG, TJMS, TRF-5ªR e STJ) a respeito deste instituto é feita no excelente artigo doutrinário da lavra de Daniel Pires Novais Dias, *O Duty to Mitigate the Loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*, publicado originariamente na Revista de Direito Privado, 45/89, jan. 2011, e inserido na coletânea DOUTRINAS ESSENCIAIS – DANOS MORAIS (org. por Rui Stoco), vol. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1123 a 1180. Os acórdãos são referidos às fls.1127 a 1131. Daniel Dias, nesse que talvez seja o mais completo e profundo artigo doutrinário sobre o tema, no direito brasileiro, identifica três diferentes grupos de casos em que o *duty to mitigate the loss* tem sido aplicado no Brasil: um primeiro grupo é aquele em que um credor, diante de inadimplemento contratual da outra parte, não adota medidas para evitar o agravamento do próprio prejuízo; um segundo grupo envolve situações em que a vítima de dano extracontratual não adota medidas para evitar o agravamento do próprio dano; e o terceiro grupo diz



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TAXA DE OCUPAÇÃO. INCIDÊNCIA ANTES DA ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO IMÓVEL. DESCABIMENTO. ART. 37-A DA LEI 9.514/97. DISTINÇÃO ENTRE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E PROPRIEDADE PLENA. 'DUTY TO MITIGATE THE LOSS'. HIPÓTESE DE LEILÃO FRUSTRADO.

1. (...)

5. *Dever da instituição financeira de promover o leilão extrajudicial no prazo de 30 (trinta) dias da consolidação da propriedade (cf. art. 27 da Lei 9.514/97), com o objetivo de evitar o crescimento acentuado da dívida.*

6. *Dever de mitigação das perdas do devedor (mutuário), atendendo aos deveres impostos pelo princípio da boa-fé objetiva ("duty to mitigate the loss").*

7. *Extinção compulsória da dívida na hipótese de leilão frustrado (cf. art. 27, § 5º, da Lei 9.514/97).*

8. *Incidência da taxa de ocupação somente após a extinção da dívida. Julgado específico da Quarta Turma.*

9. *RECURSO ESPECIAL PROVIDO, EM PARTE.*

(STJ, T3, REsp 1401233 / RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.em 17.11.2015).

respeito a situações que envolvem exercício considerado tardio de direito, acarretando aumento vultoso do débito.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.

(...)

4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do Duty to mitigate the loss, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade.

5. Recurso especial não provido.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

*(STJ, T4, REsp 1325862 / PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão,
j. em 05/09/2013)*

PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRÉVIO MANDAMUS DENEGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. REGISTRO CIVIL EM DUPLICIDADE. NASCIMENTO ALEGADO EM DOIS PAÍSES DIVERSOS. BUSCA DA DUPLA CIDADANIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONHECIMENTO POSTERIOR DA INDEVIDA CONDUTA. CONSEQUENTE INGRESSO DE AÇÃO ANULATÓRIA PELOS ACUSADOS. BOA-FÉ. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. AÇÃO PENAL. AFETAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. NÃO INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. OCORRÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. (...)

4. De se invocar, no caso, o cânone da boa-fé objetiva, que ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes; destacando-se, dentre os seus subprincípios, o duty to mitigate the loss.

5. Na espécie, existe manifesta ilegalidade, visto que somente se trouxe a lume o imbróglio após o ingresso da ação anulatória pelos pacientes para regularizar a



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

situação, em franca atitude de mitigar, dentro do empenho possível e razoável, o evento danoso - duty to mitigate the loss.

(...)

(STJ, T6, HC 266426 / SC, Rel. Min^a Maria Thereza de Assis Moura, j. em 07.05.2013)

(A mesma julgadora, na mesma turma, já havia invocado e aplicado o mesmo princípio, nos HC 171753 / GO, j. em 04.04.2013, HC 137549/RJ, j. em 07.02.2013, HC 131830/SP, j. em 18.12.2012)

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido. (Brasil, STJ, Resp 758.518 – PR, rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA, Órgão Julgador: Terceira Turma, j. em 17/06/2010).

Na III Jornada de Direito Civil, inclusive, foi aprovado o enunciado 169, por proposição da própria Profª Vera Fradera, com o seguinte teor: "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo."



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Ora, se tal doutrina, ampla e crescentemente reconhecida no direito comparado e nacional, é corriqueiramente invocada para mitigar os danos, por óbvio que até com mais razão pode ela ser invocada não só para mitigar, mas também para evitar os danos, como é o caso.

Passemos, agora, ao segundo argumento jurídico que pode ser invocado para se imputar ao contratante exposto a um risco conhecido, de tomar precauções tendentes a neutralizar o dano ou a minorar-lhe a extensão.

CHEAPEST COST AVOIDER.

Outro argumento que se pode invocar é a doutrina do *cheapest cost avoider*⁴³ (expressão que não encontra uma

⁴³ Sobre essa doutrina, confira-se o clássico CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis.** New Haven: Yale University Press, 1970, p. 136, 218, 244/46, 261/63. Para Calabresi, o objetivo principal do direito da responsabilidade civil é primariamente reduzir os acidentes e, secundariamente, reduzir a soma do custo dos acidentes mais o custo de evitá-los. Um resumo, em espanhol, foi publicado pelo autor sob o nome de “El costo de los accidentes”, na coletânea organizada por ROSENKRANTZ, Carlos F., **La responsabilidad extracontractual.** Barcelona: Gedisa, Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, 2005, p. 85/104. Do mesmo autor, veja-se também o célebre ensaio “La responsabilita civile come diritto delle società mista”, na tradução italiana do artigo publicado originalmente em inglês, inserida na obra **Interpretazione giuridica e analisi economica**, organizada por Guido Alpa, Francesco Puitini, Stefano Rodotà e



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

tradução fácil, mas que pode ser traduzida, com alguma liberdade, por *evitador a custo mais baixo*). Esta doutrina sustenta que um critério objetivo para minimizar perdas e custos consiste em tentar identificar quem é o *cheapest cost avoider*, ou seja, qual das partes está em melhores condições, do ponto de vista econômico, de evitar o dano⁴⁴. Trata-se também de uma visão da chamada análise econômica do direito, sendo que “a perspectiva econômica da responsabilidade civil é direcionada à procura da forma mais eficiente de prevenção de acidentes”⁴⁵.

No caso em tela, em sendo inevitáveis as interrupções de energia elétrica, mesmo que por curtos períodos, o cultivador de tabaco pode evitar os danos a um custo menor,

Franco Romani. Milano: Giuffrè, 1982, p. 496/516. À fl. 513 o renomado professor adverte, porém, que o objetivo da responsabilidade civil “não poderá ser simplesmente aquele de atribuir a responsabilidade a quem pode evitar o dano a um custo inferior”, pois outros fatores **também** devem ser levados em consideração.

⁴⁴ Nesse sentido, MONATERI, Pier Giuseppe. **Trattato di Diritto Civile (Dir. de Rodolfo Sacco). Le Fonti delle Obligationi. Vol. 3. La Responsabilità Civile**. Torino: UTET, 1998, p. 87.

⁴⁵ GAROUPA, Nuno & GINSBURG, Tom. “Análise Econômica e Direito Comparado”. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 142. A esse respeito, interessantíssimas considerações sobre o “nível de precaução” exigível das potenciais vítimas, à luz da análise econômica do direito, são feitas na exaustiva pesquisa feita por Eugênio Battesini, fruto de sua tese de doutoramento junto à UFRGS, de cuja banca tive a honra de compor, e que posteriormente se converteu na obra **DIREITO E ECONOMIA – Novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 126/144.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

com a aquisição de gerador *no-break*, enquadrando-se perfeitamente nas hipóteses nas quais é legítimo transferir às potenciais vítimas o encargo de adotar precauções para evitar o dano⁴⁶.

Aliás, esta parece ser a orientação fixada por Guido Calabresi, jurista ítalo-americano que pontificou na Yale University e posteriormente foi nomeado para a Corte Federal de Apelações dos Estados Unidos com sede em Nova Iorque. Calabresi, que é um dos expoentes da linha moderada da *Law and Economics*, sustentou que “a segunda sugestão para identificar quem evita de maneira mais econômica o custo dos acidentes consiste em buscar o maior grau possível de internalização dos custos⁴⁷, evitando-se, com isso, a externalização. No caso em tela, pelo entendimento tradicional, o fumicultor repassa seu prejuízo para a concessionária

⁴⁶ Segundo COOTER, Robert; MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe; PARDOLESI, Roberto; ULEN, Thomas. **Il mercato delle regole – Analisi econômica del diritto civile**. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 387 (“vi sono molti incidenti in cui è la vittima a potere, o dovere, effettuare una prevenzione” – em tradução livre: “há muitos acidentes em que é a vítima que tem o poder, ou o dever, de efetuar uma prevenção”).

⁴⁷ CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970, bem como na versão resumida inserida na coletânea organizada por ROSENKRANTZ, Carlos F. (org.). **La responsabilidad extracontractual**. Barcelona: Gedisa editorial, 2005, p. 98/99.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

de energia elétrica e esta, pela incorporação dos prejuízos no valor das tarifas, acaba repassando os prejuízos sofridos pelos fomicultores à toda a sociedade gaúcha, já que todos nós somos consumidores de energia elétrica.

Passo, agora, a analisar um dos fundamentos presentes em vários ordenamentos jurídicos, para justificar o dever da potencial de vítima de adotar medidas para evitar/diminuir os danos, já que não se está minimamente pregando a volta do lamentável período do *caveat emptor*. Trata-se do argumento da culpa e da sua caracterização.

CULPA DO LESADO E HAND FORMULA (FÓRMULA HAND).

Algumas legislações estrangeiras – bem como a brasileira – fornecem base normativa para fundamentar na culpa da própria vítima a ideia de que deve ser reduzido o montante da indenização, quando seu dano decorreu de sua própria omissão



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

em providências que poderiam evitar ou ao menos minorar o dano. Daniel Dias⁴⁸ indica os códigos civis da Alemanha, Grécia, Itália, Suíça e Portugal como contendo dispositivos nesse sentido:

Código Civil alemão, §254: "(Participação na culpa). Se, na produção do dano, concorrer uma culpa do prejudicado, dependerá a obrigação à indenização, bem como o alcance da indenização a prestar, das circunstâncias, particularmente do fato de que até que ponto o dano foi, preponderantemente, por uma ou outra parte, causado. Aplica-se isto, mesmo quando a culpa do prejudicado se limita à circunstância de que negligenciou ele de chamar a atenção do devedor sobre o perigo de um dano inteiramente excepcional que o devedor não conhecia nem era obrigado a conhecer, ou de que *negligenciou ele de afastar ou de minorar o dano (...)*"

Código Civil português, art. 570: "(Culpa do lesado)

1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a

⁴⁸ DIAS, Daniel Pires Novais. *O Duty to Mitigate the Loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*, publicado originariamente na Revista de Direito Privado, 45/89, jan. 2011, e inserido na coletânea DOUTRINAS ESSENCIAIS – DANOS MORAIS (org. por Rui Stoco), vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1142/3.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indenização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”.

Código Civil grego, art. 300: “Se aquele que sofreu o dano, contribuiu culposamente para a sua produção ou para sua extensão, o tribunal pode não conceder a indenização ou diminuí-la. O mesmo acontece quando quem sofreu o dano *omitiu-se em impedi-lo ou em limitar a sua extensão*, ou se não tiver chamado a atenção do devedor sobre o perigo de um dano extraordinariamente elevado que o devedor não conhecia nem deveria conhecer (...)”.

Código Federal Suíço das Obrigações, art. 44: “(IV. Motivos de redução) (1) Se o lesado concordou com o ato danoso, ou se as circunstâncias, pelas quais deve ele responder, atuaram para criar ou aumentar o dano ou agravaram, de outro modo, a situação do obrigado à indenização, poderá o juiz minorar a obrigação de indenização ou, inteiramente, não a reconhecer”.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Quanto ao código civil italiano, trata-se do já citado art. 1.227, que, na sua parte final, estatui que "*o ressarcimento não é devido pelos danos que o credor poderia ter evitado usando a diligência ordinária*".

No direito brasileiro, dispositivo semelhante encontra-se no art. 945 do CC/02, que dispõe que "se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

Na vigência do Código Civil de 1916, José de Aguiar Dias havia afirmado que "se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção"⁴⁹.

Em todos os dispositivos acima citados, inclusive no art. 945 do CC/02, faz-se referência à *culpa* da vítima ao não adotar as providências cabíveis e razoáveis, sugeridas pelas circunstâncias, para evitar ou minorar o seu próprio prejuízo.

⁴⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, vol. 2, p. 695.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

A dúvida que poderia surgir a respeito da correta interpretação desses dispositivos, a respeito da caracterização da culpa, pode ser dirimida com a invocação de famosa concepção de culpa, visualizada há 70 anos, nos Estados Unidos.

Trata-se da chamada ***Hand Formula***, uma tentativa de identificar uma fórmula matemática para se constatar a presença ou não de uma culpa (chamada, na *Common Law*, de *negligence*). O célebre juiz federal norte-americano *Learned Hand*, que exerceu suas funções durante mais de cinquenta anos, deixando um legado de famosas decisões, ao julgar, na *Corte Federal de Apelações (Second Circuit - Nova Iorque)*, o famoso caso *United States v. Carroll Towing Co.*, em 1947, cunhou uma fórmula que se tornou célebre: " $B < PL$ " (onde B significa *Burden*, P significa *Probability* e L significa *Loss*). Em suas palavras: "o dever do possuidor de providenciar no sentido de evitar danos depende de três variáveis: (1) A probabilidade da superveniência do dano; (2) a gravidade do dano resultante, caso venha a ocorrer; (3) o custo das precauções necessárias. Possivelmente ajuda converter



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

essas variáveis em termos algébricos: se a probabilidade for representada por P; o dano por L (*loss*); e o custo das precauções por B (*burden*); então a responsabilidade depende de que B seja menor do que L multiplicado por P, isto é, se $B < PL$ ⁵⁰. Em outras palavras, haveria responsabilidade se o custo do investimento necessário para evitar o dano fosse menor do que o valor dos danos multiplicado pela probabilidade de que venha a ocorrer.

Aplicando-se referida fórmula ao caso concreto (e com óbvia adaptação, pois aqui se trata de evitar sofrer um dano, e não evitar causar um dano), percebe-se claramente que o autor teria agido de forma negligente, ao não investir quantia relativamente módica, para evitar danos potencialmente maiores, com grande probabilidade de virem a ocorrer, cedo ou tarde.

⁵⁰ No original: "The owner's duty to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this motion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P; i.e., whether $B < PL$." – *apud* SHAPO, Marshall S.; PELTZ, Richard J. **Tort and Injury Law**. 3rd Ed. Durham: Carolina Academic Press, 2006, p. 143/144. Praticamente todo manual norte-americano sobre responsabilidade civil (*Tort Law*) aborda esse clássico tema: exemplificativamente, DOBBS, Dan D. **The Law of Torts**. St. Paul/Minn.: West Group, 2000, p. 340 s. Também é corriqueira a menção à Fórmula de Hand no direito europeu: por todos, v. BUSSANI, Mauro; WERRO, Franz (ed.). **European Private Law: A Handbook**. Vol. I. Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 2009, p. 310.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Do outro lado do Atlântico, outro notável magistrado, o britânico Lord Denning, unanimemente tido como o mais brilhante e criativo magistrado inglês da segunda metade do século XX, ao julgar o célebre caso *Spartan Steel and Alloys v. Martin & Co*, na *Court of Appeal*, em 1972, que envolvia a discussão sobre a indenizabilidade ou não dos danos sofridos por uma fundição, em razão do rompimento, por uma retroescavadeira, de um cabo subterrâneo de fornecimento de energia elétrica, apresentou interessante ponto de vista. No direito comparado da responsabilidade civil, casos como esse são chamados de *cable cases*, discutidos no âmbito dos denominados *pure economic losses*. No caso *Spartan Steel*, em razão da interrupção da energia elétrica, a empresa perdeu o minério que estava sendo fundido, em razão de seu enrijecimento, bem como foi obstaculizada de obter mais três fornadas, o que lhe acarretou lucros cessantes. Neste caso, garantiu-se a reparação dos danos emergentes, mas se negou o ressarcimento dos lucros cessantes. Dentre os cinco argumentos expostos por Lord Denning, o segundo consistia que "a interrupção da energia constitui um risco



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

que todos correm e que a maior parte dos sujeitos sofre sem reagir. **Quem quiser evitar as conseqüências negativas deve instalar um gerador de corrente ou contratar seguro de danos**".⁵¹

Por tudo isso, considerando que somente esta Nona Câmara Cível julga, a cada sessão, cerca de uma dezena de casos semelhantes, cujos valores individuais muitas vezes superam os dez mil reais (alguns casos superam os trinta mil reais), tem-se uma ideia do total da conta que, anualmente, é repassada para as concessionárias de energia elétrica num primeiro momento. Num segundo momento, tais indenizações transformam-se em custos, são contabilizadas e, cedo ou tarde, internalizadas em forma de elevação da tarifa. E, quando isso acontece – e isso fatalmente

⁵¹ Uma boa análise desse caso, no contexto dos *cable cases*, encontra-se em ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. "La Responsabilità Civile", in: ALPA, G; BONNEL, M.J.; CORAPI, D; MOCCIA, L; ZENO-ZENCOVICH, V. **Diritto Privato Comparato – Istituti e problemi**. Bari: Laterza, 1999, p. 259/261. O caso é costumeiramente tratado em todas as obras envolvendo responsabilidade civil na Inglaterra, como, exemplificativamente, MARKESINIS, B.S & DEAKIN, S.F. **TORT LAW**. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 1994, págs. 21, 57, 75, 107 e 545; ROGERS, W.V.H. **WINFIELD & JOLOWICZ ON TORT**. 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 5.12, 5.32; WEIR, Tony. **A Casebook on Tort**. 8th ed. London: Sweet & Maxwell, 1996, p. 40, 57, 67, 126.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

acaba acontecendo, seguindo a lógica do regime capitalista -, todos os consumidores são chamados a pagar essa conta.

Trata-se de um sistema perverso e economicamente irracional. Se os fumicultores, pela especificidade do cultivo a que se dedicam, não podem sofrer interrupção de energia elétrica no momento mais crítico da secagem do seu produto; se essa interrupção de energia é quase inevitável, cedo ou tarde, diante das intempéries climáticas a que estamos sujeitos no período do verão; se tais prejuízos podem ser evitados mediante a instalação de um gerador tipo no-break; se é possível fazer isto a um custo relativamente baixo, como se constatou durante o painel a que se aludiu anteriormente; então disso tudo decorre que é razoável exigir-se que os fumicultores adotem tal providência para evitar os danos, em nome da racionalidade econômica e jurídica a que se referiu acima.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Afinal, “a responsabilidade civil objetiva deve ser atribuída e fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes, seja em uma situação contratual ou extracontratual”⁵².

É natural que, num primeiro momento, isso pesará sobre os fumicultores. Mas trata-se de uma atividade que se encontra bastante organizada, com entidade de classe bastante representativa e atuante. Certamente saberão eles negociar com órgãos de fomento, no sentido de se abrir linhas especiais de crédito a custos mais módicos. Aliás, não seria nada despropositado exigir-se que o destinatário de toda a produção de fumo – as grandes multinacionais do fumo, que ostentam permanentemente lucros bilionários -, possam ser chamadas a contribuir ativa e monetariamente para que tal alteração de atitude se dê, já que são também diretamente interessados na boa qualidade da produção.

DA REPARTIÇÃO DOS DANOS.

⁵² TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011, p. 241.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Todavia, afirmado que o fumicultor tem o dever de adotar providências acessíveis e que podem reduzir ou eliminar seu prejuízo, em razão dos fundamentos jurídicos acima alinhavados, não se pode olvidar que os prejuízos, quando ocorrentes, derivam de alguma falha no sistema de fornecimento de energia elétrica. Assim, não é razoável se impor somente aos fumicultores os ônus da interrupção da energia elétrica.

Há vários dispositivos legais em nosso ordenamento jurídico que apontam para a possibilidade/necessidade de repartição dos danos entre responsável e vítima, de acordo com a contribuição causal de cada um para o evento danoso. É o caso, por exemplo, do já referido art. 945 do CC, que estabelece que "se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano". Comentando esse artigo, Cláudio Bueno de Godoy refere que, sendo a equidade a fonte de tal dispositivo, não necessariamente deva o prejuízo ser



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

dividido em partes iguais entre as partes⁵³. Tartuce concorda com esse critério e esclarece que o art. 945 do CC incide tanto na responsabilidade extracontratual quanto na contratual, sem distinção, por ser comando próprio da indenização, que vale para as duas modalidades de responsabilidade. Esclarece, ainda, que tanto a culpa quanto o simples fato concorrente (plano da causalidade, não da culpabilidade) servem como atenuantes da responsabilidade civil inclusive na ótica consumerista, ou seja, mesmo quando o fundamento da responsabilidade é objetivo⁵⁴.

Outro dispositivo legal invocável é o 402 do CC/02, que prevê que as perdas e danos devidos ao credor inadimplido abrangem o que ele efetivamente perdeu e o que *razoavelmente* deixou de lucrar. Como pontua Daniel Dias⁵⁵, o entendimento que comumente se extrai dessa norma é que a lei fixou um critério de probabilidade objetiva para a mensuração do lucro cessante – não

⁵³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. “Comentários ao art. 945”, in PELUSO, Cezar (coord), *Código Civil Comentado*. São Paulo: Manole, 2007, p. 791.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011, p. 228 e 235.

⁵⁵ DIAS, Daniel Pires Novais. *O Duty to Mitigate the Loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*, publicado originariamente na Revista de Direito Privado, 45/89, jan. 2011, e inserido na coletânea DOUTRINAS ESSENCIAIS – DANOS MORAIS (org. por Rui Stoco), vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1136/7.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

se exige certeza absoluta, mas tampouco basta a mera possibilidade: é indenizável o ganho que se teria com base no desenvolvimento *normal* dos acontecimentos diante das circunstâncias do caso concreto. A conduta do credor inadimplido insere-se nesta análise da normalidade no desenvolvimento dos acontecimentos. E quando o dano é previsível – e evitável – não se pode ter como *normal* a conduta omissa do consumidor de energia elétrica que deixa de adotar medidas não custosas e disponíveis, com potencial de evitar a ocorrência dos danos, preferindo a apática posição de simplesmente repassar seus lucros perdidos para a outra parte contratante (no caso, a concessionária de energia elétrica).

O mesmo autor (Daniel Dias⁵⁶) também invoca o art. 403 do CC/02 para tentar demonstrar a inexistência de lacuna em nosso ordenamento jurídico, podendo-se reduzir o valor da indenização dos danos, tanto na responsabilidade contratual quanto na aquiliana, independentemente da aplicação da teoria do

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 1138/9.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

duty to mitigate the loss. Segundo tal dispositivo legal, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por *efeito direto e imediato* da inexecução da obrigação, ainda que esta resulte de dolo do devedor. De acordo com sua interpretação (e invocando também os escólios no mesmo sentido de Agostinho Alvim e Antonio Lindbergh C. Montenegro), “os prejuízos desencadeados pelo inadimplemento do contrato, mas que o credor poderia ter evitado, não devem ser indenizados, por se tratar de *dano indireto*”.

O ENCARGO DE EVITAR O PRÓPRIO DANO.

Daniel Dias, em seu já citado ensaio, entende que o ordenamento jurídico brasileiro não contém lacuna que deveria/poderia ser preenchida pela invocação da teoria do *duty to mitigate the loss*. Afirma ele que não é possível se identificar um dever jurídico (mesmo acessório) da vítima de mitigar/evitar seu dano.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Todavia, ele entende possível resolver o problema mediante a invocação da figura do *encargo*. Pela sua pertinência, reproduzo seu pensamento a respeito⁵⁷:

“Encargo ou ônus material são os nomes utilizados pela doutrina portuguesa para recepcionar no direito civil português a *Obliegenheit* do direito alemão. (...)”

O encargo corresponde estruturalmente a um dever. No entanto, segue um regime particular: ‘É um dever de comportamento que funcionando embora também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento’ (...). Perante a sua não observância, ‘a ordem jurídica reage, apenas, com sanções enfraquecidas, relacionadas com a diminuição da posição da própria pessoa ligada ao encargo’ (as citações internas são do *Tratado* de Menezes Cordeiro). (...)”

Transpondo para a situação do comportamento da vítima em face do próprio dano: ao não adequar sua conduta de modo a evitar o próprio dano ou o seu agravamento, isto é, ao não observar o encargo de afastamento do dano ou minimização de sua extensão, a vítima perderia, total ou parcialmente, o direito à indenização pelo respectivo dano que poderia ter evitado sofrer. É esta regulação que se extraiu dos artigos do Código Civil brasileiro acima analisados: arts. 402, 403 e 945. (...)”

⁵⁷ DIAS, Daniel Pires Novais. *O Duty to Mitigate the Loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*, publicado originariamente na Revista de Direito Privado, 45/89, jan. 2011, e inserido na coletânea DOUTRINAS ESSENCIAIS – DANOS MORAIS (org. por Rui Stoco), vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1156 a 1160.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

O encargo de evitar o próprio dano deve ser reconhecido no direito civil brasileiro porque ele é a figura dogmática mais adequada para suprir a lacuna apontada acima acerca da ausência de prescrição jurídica titularizada pela vítima em evitar a produção ou agravamento de danos a si. (...)

Em caso de *descumprimento*, a vítima perderá, total ou parcialmente, o direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado ou ao menos minimizado. (...)

No caso de despesas para o cumprimento do encargo de evitar o próprio dano, o agente deverá se orientar sempre pela proporção que deve existir entre as despesas e a utilidade que delas se pretende auferir. É irrazoável, por exemplo, o gasto que se mostrar superior ao prejuízo que se queria evitar.”

Tenho que são extremamente lúcidas tais colocações, no sentido de se vislumbrar não um dever jurídico, mas um encargo incumbente aos fumicultores, de adotarem a providência de instalação de um gerador, com sistema de no-break, de forma a evitar, ou ao menos minorar, os previsíveis prejuízos a que estão expostos. Em assim não procedendo, devem suportar os ônus decorrentes da sua omissão, com redução do valor da indenização a que fazem jus.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

CONCLUSÕES.

Por todos os fundamentos acima alinhavados, em situações como a da espécie sob análise, entendo ser razoável que os fumicultores absorvam 2/3 do prejuízo que sofreram, devendo o terço restante ser suportado pela concessionária de energia elétrica.

Esclarece-se que o novo entendimento desta Câmara restringe-se às hipóteses em que os danos sofridos pelo demandante derivam da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante curto período de tempo. Entende-se como razoável a interrupção ininterrupta que não supere 24 horas, já que não se afigura possível exigir-se que os fumicultores estejam preparados para grandes interrupções, o que poderia exigir geradores mais potentes ou grandes reservas de combustível para acionar os geradores. Caso a interrupção ultrapasse as 24 horas – obviamente ressalvadas hipóteses de força maior – deve a concessionária suportar os prejuízos que a falha do seu serviço



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

acarreta, nos termos e nas hipóteses consagradas pela jurisprudência da Câmara .

E, por fim, pontue-se que não se trata de um posicionamento que desconsidera os interesses do consumidor específico (o fomicultor), pregando-se a volta do lamentável *caveat emptor*. Trata-se, isso sim, de um posicionamento que procura proteger os interesses da generalidade dos consumidores (todos os usuários de energia elétrica, que, ao fim e ao cabo, pagarão a conta), ao mesmo tempo em que procura demonstrar que, do ponto de vista da racionalidade econômica, é mais vantajoso para os próprios fomicultores evitarem os danos do que posteriormente demandarem para obter sua reparação.

No caso em tela, a interrupção do fornecimento energia elétrica ocorreu por poucas horas, aplicando-se, portanto, o entendimento acima firmado.



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Dentre os danos invocados pelo autor, o julgador monocrático, em fundamentada decisão, acolheu apenas parte de sua pretensão, assim fundamentando sua decisão:

“Na inicial, o autor refere que, em decorrência da interrupção no fornecimento de energia elétrica, ocorrido em três dias (01 de janeiro de 2013, 02 de fevereiro de 2013 e 04 de fevereiro de 2013) sofreu a perda do fumo que estava na estufa

Do conjunto probatório presente nos autos, não há provas de que o autor tenha sofrido prejuízos com o fumo em decorrência das interrupções de energia ocorridas em fevereiro de 2013, mas só em janeiro.

Observe-se que apenas a testemunha Alberi referiu a ocorrência de duas quedas de energia, uma em janeiro, outra em fevereiro, mas sem maiores detalhes sobre os fatos.

Por sua vez, o laudo pericial que avalia as perdas dos dias 02 e 04 de fevereiro de 2013 (f. 20) foi realizado mais de dois meses depois da falta de energia, em 18 de abril de 2013, de modo que é impossível considerá-lo para fins de prova, diante do tempo decorrido entre a falta de luz e a avaliação do fumo, com a elaboração do laudo. Ademais, as fotografias de fs. 22/24 foram batidas em 18 de abril de 2013 e não há como saber se o fumo que está nas fotografias é o fumo que foi perdido nas supostas quedas de luz ocorridas em 02 e 04 de fevereiro de 2013.

Portando, constata-se que o prejuízo do autor limita-se ao evento ocorrido em janeiro de 2013.

Em relação ao valor, conforme laudo acostado pelo autor (em que pese impugnado pelo réu, este não produziu qualquer prova no sentido de infirmar a força probante do mesmo), a perda do fumo foi avaliada em R\$ 10.431,87 (dez mil quatrocentos e trinta e um reais e oitenta e sete centavos),



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

para o dia 01/01/2013, que se mostra condizente com o fixado na tabela de f. 27.”

O recurso da parte autora não conseguiu abalar as razões expostas na sentença, razão pela qual não é caso de se considerar o valor total dos prejuízos, para sim aqueles reconhecidos na sentença, ou seja, R\$ 10.431,87. Aplicando-se o critério anteriormente exposto, no sentido de se repartir o prejuízo entre o fumicultor e a concessionária de energia elétrica, na proporção de 2/3 para o primeiro e 1/3 para a segunda, tem-se que o valor da condenação deve ser reduzido para R\$3.477,29, mantidos os consectários, tais como fixados na sentença.

Por tudo isso, tenho que é de se prover em parte o recurso da requerida para reduzir o valor da condenação, negando-se provimento ao recurso da parte autora.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ** para o efeito de reduzir a condenação para R\$3.477,29, mantidos os



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

consectários, tais como fixados na sentença. Por outro lado, **NEGO PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR.**

Em consequência, suportarão ambas as partes os ônus sucumbenciais, na proporção de 70% para o autor e 30% para o réu, arcando este último com os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atribuído à causa, já considerada a sucumbência recíproca. Em relação ao autor, fica suspensa a exigibilidade, em razão da AJG que lhe foi concedida.

DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. TASSO CAUBO SOARES DELABARY -

De acordo com a retificação parcial do voto do Relator que, conforme explicado, constitui o pensamento unificado dos integrantes desta Câmara após vários debates e discussões envolvendo inclusive os demais integrantes do 5º Grupo Cível, buscando a aproximação dos entendimentos e a eliminação das divergências, em prol da segurança jurídica, considerando a repercussão da matéria. Dessa maneira, também reviso, em parte, o voto antes transcrito para ajustar a proporcionalidade na responsabilidade pelos riscos,



EFN

Nº 70069954626 (Nº CNJ: 0205656-85.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

conforme proposto pelo Relator em 1/3 para a empresa e em 2/3 para o consumidor, concordando, assim, com o resultado do julgamento.

DESA. CATARINA RITA KRIEGER MARTINS - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. CARLOS EDUARDO RICHINITTI - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY - Presidente - Apelação Cível nº 70069954626, Comarca de Marau: "EM PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO, NA FORMA DO ART. 942 DO CPC, APÓS DISCUSSÃO E CONSENSO, PROVERAM PARCIALMENTE O APELO DA RÉ E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: MARCEL ANDREATA DE MIRANDA