

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO**  
**FACULDADE ASCES**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

**A APLICAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR O PREJUÍZO NA**  
**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO**

**ROGÉRIO SOUZA ROCHA**

**CARUARU**  
**2016**

**ROGÉRIO SOUZA ROCHA**

**A APLICAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR O PREJUÍZO NA  
RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO**

**ROGÉRIO SOUZA ROCHA**

**Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à  
Faculdade ASCES, como requisito parcial para a  
obtenção do grau de bacharel em Direito, sob  
orientação da Professora Msc. Renata de Lima Pereira.**

**CARUARU**

**2016**

## **BANCA EXAMINADORA**

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

---

Presidente: Prof<sup>ª</sup>. Msc. Renata de Lima Pereira

---

Primeiro Avaliador: Prof.

---

Segundo Avaliador: Prof.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida, pois sem ele, nada seria possível.

Agradeço a minha família, em especial aos meus pais. Por uma fatalidade do destino, meu pai não poderá presenciar ,fisicamente, este trabalho concretizado, porém, onde quer que esteja, receba essa homenagem, a qual, ficará para sempre aqui registrada.

Agradeço a minha mãe, mulher guerreira, que fez, juntamente com o meu pai, o possível e o impossível para que hoje eu tivesse a oportunidade de construir e finalizar esse trabalho. Necessário se faria laudas e laudas para poder demonstrar a minha gratidão, porém, as resumirei em uma simples palavra: obrigado!.

Por último, mas não menos importante, gostaria de agradecer aos meus amigos, os quais me acompanharam nessa longa jornada universitária, especialmente os que fiz em minha turna. Agradeço a minha orientadora, por toda atenção e paciência, por ser sempre honesta e clara em relação ao que podia ser aprimorado, observando e pontuando cada detalhe em meu Trabalho de Conclusão de Curso.

*“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades,  
lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas  
do que parecia impossível”.*

*Charles Chaplin*

## RESUMO

O presente trabalho objetiva conhecer à aplicação da teoria da mitigação, ampliando sua aplicação para além das relações contratuais. Percebe-se que a responsabilidade civil caminha sua preocupação para o dano e a sua reparação. Partindo dessa constatação, vê-se a importância da aplicação do *duty to mitigate the loss* a qualquer relação jurídica que cause dano e, por consequência, gere o dever de indenizar. Os recursos econômicos apresentam um inestimável valor, principalmente quando se adentra ao âmbito público. Por serem de propriedade pública, além de serem captados de todos, possuem destinação fundamental para a manutenção das diversas atividades estatais em sociedade. Pensando em racionalização dos recursos públicos, a teoria da mitigação, ao ser aplicada à responsabilidade civil do Estado representará uma significativa diminuição do montante indenizatório, ao impor ao credor o ônus de mitigar. Tendo como “viga mestre” o princípio da boa-fé, basicamente a norma da mitigação teria o condão de estabelecer condutas ao credor, baseadas em um comportamento probo, leal e honesto, visando o não ocorrência de um incremento indenizatório. Não é difícil observar situações nas quais o *quantum* indenizável toma proporções gigantescas devido à condutas do credor, seja por ação ou por omissão. A expressa previsão legal da norma da mitigação, sem dúvidas, contribuiria para uma maior uniformização, segurança e preservação dos recursos públicos em se tratando de indenização em sede de responsabilidade civil do Estado.

Palavras-chave: norma da mitigação; *duty to mitigate the loss*; indenização; recursos públicos.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I - RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	
1.1 Conceito e influência da <i>Lex Aquilia</i> na sua evolução.....	10
1.2 Da mitigação da necessidade da prova da culpa como pressuposto para insurgir o dever de indenizar.....	11
1.3 A Revolução Industrial como fator de forte influência na responsabilidade civil...	12
1.4 Origem e evolução da responsabilidade civil do Estado.....	14
1.5 A vigente ordem constitucional e a responsabilidade civil do Estado.....	15
1.6 Considerações iniciais sobre a Teoria da Mitigação.....	17
<b>CAPÍTULO II - CONTORNOS INICIAIS DA TEORIA DA MITIGAÇÃO</b>	
2.1 O caminho para adoção de uma sistemática comum à responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	20
2.2 O contato social como pressuposto para a origem das obrigações.....	22
2.3 A origem do <i>Duty to Mitigate the Loss</i> nos países adeptos da <i>common law</i> .....	24
2.4 Aplicação da teoria da mitigação na Alemanha, Itália e França.....	26
2.5 A relação da Convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias e o <i>Duty to Mitigate the Loss</i> .....	29
2.6 A cláusula geral da boa-fé como fundamento para à aplicação da teoria da mitigação na responsabilidade civil extracontratual.....	31
<b>CAPÍTULO III - APLICAÇÃO DA TEORIA DA MITIGAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO</b>	
3.1 O abuso de direito como fundamento para a teoria da mitigação.....	35
3.2 Princípio da reparação integral e a mitigação dos prejuízos.....	37
3.3 Natureza jurídica da norma da mitigação.....	39
3.4 Norma da mitigação no ordenamento jurídico brasileiro.....	41

<i>3.5 Duty to mitigate the loss</i> na jurisprudência patria e a importância da preservação dos recursos públicos.....	<b>43</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>49</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico versará sobre os a possibilidade de aplicação da teoria do dever de mitigar o prejuízo “*duty to mitigate the loss*” em sede de responsabilidade civil extracontratual do Estado. Buscar-se-á a natureza jurídica, seus fundamentos e a aplicação dessa teoria, a qual encontra grande respaldo doutrinário em sede de responsabilidade civil oriunda de relações contratuais, à responsabilidade civil extracontratual, pois poderá gerar benefícios ao Estado em se tratando do *quantum* a ser indenizado. Será demonstrado, a necessidade da norma de mitigação constar explicitamente do ordenamento jurídico pátrio, afim de conferir uma maior segurança jurídica em sede de responsabilidade civil no que tange a indenização.

No primeiro capítulo, serão expostas, em linhas gerais, a origem e evolução da responsabilidade civil. Também como essa evoluiu no tempo, desde o momento em que a obrigação de indenizar por parte do Estado era regida, unicamente pelo Código Civil, ao atual arcabouço jurídico que trata dessas relações.

No segundo capítulo, a temática abordada irá versar sobre a teoria da mitigação, como essa teoria é aplicada em sede de responsabilidade civil contratual. Irão ser identificados seus fundamentos para, a partir desses pressupostos, aplicá-los à responsabilidade civil estatal. Em linhas gerais, observa-se que tal teoria se baseia em alguns pilares que podem estender-se a qualquer relação jurídica, não sendo aplicados única e exclusivamente às relações contratuais. Irá se questionar se a boa-fé, como cláusula geral, e o abuso do direito podem ser aplicados para mitigar o *quantum* a ser indenizável, ou se irão restringir-se apenas às relações contratuais.

O terceiro capítulo abordará a aplicação da teoria da mitigação na responsabilidade civil extracontratual do Estado. Identificados os fundamentos da teoria da mitigação, será neste último capítulo, feita uma espécie de enquadramento desses à responsabilidade civil do Estado.

Um dos principais objetivos da teoria do *duty mitigate the loss* é questionar se o devedor é responsável inclusive pelo aumento do valor indenizável causado pela conduta do credor após a ocorrência do evento danoso. Em muitos casos, o prejuízo toma dimensões exponenciais devido a condutas omissivas e/ou comissivas por parte do próprio credor, o qual vê o prejuízo aumentar gradativamente e, podendo agir, omite-se em fazê-lo.

O dever de mitigar o prejuízo, como causa de redução do valor indenizatório basicamente teria a natureza jurídica de ônus, ou seja, não adotando condutas que objetivem mitigar os prejuízos, terá o credor a perda de uma situação jurídica de vantagem, não sendo ressarcido pelos danos que poderia ter evitado mediante o emprego de esforços razoáveis. Busca-se evitar desperdício de recursos econômicos públicos pela inércia do credor quando possível o afastamento do dano mediante esforço razoável. O dinheiro público representa um recurso de inestimável importância, não podendo ser desperdiçado por condutas individuais que o lesem.

Desta feita, identificar os fundamentos e principalmente as consequências jurídicas que justificam a aplicação do dever de mitigar o prejuízo nas relações contratuais e aplicá-los à responsabilidade extracontratual do Estado, mostra-se um significativo avanço em sede de responsabilidade civil, preservando os recursos públicos e garantindo-se uma justa indenização.

Buscou-se a fundamentação da norma da mitigação, concluindo pela sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio através, precipuamente, do estudo doutrinário e jurisprudencial estrangeiro. A partir dessa análise, realizou-se um estudo comparativo da norma da mitigação e o direito contratual pátrio, chegando-se a conclusão de que tal instituto aplica-se a responsabilidade civil de forma ampla, não restringindo-se apenas as relações oriundas do acordo de vontade. No Brasil, nota-se, por meio de precedentes judiciais, e porque não dizer de uma jurisprudência, à aplicação da norma da mitigação.

## CAPÍTULO 1- RESPONSABILIDADE CIVIL

### 1.1 Conceito e a influência da *Lex Aquilia* na sua evolução

Em princípio, toda atividade que acarrete um prejuízo, gera responsabilidade ou dever de indenizar. O termo ‘responsabilidade’ é utilizado em qualquer situação em que uma pessoa, seja natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio jurídico. A partir dessa visão, toda atividade humana é passível de responsabilidade civil.

Sendo assim, o estudo da responsabilidade civil abarca um complexo de regras e princípios que regem a obrigação de indenizar.<sup>1</sup> Esse complexo de regras e princípios buscam restaurar o equilíbrio patrimonial e moral violado. As normas reguladoras da responsabilidade civil buscam, acima de tudo, servir como instrumento de pacificação social, ao passo que um dano não indenizável é motivo de inquietação.

O conceito de reparar o dano injustamente causado, somente surge em época relativamente recente da história do direito. Ao sofrer um dano, é da natureza humana reagir a esse ato danoso a um bem jurídico seu, seja buscando o ressarcimento, seja causando um dano na exata proporção ao sofrido. É daí que surge na lei do Talião a retribuição do mal pelo mal, podendo-se dizer que na exata proporção do dano causado, já denotando uma forma de reparação. A sociedade primitiva, diante de um dano, agia com violência, sendo na maioria das vezes uma violência causada a toda família do causador do dano. Não se tinha nenhum parâmetro de proporcionalidade nas sociedades primitivas, ao passo que um dano causado a uma pessoa tinha como consequência a responsabilização de toda uma família ou tribo. Daí, o objetivo pacificador das normas que regem a responsabilidade civil, pois se estas não existissem e não possuíssem o seu caráter cogente, certamente o caos e a violência imperariam diante de um ato danoso a um bem jurídico.<sup>2</sup>

A *Lex Aquilia* foi um divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, atinge dimensão ampla na época de justiniano, como remédio jurídico de caráter geral. Como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da

---

<sup>1</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 2.

<sup>2</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo Atlas, 2013. p. 9.

responsabilidade extracontratual fundada na culpa.<sup>3</sup>

## **1.2 Da mitigação da necessidade da prova da culpa como pressuposto para insurgir o dever de indenizar**

A responsabilidade civil, no Brasil, passou por significativas mudanças com o advento do Código Civil de 2002. Ao analisar esta temática sob a luz do Código Civil de 1916, irá se perceber uma certa pobreza de dispositivos legais no que tange à abrangência dada ao assunto, pois no referido Código apenas um artigo tratava da responsabilidade civil e a vasta maioria dos casos de responsabilidade tinha, como pressuposto a comprovação da culpa.

O art. 159 do Código Civil de 1916 era assim redigido: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Nota-se que o elemento principal da responsabilidade civil era a culpa, se o lesado não a comprovasse no caso concreto, ficaria isento de ver seu prejuízo reparado.<sup>4</sup>

A prova da culpa, no caso concreto, mostrava-se como um elemento de difícil comprovação. Para os magistrados, por exemplo, impunha tarefa extremamente árdua, representada por exercícios de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária. De início, a dificuldade de demonstração da culpa atendia, em ampla medida, aos interesses liberais, que rejeitavam a limitação da autonomia privada, salvo nas hipóteses de uso flagrantemente inaceitável da liberdade individual. Porém, com as modificações ocorridas nos diversos segmentos da sociedade, a dificuldade em demonstrar a culpa no caso concreto intensificou-se ao extremo, atraindo a intolerância social e a rejeição do próprio poder judiciário.<sup>5</sup>

Foi no final do século XIX que a responsabilidade civil passou por profundas modificações. Foram muitas as mudanças sociais ocorridas nesse período, tão abrangentes e profundas que refletiram diretamente na responsabilidade civil. Ocorreram inúmeras e impactantes descobertas científicas e tecnológicas. Desta feita, a responsabilidade civil não

---

<sup>3</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16.

<sup>4</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 2.

<sup>5</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo Atlas, 2013. p. 12.

poderia quedar-se inerte diante do aumento exponencial de atos causadores de danos.<sup>6</sup>

### **1.3 A Revolução Industrial como fator de forte influência na evolução da responsabilidade civil**

A responsabilidade civil, diante da comprovação da culpa, trouxe, conforme já exposto anteriormente, uma inquietação social enorme. Fatores sociais foram decisivos para que a responsabilidade passasse por um processo revolucionário no que tange à forma como o dever de indenizar seria aplicado. Dois principais fatores contribuíram para a revolução na responsabilidade civil.

O primeiro deles foi a Revolução Industrial: a partir da segunda metade do século XIX. Tal revolução trouxe drásticas mudanças na sociedade, incluindo aí o desenvolvimento científico e tecnológico. O segundo fator de contribuição para a mudança da responsabilidade civil foi a busca da justiça social na construção de uma sociedade solidária, o que tornou imperativo modificar a organização do Estado, ensejando maior intervenção na sociedade para garantir o acesso de todos os cidadãos aos bens necessários a uma vida digna.<sup>7</sup>

As relações de produção e consumo antes dessa revolução caracterizavam-se por um processo basicamente monocrático. O artesão produzia a mercadoria, a transportava, e por fim, a comercializava diretamente. Com a mudança introduzida pela Revolução Industrial, passou-se a segregar em etapas todo o processo acima narrado. Determinada pessoa produzia, outra a transportava a um terceiro que por fim a vendia ao consumidor final. Além dessas significativas mudanças no processo produtivo, constatou-se um exponencial aumento demográfico, sendo esse decorrente dos avanços científicos e tecnológicos percebidos a época. No que tange, por exemplo, às relações dentro das fábricas, constatava-se que a prova dos acidentes de trabalho era muito difícil para o operário. Os acidentes, nesse período, eram despersonalizados, praticamente passavam despercebidos, confundindo-se muitas vezes com um caso fortuíto, sendo, para o operário, praticamente impossível demonstrar a culpa e a consequente responsabilidade do dono da fábrica.<sup>8</sup>

A busca da justiça social teve um significativo papel na evolução da responsabilidade civil, como decorrência da hipossuficiência do operário frente aos donos dos

---

<sup>6</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo Atlas, 2013. p. 13.

<sup>7</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo Atlas, 2013. p. 15.

<sup>8</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo Atlas, 2013. p. 18.

meios de produção. Com a superação do Estado Liberal, surge uma nova concepção de Estado, qual seja, o Estado Social. Esse novo modelo que ganhou espaço principalmente após a Segunda Guerra Mundial, passou a intervir diretamente na sociedade, no domínio econômico e na economia de mercado, especialmente em setores socialmente débeis, para combater abusos, preservar a justiça social e o bem estar dos cidadãos. Deixou o Estado de ser um mero expectador, como no Estado liberal, para ser proativo, voltado para a realização da justiça social, a busca por um equilíbrio econômico genuinamente material, haja vista as discrepâncias oriundas de uma igualdade meramente formal construída durante o Estado liberal.<sup>9</sup>

Com essas modificações sociais, o sistema da culpa provada, insculpido no art. 159 do Código Civil de 1916 foi sendo mitigado, haja vista essa previsão traduzir o ideário liberalista. Esse sistema revelou-se insuficiente antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 1916, tanto é que já naquela época existia a Lei das Estradas de Ferro, oriunda de 1912, na qual estabelecia a responsabilidade civil objetiva para os transportes ferroviários.<sup>10</sup>

Apesar da resistência dos defensores da teoria subjetiva, a culpa aos poucos deixou de ser a grande estrela da responsabilidade civil, perdendo cada vez mais espaço. A implantação da indústria, a expansão do maquinismo e a multiplicação dos acidentes deixaram exposta a insuficiência da culpa como fundamento único e exclusivo da responsabilidade civil. Por esse novo sistema, provados o dano e o nexo causal, surge o dever de indenizar, independentemente de culpa.<sup>11</sup>

Ao se estudar a responsabilidade civil do Estado e sua atual forma de aplicação, é de fundamental importância regredir às origens dessa responsabilidade, pois a regra nem sempre foi a imputação de um dever indenizatório a este ente. Inicialmente, o Estado surge como uma figura soberana, personalizado na figura do rei, o qual, diga-se de passagem, era dotado de um poder inquestionável, não se admitindo imputar-lhe qualquer falha, conseqüentemente responsabilidade. O ponto crucial para o surgimento da responsabilidade civil do Estado foi a ideia de submissão deste ao direito posto. Antes disso imperava a vontade estatal sem qualquer vinculação a ordem jurídica, sendo esta aplicável as relações privadas em geral. A célebre frase “The King can do not whong” (o rei não erra nunca)

---

<sup>9</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p 1027.

<sup>11</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

representava bem a ideia de irresponsabilidade civil do Estado.<sup>12</sup>

#### 1.4 Origem e evolução da responsabilidade civil do Estado

Saindo da tese de irresponsabilidade estatal, aos poucos foi sendo admitida a responsabilidade desse ente por alguns de seus atos. Criou-se a teoria da responsabilidade com culpa, na qual o Estado estaria obrigado a indenizar em alguns casos, mais especificamente naqueles em que os seus agentes atuassem de maneira culposa, sendo necessário identificar o específico agente estatal que causou o dano.

Porém, ao admitir tal responsabilidade, a ordem jurídica não a conferiu em todas as atuações estatais em sociedade, separando as atividades em que o Estado agiria com suas prerrogativas de império, predominado assim o regime público, daquelas situações de mera gestão, as quais se aproximavam do regime de direito privado. Somente nestas últimas e, sendo provado a culpa do agente estatal no caso concreto, é que surgiria a obrigação de indenizar. Mostrou-se um avanço essa imputação de responsabilidade se comparada com a anterior irresponsabilidade civil. Porém no caso concreto, para o prejudicado, a demonstração da culpa do agente público no exercício de suas funções, era algo de extrema dificuldade. Além disso, deveria-se provar que a atuação estatal naquele caso concreto configuraria-se em atos de gestão.<sup>13</sup>

Posteriormente constatou-se uma evolução a imputação de responsabilidade acima narrada. Não era mais necessário identificar o específico agente estatal causador do dano, tendo o lesado de comprovar o mau funcionamento do serviço público. Bastava ao lesado provar a inexistência, o mau funcionamento ou o retardamento do serviço.<sup>14</sup>

Apesar dessa nítida evolução, a responsabilidade civil do Estado ainda permanecia subjetiva. Desta feita, para que fosse deflagrada a responsabilidade por falta do serviço, mister se fazia que existisse por parte da administração pública culpa ou dolo, elementos da responsabilidade subjetiva. Porém, se atribuiu nos casos de responsabilidade por culpa do serviço, uma presunção de culpa, ou seja, o lesado não precisava mais demonstrá-la, sendo esse ônus invertido para a administração pública. Somente não haveria obrigação de indenizar se o poder público demonstrasse, no caso concreto, que agiu com diligência, prudência ou

---

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1029.

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 545.

<sup>14</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 546.

perícia.<sup>15</sup>

Aos poucos, percebeu-se que a demonstração da culpa em sede de responsabilidade civil do Estado causava um enorme empecilho para o lesado em ver o seu prejuízo ressarcido. O Estado como ente superior aos indivíduos, intervindo direta ou indiretamente em uma série de segmentos sociais, de fato, possui posição jurídica avantajada. Desta feita, tal posição privilegiada, mesmo tendo os indivíduos uma série de direitos em face do Estado, impunha modificações quanto a forma de demonstração dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil.<sup>16</sup>

A mudança da responsabilidade civil do Estado teve um significativo impacto com o advento da Constituição Federal de 1946. Antes da inovação constitucional, a responsabilidade estatal era regulada pelo art. 15 do Código Civil de 1916 que assim dispunha:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

O Código Civil então vigente, consagrava a responsabilidade subjetiva do Estado. Conforme se infere de suas disposições, exigia-se o procedimento contrário ao direito e a falta a dever prescrito por lei, o que se desume que somente fatos culposos seriam ensejadores da obrigação de indenizar.<sup>17</sup> Porém, a ordem constitucional inovou as disposições relativas a responsabilidade civil do Estado, conforme se observa do art. 194 da CF de 1946: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. Observa-se, pela então redação da Constituição de 1946, a retirada dos elementos caracterizadores da responsabilidade subjetiva. Consagrava a nova redação constitucional a responsabilidade objetiva, derogando as disposições do então art. 15 do Código Civil de 1916.

### **1.5 A vigente ordem constitucional e a responsabilidade civil do Estado**

Na vigente ordem constitucional, a responsabilidade civil do Estado vem tratada no art. 37, §6º da CF de 1988 que assim dispõe:

---

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1032.

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 546

<sup>17</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 548.

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

A referida disposição constitucional acima traz a responsabilidade objetiva do Estado. Diferentemente das normas trazidas anteriormente, a atual ordem constitucional consagra a responsabilidade desprovida da demonstração da culpa do agente ou do serviço, ônus esse que cabia ao lesado. Para que haja o dever de indenizar por parte do Estado, basta ao prejudicado a prova de três requisitos: o fato administrativo, ou seja, a conduta (comissiva ou omissiva), legítima ou ilegítima, o dano e o nexos causal (relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano.<sup>18</sup>

A responsabilidade objetiva do Estado baseia-se na chamada teoria do risco. Essa doutrina encontra sua origem no art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 segundo a qual “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades”. A ideia é a de que, assim como os benefícios decorrentes da atividade estatal são divididos para todos, os prejuízos sofridos pelos membros da sociedade também devem ser assim divididos.<sup>19</sup>

Dissecando pormenorizadamente o dispositivo acima, para que haja responsabilidade civil do Estado, mister se faz que a conduta causadora do dano seja praticada por agente de pessoa jurídica de direito público (mencionadas no art. 41 do Código Civil) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Fundações Governamentais de direito privado, Cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade de direito privado que recebam delegação do poder público, a qualquer título, para a prestação de serviço público) e que o agente público esteja nessa condição, pois se causar o dano em situação em que não esteja investido dessa qualidade não se poderá imputar responsabilidade ao Estado, respondendo o agente pessoalmente pelos atos praticados.<sup>20</sup>

Também, a entidade deve prestar um serviço público e deve ocorrer um dano a terceiros. Ressalte-se que, apesar de estabelecida uma polêmica a respeito de quem seria o terceiro lesado apto a postular a reparação de um dano causado por uma conduta estatal, é

---

<sup>18</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 554.

<sup>19</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 550

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p 1040.

pacífico o entendimento da jurisprudência, encabeçado pela corte suprema, de que não apenas o usuário do serviço público mas também o não usuário do serviço devem postular a reparação dos danos sofridos.<sup>21</sup>

O ponto crucial para insurgir responsabilidade estatal está na figura do ato antijurídico. *A priori*, pode-se pensar a antijuridicidade dos atos como aquela pregada pelo direito penal, como ato contrário as normas penais. A antijuridicidade se dá, nos casos em que, exercendo uma atividade lícita o Estado causa um dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo em tese a igualdade de todos perante os encargos sociais.

Uma das principais características da responsabilidade civil do Estado mostra-se na desnecessidade da prova da culpa para existir o dever indenizatório. Diante dessa constatação, para eximir-se de qualquer responsabilidade ao Estado cabe provar que o fato inexistiu, que não ocorreu nenhum dano ou que a sua conduta não tem nenhum nexo com o dano ocorrido.

## 1.6 Considerações iniciais sobre a teoria da mitigação

Interessante ponto a ser abordado neste capítulo e minuciosamente nos próximos, é a respeito da conduta do lesado. Em muitos casos, a ocorrência do dano dar-se por uma concorrência de culpa entre o lesado e o Estado. Se o prejudicado em nada contribuiu para o dano, a conclusão é a de que o Estado deverá indenizar integralmente.

Porém, não é raro observar ocasiões de concorrência de culpa, devendo existir, nestes casos, uma redução da indenização estatal, observando o *quantum* a conduta do lesado contribuiu para o dano. Mais óbvia, é a situação em que o evento danoso é única e exclusivamente causado pelo prejudicado. Nesse caso, não haverá nenhuma obrigação de indenizar por parte do Estado, haja vista faltarem os os pressupostos da conduta e do nexo de causalidade, apesar de ter ocorrido um dano.<sup>22</sup>

A mitigação dos prejuízos não analisa a conduta anterior ou concomitante do credor em relação ao evento danoso. Busca-se, pelo contrário, analisar a amplitude dos danos após a ocorrência deste. A teoria do *duty to mitigate the loss* busca questionar se o devedor é responsável pelo incremento no *quantum* indenizável por condutas do credor após a ocorrência do dano. As bases dessa teoria, as quais serão aprofundadas no segundo capítulo,

---

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 704/705.

<sup>22</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.556.

são comumente discutidas em sede do direito contratual. Em seus contornos iniciais, principalmente em sede jurisprudencial, permitia-se na relação contratual, diante do inadimplemento, a substituição pelo credor do cumprimento da obrigação. Pela conduta do credor, um terceiro que não participaria da relação negocial inicial faria o cumprimento da obrigação. Posteriormente, ao buscar o ressarcimento perante o devedor, o credor era surpreendido com a redução do valor que teria direito por ter mitigado o prejuízo ao contratar um terceiro para o cumprimento da obrigação, evitando assim o exponencial aumento do *quantum* indenizável por parte do devedor.<sup>23</sup>

É de fundamental importância a distinção do que seria a culpa concorrente do dever de mitigar o prejuízo. No primeiro, o dano origina-se da concorrência entre condutas do credor e devedor. No segundo, a causa do dano é originada pela conduta do devedor, porém o agravamento do valor a ser indenizado é derivado de condutas do credor. Desta feita, a teoria da mitigação prega que não entrará no *quantum* a ser indenizável esse incremento causado pelo credor, ocorrendo a interrupção do nexo de causalidade entre este incremento e a conduta do devedor.<sup>24</sup>

O Código Civil de 2002 não traz regra expressa que imponha ao credor o dever de mitigar o prejuízo. O fundamento para se impor tal dever deverá ser buscado nas cláusulas gerais bem como nos princípios adotados pelo ordenamento jurídico pátrio.

A aplicação da doutrina dos danos evitáveis é bastante consolidada nos países de *common law*. Tendo sua aplicação mais comum no direito contratual dos Estados Unidos e Inglaterra. Os juristas desses países questionam se a doutrina dos danos evitáveis seria um verdadeiro dever, ou uma limitação ao *quantum* indenizável. Sustenta-se que a segunda opção seria a mais coerente, pois se a natureza jurídica da doutrina dos danos evitáveis fosse de dever, estaria o credor obrigado a tal, gerando a possibilidade de indenizar o devedor caso falta-se com o dever de mitigar.<sup>25</sup>

A doutrina brasileira tem-se manifestado favoravelmente a aplicação do *duty to mitigate the loss* no ordenamento jurídico pátrio. Conforme já frisado anteriormente, tem-se aprofundado os estudos da teoria dos danos evitáveis a responsabilidade civil contratual, porém pode-se perfeitamente aplicá-la à responsabilidade aquiliana, haja vista o problema jurídico tratado ser o mesmo: a imputação de danos ou seu agravamento pela parte lesada.

---

<sup>23</sup> FLUMIGNAN, Silvano J. G. **O dever de mitigar o prejuízo (Duty to Mitigate the Loss) e a Responsabilidade Civil do Estado**. Disponível em: < <http://anape.org.br> > . Acesso em: 07/09/2015.

<sup>24</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 07/09/2015.

<sup>25</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 07/09/2015.

Reforça o acima exposto o atual caminho trilhado pela responsabilidade civil, abrangendo muito mais casos em que o dever de indenizar surge independentemente de culpa, daqueles que necessitam deste. Desloca-se a preocupação do elemento culpa para o dano, sendo de fundamental importância cada vez mais estudar este elemento da responsabilidade civil afim de se chegar a justa indenização.

## CAPITULO 2: CONTORNOS INICIAIS DA TEORIA DA MITIGAÇÃO

### 2.1 O caminho para adoção de uma sistemática comum à responsabilidade civil contratual e extracontratual

Tradicionalmente, a responsabilidade civil é dividida em dois ângulos: a contratual e a extracontratual, as quais, em um primeiro olhar, constituem tipos diametralmente opostos, pois enquanto a contratual surge do descumprimento de dever que tem por fundamento um negócio jurídico, a extracontratual deriva de atividade que fere dever que não tem seu fundamento em negócio jurídico, mas sim na própria lei.

Embora tenham sempre sido tratadas de forma separada e divergente pelos aplicadores do direito, observa-se que há um verdadeiro paralelismo no desenvolvimento das figuras do contrato e do delito e, por conseguinte, da responsabilidade contratual e da extracontratual. Constata-se que essas duas figuras da responsabilidade civil evoluíram sob a inspiração de um mesmo processo econômico e social, o qual teve como objeto um elemento comum a ambas, qual seja, o papel da vontade individual nos diversos setores da autonomia privada e, particularmente, em relação à teoria das fontes das obrigações. Desta feita, dava-se primazia ao dogma da vontade no contrato e o primado da culpa no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.<sup>26</sup>

Revela-se assim, no âmbito da responsabilidade civil, a superação da rigidez dos tradicionais postulados individualistas e voluntaristas operada pelo direito moderno como uma consequência do relevo atribuído ao interesse público ou coletivo. Como decorrência, percebe-se que houve o deslocamento do centro das atenções da culpa para o elemento dano, de tal forma que a tendência doutrinária manifesta-se no tratamento mais atencioso ao dano e suas consequências.<sup>27</sup> Há uma tendência da adoção de uma teoria unitária para a responsabilidade civil, uma vez que a interpretação sistemática e unitária dos dois tipos de responsabilidade civil contribuiria para promover cada vez mais a efetiva reparação dos danos.<sup>28</sup> Desta feita, a identificação de uma sistemática comum entre a responsabilidade contratual e extracontratual contribuirá para a adoção da teoria da mitigação a esta última,

---

<sup>26</sup> BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 13/1995. pp. 42-55, março 1995.

<sup>27</sup> ALEXANDRE, Miguel. A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. **Revista dos Tribunais**. v. 809/2003. pp. 11-27, março 2003.

<sup>28</sup> BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 13/1995. pp. 42-55, março 1995.

haja vista essa teoria ter seus contornos iniciais em sede de responsabilidade civil contratual.

Diante do descolamento da preocupação da responsabilidade civil em não mais focar suas atenções para o elemento subjetivo do indivíduo, consubstanciado no acordo de vontades na responsabilidade contratual e no elemento culpa na extracontratual, conseqüentemente trazendo suas atenções para o elemento dano, como não pensar numa sistematização de preceitos que uniformizem o tratamento das duas formas de responsabilidades quanto à indenização?.

Para solucionar tal questionamento, é preciso identificar as semelhanças entre essas duas responsabilidades. A doutrina continental clássica, para justificar a oposição entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual, fundamenta provir a primeira de um ato lícito, enquanto a segunda de um ato ilícito. Porém, quando um contrato é celebrado, nasce uma obrigação para cada um dos contratantes, que é a de executar a prestação avençada. Quando ocorre o inadimplemento da prestação avençada, nasce outra obrigação: a de reparar o dano. Essas duas obrigações, a primeira de realizar a prestação combinada e a segunda de reparar o dano, apesar de ser esta última consequência da primeira não se confundem. A primeira surge da vontade das partes, enquanto a segunda surge fora dela. Não é da vontade do causador do dano ser responsável pelo mesmo, porém as regras legais assim determinam que seja acaso ocorra o inadimplemento contratual.<sup>29</sup>

Desta forma, a responsabilidade contratual é, ao mesmo título que extracontratual, fonte da obrigação e por isso, por advir da violação do contrato, é também ela originária do ato ilícito e, portanto, em ambos os casos a responsabilidade nasce da inexecução de uma obrigação preexistente. Tal constatação relativiza um dos fundamentos da oposição entre responsabilidade contratual e extracontratual, qual seja, a identificação da fonte da primeira em um ato lícito e a da segunda em um ato ilícito. E estes fatores são culminados totalmente na medida em que a centralização atual do instituto da responsabilidade civil em torno da vítima e, portanto, na reparação do dano, opera um alargamento das situações que geram o dever de indenizar, muitas das quais prescindem da culpa do agente e da própria licitude da conduta, bastando, neste caso, que o ato, ainda que lícito, seja lesivo.<sup>30</sup>

Esta compreensão do tema permitiu a doutrina moderna afirmar que as obrigações que resultam da infração à lei e da violação de um contrato tem sempre a mesma estrutura (conduta, nexo de causalidade e dano) e são polarizadas pela mesma finalidade: a satisfação

---

<sup>29</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. v. 19/2004. pp. 260-269, setembro 2004.

<sup>30</sup> BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 13/1995. pp. 42-55, março 1995.

do interesse do credor. Diante do acima afirmado, pode-se ter constatações fundamentais, derivadas do moderno direito das obrigações, de que a progressiva aproximação entre a responsabilidade contratual e extracontratual resulta da consideração de que os dois tipos de responsabilidade supõem uma lesão a deveres preexistentes, cuja fonte comum poderia ser o contato social: a conclusão de que a vida em sociedade exige de todos o respeito aos direitos dos outros e de terceiros. A noção de ato voluntário refere-se apenas a uma classificação que tem por objetivo demonstrar a influência maior ou menor da vontade nos atos jurídicos.<sup>31</sup>

A diferença entre os atos geradores de responsabilidade contratual e extracontratual manifesta-se na formação daqueles, onde a vontade representa um papel mais fundamental. O contrato seria uma forma voluntária, qualificada de contato social e a outra seria o delito, onde o papel da vontade é menor. Porém, tanto um como o outro supõe o fato de viver em sociedade, o que significa ter contatos sociais.

Essa aproximação entre as duas formas de responsabilidade civil só contribui para solidificar a atual preocupação da responsabilidade, que é a reparação do dano. A teoria da mitigação se insere nessa preocupação, pois, em tese, não tem como objetivo principal a origem do dever de indenizar, mas sim a extensão do prejuízo após a ocorrência do evento danoso. Porém, a aproximação entre as duas formas de responsabilidade civil, contratual e extracontratual, contribui para solidificar os fundamentos da teoria da mitigação da primeira para esta última.

## **2.2 O contato social como pressuposto para origem das obrigações**

As relações sociais são o resultado de processos de aproximação ou de afastamento entre os indivíduos. Desta forma, o contato social é o pressuposto necessário para desencadear todo e qualquer processo social, embora existam contatos que, extinguindo-se rapidamente, não dão início a nenhuma repercussão jurídica na esfera dos indivíduos.

Tomado em seu sentido amplo, o contato social é pressuposto da vida em sociedade, desta feita, serve para relativizar a rigidez da classificação dualista das fontes das obrigações (contratual e extracontratual), ao apontar a própria vida em sociedade como a mais ampla e originária de todas as outras fontes. O contato social ingressa no mundo jurídico porque, assim como pode se extinguir imediatamente sem dar início a qualquer processo, pode originar processos sociais que irão se subsumir as normas jurídicas previamente postas.

---

<sup>31</sup> BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 13/1995. pp. 42-55, março 1995.

Nas relações contratuais, que são espécie de contato social, diante da interrupção das tratativas prévias à celebração do contrato e que uma das partes as interrompe injustificadamente, frustrando a justa expectativas e os investimentos prévios feitos pela outra parte, incidirá, neste caso, a aplicação de princípios jurídicos como, por exemplo, o da boa-fé objetiva bem como o da tutela da confiança, os quais, irão gerar o dever de ressarcir, no mínimo, o dano resultante da violação à confiança.<sup>33</sup>

Toda relação jurídica, seja ela lícita ou ilícita, é uma relação social, mas nem toda relação social é uma relação jurídica, pois nem todas irão repercutir no ordenamento jurídico. Porém os fatos considerados como fontes das obrigações não ocupam lugares iguais, como que fossem iguais em uma linha horizontal, mas cada qual se põe em um degrau acima do outro, na medida em que aumenta o grau de intensidade do contato social mediante a intervenção da vontade, sendo aí a indentificação dos graus de intensidade da responsabilidade contratual e extracontratual. Desta feita, em sentido amplo, o contato social, como expressão da vida em sociedade, é a fonte mais geral de todas as obrigações, porém, vão se tornando mais intensos, mais próximos, na medida em que o ordenamento jurídico valoriza a atuação da vontade e, ao contrário, tornando-se mais distantes quando menor for a intervenção da vontade.<sup>34</sup>

Identificar a responsabilidade civil como decorrência do contato social, mitiga a classificação dualista de origem do dever de indenizar. Ao passo que esse dever tem origem em um ponto em comum a ambas as classificações (contratual e extracontratual) torna-se-á mais fácil e prático, a aplicação da teoria da mitigação a responsabilidade civil extracontratual.

Conforme esteja a vontade presente, em maior ou menor grau, diferentes formas de contato social se verificam, contratos e delitos respectivamente. Os diferentes graus de intensidade dos contatos, pela maior ou menor proximidade entre os sujeitos, podem ser medidos de acordo com a valorização da vontade presente nesses contatos pelo ordenamento jurídico, de forma que os contatos mais distantes, como o simples fato de viver em sociedade, conduzirão à responsabilidade extracontratual, e as formas mais próximas, como o contrato,

---

<sup>32</sup> BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 13/1995. pp. 42-55, março 1995.

<sup>33</sup> ALEXANDRE, Miguel. A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. **Revista dos Tribunais**. v. 809/2003. pp. 11-27

<sup>34</sup> LARENZ, Karl. Culpa in Contraendo, Dever de Segurança no Tráfico e “Contato Social. **Revista de Direito Privado**. v. 34/2008. pp. 343-352, junho 2008.

determinarão a responsabilidade contratual.<sup>35</sup> Desta feita, a identificação de tamanha aproximação entre as responsabilidades irá corroborar para a uniformização de institutos jurídicos como o *duty to mitigate the loss*, o qual, inicialmente surgiu em sede de responsabilidade civil contratual.

### 2.3 A origem do *Duty to Mitigate the Loss* nos países adeptos da *Common Law*

Nos países adeptos da *common law*, diante do inadimplemento contratual, há uma preferência para que o credor seja ressarcido em perdas e danos, cabendo a execução da avença originária somente quando não mais possível a primeira possibilidade. Nesse sistema existem limitações à indenização. Pela limitação da imprevisibilidade não seriam indenizados os danos que podiam ser previstos no momento da celebração do contrato, como resultado provável do inadimplemento. Pela limitação de incerteza, não serão reparados os danos que não possam ser determinados pelas provas com razoável certeza. Já a limitação da evitabilidade consubstancia-se justamente no dever do credor em mitigar os prejuízos advindos de um inadimplemento contratual.<sup>36</sup>

A limitação da evitabilidade, ou doutrina dos danos evitáveis, teve origem no século XVII no caso inglês *Vertue v. Bird* julgado em 1677. O requerente tinha sido contratado para transportar mercadorias para Ipswich e deixá-las no lugar indicado pelo requerido. Porém, ao chegar no local, o requerido demorou mais de seis horas para proceder a indicação do exato local onde as mercadorias deveriam ficar. Ocorre que, pela demora os cavalos do requerente morreram, postulando este em juízo a reparação pela morte dos animais. O tribunal, analisando o caso em questão, negou o direito a indenização, afirmando que a conduta do requerente em deixar os cavalos expostos ao sol foi insensata, podendo tê-los retirados do sol, ou ter alocado as mercadorias em qualquer outro lugar em Ipswich.<sup>37</sup>

Pelo exemplo acima exposto, a conduta razoável para mitigar os prejuízos pelo credor, seria a de encontrar qualquer outro lugar seguro para os cavalos, evitando sua exposição desnecessária pela demora do requerido em indicar o lugar para descarregar as mercadorias. Eventuais despesas decorrentes da escolha desse outro lugar entrariam no montante indenizável. Além disso, tomando tal atitude, teria o credor evitado a morte dos

---

<sup>35</sup> BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 13/1995. pp. 42-55, março 1995.

<sup>36</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 15/09/2015.

<sup>37</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 15/09/2015.

cavalos, reduzindo significativamente o montante indenizável.

O exemplo acima narrado consubstancia o aspecto negativo do *duty to mitigate the loss*. Conforme anteriormente já exposto, a teoria tem seus contornos iniciados a partir do direito contratual. Desta feita, o aspecto positivo da teoria dos danos evitáveis seria efetivado quando ocorresse o desconto do *quantum* indenizável, do que efetivamente o credor evitou com o seu agir diligente. O aspecto negativo se perfaz no desconto do quantum indenizável, não pelo que o credor efetivamente mitigou, mas sim pelo que poderia realizar, mediante esforços ou despesas razoáveis, afim de minimizar o prejuízo e não o fez.<sup>38</sup>

Importante assunto a ser tratado diz respeito ao que seria razoável exigir-se do credor para mitigar o dano. Em muitos casos, dadas as circunstâncias peculiares, não seria razoável exigir algumas atitudes. Se o titular de um crédito não possui condições pecuniárias de arcar com as medidas para mitigação, o *quantum* a que faz jus não será reduzido pela limitação da evitabilidade. A razoabilidade de se exigir certas condutas deve ser aferida caso a caso. Também não será razoável exigir que o credor tome atitudes visando a diminuição do prejuízo que represente despesas vultuosas em relação ao *quantum* que teria direito, sob pena de desvirtuar totalmente a finalidade do *duty to mitigate the loss*, ao passo que, se isso fosse exigido, as condutas do credor visando mitigar os prejuízos surtiriam efeitos adversos, aumentando exponencialmente o valor a ser indenizado. Igualmente, afim de mitigar o prejuízo, não será exigível do credor que renuncie a seus direitos, que seja levado à insolvência, ou que passe dificuldades financeiras, bem que seja levado ao cometimento de um ilícito.<sup>39</sup>

Ao mesmo tempo em que busca limitar o direito do credor prejudicado de ser indenizado por danos que evitou e que poderiam ter sido evitados, a teoria dos danos evitáveis, na *common law*, permite que o credor possa recuperar os valores que gastou, de forma razoável, na sua atividade de minimizar o dano. O que o credor efetivamente gastou na busca por minorar o prejuízo será indenizado pelo devedor, mesmo que no caso concreto não se tenha ocorrido o resultado esperado. O que realmente importa é que a economia esperada seja maior que os custos que o credor planejava incorrer. Um exemplo disso é a hipótese ilustrada de um embarcador norueguês que, durante a Primeira Guerra, foi acusado por um jornal de transportar mercadorias secretamente para a Tríplice Aliança. O embarcador gastou a quantia de \$ 2.722 para publicar que a matéria publicada pelo jornal era mentirosa,

---

<sup>38</sup> FLUMIGNAN, Silvano J. G. **O dever de mitigar o prejuízo (Duty to Mitigate the Loss) e a Responsabilidade Civil do Estado**. Disponível em: < <http://anape.org.br>> . Acesso em: 07/09/2015.

<sup>39</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 15/09/2015.

posteriormente exigiu a reparação dos danos em ação contra o jornal que o tinha difamado<sup>40</sup>.

Na decisão foi concedido o direito à reparação, apesar de se reconhecer que as ações produzidas pelo embarcador não surtiram efeito, no sentido de restaurar sua honra bem como o nome que tinha na praça. O que será analisado é, dentre as possibilidades disponíveis, se o credor utilizou os meios mais eficazes a um custo menor para mitigar os prejuízos.

## 2.4 Aplicação da teoria da mitigação na Alemanha, Itália e França

Interessante ponto a ser abordado, é o aspecto negativo da mitigação, no direito alemão, onde há legislação expressa tratando do tema. Dispõe o Código Civil alemão:

§ 254

Culpa concorrente

(1) Quando a culpa da pessoa prejudicada contribui para a ocorrência do dano, a responsabilidade pelos danos e a extensão da compensação a ser paga dependem das circunstâncias, em particular, de qual extensão do dano é causada preponderantemente por uma ou pela outra parte.

(2) Isso também se aplica se a culpa da parte prejudicada se restringe a falhar em chamar a atenção do credor para o perigo de um dano de extensão incomum, quando o credor não estava ou não deveria estar ciente do perigo, ou em falhar em evitar ou reduzir o dano. O disposto no artigo 278 se aplica com as necessárias modificações<sup>41</sup>

O Código Civil alemão trata no parágrafo segundo do artigo supra o dever de mitigar em seu aspecto negativo. No primeiro parágrafo discorre acerca da culpa concorrente, cabendo ao juiz valorar, discricionariamente, a extensão de cada conduta para a ocorrência do dano. Apesar do Código Civil alemão tratar desses dois institutos em um mesmo artigo, os mesmos não se confundem. A culpa concorrente se dá quando a vítima (credor) de um dano contribui para a ocorrência do mesmo, sendo causa do dano a junção de sua conduta junto com a do autor (devedor). Já o dever de mitigar, surge após a ocorrência do evento danoso, conforme já exposto anteriormente. Porém, apesar de diferentes, a legislação alemã a elas atribui o mesmo efeito, conforme se depreende da leitura dos parágrafos acima. Sendo assim, ao perceber que o credor faltou com as providências que seriam necessárias para mitigar os danos, fixará o magistrado a indenização levando-se em conta o que poderia ter sido reduzido caso o credor agisse diligentemente.<sup>42</sup>

No ordenamento jurídico italiano, encontra-se também a previsão da norma de

<sup>40</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 15/09/2015.

<sup>41</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 15/09/2015.

<sup>42</sup> TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor: esboço do tema e primeira abordagem**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 04/11/2015.

mitigação:

Art. 1227: concurso de fato culposo do credor  
 Se o fato culposo do credor tiver concorrido para causar o dano, o ressarcimento é reduzido de acordo com a gravidade da culpa e a magnitude das consequências daí derivadas.  
 O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor teria podido evitar usando ordinária diligência (2.056 e seguintes)<sup>43</sup>

Vê-se claramente, a semelhança do que dispõe o Código Civil alemão, a colocação da norma de mitigação ao lado da culpa concorrente, apesar de não se confundirem, como já anteriormente exposto, sendo parâmetros para o magistrado fixar o *quantum* indenizável. Porém, percebe-se uma nítida diferença entre as consequências jurídicas dadas pelo legislador italiano a culpa concorrente e a norma da mitigação. Neste último, a falta de diligência do credor em evitar os danos seria a única causa do agravamento do dano, ocorrendo a interrupção do nexo de causalidade com relação aos danos que poderiam ter sido evitados. A consequência é bastante clara: o credor não será indenizado pelos danos que poderia ter evitado. Importante observar essa substancial diferença entre o ordenamento jurídico italiano e alemão. O primeiro impede que o credor seja indenizado por danos que poderia evitar, ao passo que o segundo remete o problema da evitabilidade ao mesmo tratamento dado à culpa concorrente, ou seja, o juiz avaliará o quanto credor e devedor contribuíram para a causa dos danos.<sup>44</sup>

No direito francês, não se encontra norma expressa que trate sobre o dever de mitigar o dano. Porém, alguns exemplos são citados no que pertine à responsabilidade civil. Um exemplo é sobre a necessidade do credor se submeter a uma intervenção cirúrgica para diminuir a extensão de seus danos. A jurisprudência francesa distinguiu entre uma intervenção grave ou dolorosa e um simples tratamento médico benigno. No primeiro caso, recusando-se o credor ao tratamento terá direito à indenização integral, não havendo possibilidade de redução do *quantum* indenizável. Já no segundo, acaso não se submeta a um tratamento simples, a sua recusa será considerada como culposa, sendo assim, não será indenizado pelos danos provenientes da não intervenção cirúrgica.<sup>45</sup>

Um segundo caso foi o da vítima de um acidente automobilístico que teve de fechar sua loja por vários meses em razão dos ferimentos. Após pedido de indenização, o tribunal de Montpellier negou reparação pelas perdas econômicas relativas ao fechamento da

<sup>43</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 15/09/2015.

<sup>44</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 15/09/2015

<sup>45</sup> TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor: esboço do tema e primeira abordagem**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 04/11/2015.

loja, sob o argumento de que a vítima poderia, assim que recuperou suas capacidades físicas e mentais, ter reaberto a loja através da contratação de uma pessoa para esse fim. A quebra do nexo causal em relação aos danos econômicos provenientes do fechamento da loja serviu como fundamento para negar parte da indenização, esses não foram considerados consequências necessárias do acidente.<sup>46</sup>

Um outro exemplo<sup>47</sup> mostra como a mitigação foi aplicada no sistema jurídico francês. Em 1985 um viticultor comprou tanino com um odor incomum. Apesar de ter ciência do defeito do produto, o empregou na fabricação de seus vinhos e os revendeu. Posteriormente, requereu indenização pelos prejuízos suportados com a venda dos vinhos. O Tribunal de Apelação concedeu a indenização em sua totalidade, porém a decisão foi reformada pela Corte de Cassação, sob o fundamento de que os danos suportados pelo viticultor foram consequência da culpa do mesmo.

Em mais um exemplo foi aplicado o descumprimento do dever de boa-fé. Em um contrato sucessivo com duração de quatro anos, o devedor já estava há mais de três anos inadimplente e o credor havia interrompido a prestação de serviços em que consistia sua contraprestação. No entanto, deixou que o contrato fosse renovado por prazo indeterminado e posteriormente requereu indenização por todo esse período. O Tribunal de Apelação de Paris considerou que constituiria violação à boa-fé deixar o contrato se prorrogar por mais de dois anos naquela situação e que o credor não poderia se beneficiar do que poderia ter evitado. Conforme se vê pelas decisões destes casos, existe no direito francês casos que são julgados sob a ótica da mitigação.<sup>48</sup>

Porém, a corte de Cassação, em dois julgados de 2003, manifestou-se pela ausência de norma no ordenamento jurídico francês que obrigasse o credor a minimizar os danos em sede de responsabilidade civil extracontratual. Um exemplo foi da vítima de um acidente que postulou reparação pelos danos suportados por problemas mentais desenvolvidos depois do ocorrido. O Tribunal de Bourges decidiu que ela seria compensada apenas parcialmente, pois tinha se recusado a seguir a orientação de dois médicos que prescreviam tratamento psicológico que melhoraria sua condição. No entanto, a Corte de Cassação reformou a decisão afirmando que o autor do dano deve compensar a vítima por todas as consequências danosas do acidente e que a vítima não tem o dever de limitar o seu prejuízo no

---

<sup>46</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 15/09/2015.

<sup>47</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 15/09/2015

<sup>48</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 15/09/2015.

interesse do responsável.<sup>49</sup>

No segundo exemplo, o dono de uma padaria sofreu um acidente que o deixou incapacitado de trabalhar por um tempo. Ajuizou ação contra o causador do dano em que pedia o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da paralisação dos serviços de sua padaria. O Tribunal de Amiens negou a reparação desses danos, entendendo que esses não eram decorrência do acidente, mas sim da decisão do dono da padaria de não encontrar outra forma de mantê-la em funcionamento durante o período de sua recuperação, em que poderia ter contratado, por exemplo, um gerente. A Corte de Cassação reformou a decisão usando os mesmos fundamentos do caso anteriormente exposto.<sup>50</sup>

Os exemplos trazidos acima reforçam o argumento de que a previsão expressa do ônus de mitigar pelo credor confere uma maior segurança jurídica em sede de responsabilidade civil. A previsão de parâmetros com um mínimo de objetividade que serão exigidos do credor, garantirão para o credor uma previsibilidade de quais condutas deverá tomar para mitigar os prejuízos. Para o devedor, poderá significar a economia de recursos mediante a prova da inércia do credor em tomar as medidas mitigatórias.

## **2.5 A relação da Convenção de Viena sobre Venda de Mercadorias e o *Duty to mitigate the loss***

Em 2004, no Brasil, Véra Maria Jacob de Fradera publicou artigo intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?. Aduz a referida autora que em diversos segmentos jurídicos o credor era instado (adstrito) a adotar medidas tendentes a diminuir as próprias perdas, sob pena de ter sua indenização reduzida ao montante de que poderia ter evitado.<sup>51</sup>

A referida autora, em estudo da Convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias, em seu art. 77, identificou nesse arcabouço normativo o dever de mitigação. Discute-se, a partir da análise desta convenção, se o *duty to mitigate the loss* corresponderia a um dever ou uma norma que determinaria o valor da indenização. O segundo posicionamento encontra uma base mais sólida, pois no sistema jurídico da *common law*, o dever de mitigar corresponde a uma norma que, juntamente com outras, determina o valor da indenização da

<sup>49</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 15/09/2015

<sup>50</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. O Duty to Mitigate the Loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**. v. 45/2011, pp.89-144, março 2011.

<sup>51</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. O Duty to Mitigate the Loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**. v. 45/2011, pp.89-144, março 2011.

vítima de um dano contratual ou extracontratual. No sistema de imputação de danos, parte-se da premissa de que todo o dano deve ser indezido em alguma medida, sendo justamente aí o encaixe da norma de mitigação, ao passo que, não se tendo filtros de imputação a esta indenização, poderia-se chegar a valores absurdos por condutas imputadas ao próprio credor.<sup>52</sup>

Conforme já comentado e minuciosamente demonstrado no presente trabalho, tanto nos países do sistema da *common law*, como na previsão da Convenção de Compra e Venda de Mercadorias de Viena, a consequência jurídica para a inobservância do dever de mitigar será a mesma. A redução do montante indenizatório mostra-se como a ‘redução’ do direito do próprio credor. Ao não observar o seu ônus de mitigar, acaba o credor atingindo a própria esfera jurídica, ao passo que suportará os prejuízos decorrentes da sua inércia.

O dever de mitigação contido na Convenção de Compra e Venda de Mercadorias de Viena (CISG) é considerado princípio do comércio internacional. O que se determina nesse diploma é que a parte prejudicada tome medidas para mitigar os prejuízos que sofreu em razão da quebra do contrato. Um ponto que corrobora a afirmação contida no parágrafo anterior é que a violação ao dever de mitigar contido na Convenção não enseja responsabilidade por parte do credor, mas sim implicará uma redução do montante em danos que a parte que não mitigou poderia reclamar.<sup>53</sup>

O cerne da teoria da mitigação é o seguinte: a imputação de dano ou seu agravamento evitável pela própria parte lesada. Trata-se de um problema de imputação de danos, no âmbito da responsabilidade civil, quer seja ela obrigacional, quer seja aquiliana. O art. 945 do Código Civil trata da concorrência culposa da vítima para o dano. A culpa é entendida como um desvalor, um juízo de reprovação em relação a conduta ilícita do agente, somente sendo censurada quando expressamente contrária aos preceitos do ordenamento jurídico. Considerando tal afirmação, no nosso ordenamento jurídico a omissão somente é juridicamente relevante quando existe norma que imponha a obrigação de agir. Sendo assim, um questionamento surge: existe norma que imponha ao particular evitar a produção ou mesmo o agravamento do próprio prejuízo? Em caso de ser negativa a resposta, como resolver o problema de imputação de danos nos casos em que seria flagrantemente injusto serem estes suportados por apenas uma parte?

---

<sup>52</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. O Duty to Mitigate the Loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**. v. 45/2011, pp.89-144, março 2011.

<sup>53</sup> TIBURCIO, Carmen. Consequências do inadimplemento contratual na Convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias (CISG). **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 37/2013. pp. 167-183, junho 2013.

## 2.6 A cláusula geral da boa-fé como fundamento para a teoria da mitigação na responsabilidade civil extracontratual

A preocupação em transformar o direito em ciência era o principal objetivo do positivismo jurídico. Para os adeptos dessa corrente, o direito é estabelecido como um conjunto de ordens e comandos postos pelo Estado, consideram também que o direito posto é justo e deve ser obedecido, prescindindo de qualquer consideração sobre sua correspondência com o direito ideal. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, esse sistema positivista que pregava a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e considerando a lei como um mandamento meramente formal já não tinha mais aceitação haja vista os abusos cometidos em nome da estrita legalidade como, por exemplo, na Alemanha nazista.<sup>54</sup>

As novas formas de interpretação do direito apareceram com as teorias da argumentação jurídica e a nova retórica, baseadas em um raciocínio dialético que não se move em um único sentido. As teorias da argumentação repudiam o modelo da lógica dedutiva pelo qual cabe ao julgador apenas fazer o trabalho de subsunção do fato a norma, como se todos os fatos ocorridos no seio social encontrassem uma expressa norma o prevendo. A ideia da teoria da argumentação é justamente permitir a abertura do sistema.

Por ela, é dada a possibilidade ao intérprete de adequar a norma ao caso concreto, porém, conjugando o texto legal com princípios e valores. Isso ocorreu com a mudança de paradigma da concepção de direito vigente no modelo de Estado Liberal para o Estado de Bem Estar Social pregado pela Constituição Federal de 1988. O Código Civil de 1916 deu destaque a autonomia da ação individual em lugar da ação coletiva, privilegiando a liberdade em lugar da igualdade, colocando o indivíduo no centro das preocupações. Porém, a Constituição federal de 1988 criou o modelo de Estado com bases mais humanistas, mitigando o individualismo da ordem jurídica anterior. Desta feita, a interpretação do Direito Civil deve levar em consideração todos os valores consagrados na ordem constitucional vigente.<sup>55</sup>

Apesar de ser adotada em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, o Código Civil de 2002 não trouxe em seu bojo dispositivo expresso que tratasse da regra da mitigação. No que tange a indenização, o Código Civil trouxe disposições expressas no que

---

<sup>54</sup> NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. A Responsabilidade civil pelo descumprimento da cláusula geral de boa-fé nos contratos. **Revista dos Tribunais**. v. 866/2007, pp.67-98, dezembro 2007.

<sup>55</sup> NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. A Responsabilidade civil pelo descumprimento da cláusula geral de boa-fé nos contratos. **Revista dos Tribunais**. v. 866/2007, pp.67-98, dezembro 2007.

tange a culpa concorrente, conferindo ao magistrado a possibilidade de redução da indenização pela desproporção da culpa do agente causador do dano. Diante dessa constatação, cabe analisar se a regra da mitigação esta implícita no ordenamento jurídico pátrio. Nesse contexto, mostra-se de fundamental importância um estudo sobre a cláusula geral da boa-fé e como ela se aplica para fundamentar a aplicação da teoria da mitigação em sede de responsabilidade civil.<sup>56</sup>

A boa-fé objetiva mostra-se como um padrão de comportamento leal, é a boa-fé de conduta. Mostra-se como um imperativo que impõe ao destinatário da norma que aja da forma que é esperada para um homem probo<sup>57</sup>. É esperado uma conduta leal e honesta. No ordenamento jurídico pátrio, a boa-fé mostra-se como uma cláusula geral. Ao ter essa natureza jurídica permite-se o diálogo com valores, princípios e padrões de condutas que não estão definidos taxativamente na norma, mas que se situam para além de dispositivos normativos, situando-se no próprio sistema jurídico ou até fora dele. Em razão da abertura proporcionada pela natureza da cláusula geral da boa-fé, não se pode listar, a princípio, todos os comportamentos que estarão em conformidade. Desta feita, cada conduta deverá ser analisada em concreto sob o prisma da boa-fe, tendo como padrão o homem probo, leal e honesto e com os valores perseguidos pelo sistema jurídico, analisando-se o contexto social e histórico.<sup>58</sup>

Através da boa-fé permite-se a incorporação de fatores metajurídicos para que seja possível permanentemente adaptar o sistema à realidade social e econômica vigente, sem que para isso seja necessário modificar a legislação. Isso é plenamente possível, pois não seria possível que a norma jurídica esgotasse todas as condutas queridas ou indesejadas.

A Comissão que preparou o anteprojeto do que viria a ser o Código Civil de 2002 intencionalmente pretendeu caracterizá-lo como um sistema aberto, inserindo em seu texto normas que tivessem o condão de tornar o seu sistema mais aberto, trazendo a tona normas que se valem de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais. Essa abertura no sistema do Código, deu-se, precipuamente, pelo fator operabilidade como princípio norteador da elaboração do Código Civil<sup>59</sup>. Além disso, teve o Código Civil adotado o princípio da eticidade como um dos seus alicerces, determinando a inserção no ordenamento de regras que

<sup>56</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 11/10/2015.

<sup>57</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, Ba-Fé processual e Supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. **Revista de Processo**. v. 171/2009. pp. 35-48, maio 2009.

<sup>58</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 11/10/2015.

<sup>59</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. v. 19/2004. pp. 260-269, setembro 2004.

exigissem padrões éticos de condutas nas diversas relações jurídicas.<sup>60</sup>

A boa-fé tem função integradora do direito das obrigações, ao exigir que as partes ajam de forma considerada correta no meio social em que vivem. Desta feita, deverá o aplicador do direito realizar avaliação objetiva da conduta, cotejando o comportamento concretamente adotado com aquele socialmente tido como o esperado do homem probo. A aplicação da boa-fé ao direito das obrigações permitiu a concepção da relação obrigacional como um processo, como uma totalidade orgânica orientada pela ordem de cooperação.<sup>61</sup>

A relação obrigacional, sob o prisma da boa-fé, não é mais vista como um vínculo pontual que liga credor e devedor, tendo como único elemento relevante a prestação como um fim em si mesmo, sendo única e exclusivamente realizada no interesse do credor. Modernamente, se identifica a relação obrigacional como um organismo ou processo dirigido à satisfação do credor, porém tal relação envolve os deveres secundários ou acidentais da prestação e os deveres laterais<sup>62</sup>. Esses deveres interessam a exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa. Tais deveres estão acima da relação obrigacional e decorrem diretamente dos princípios normativos, dentre os quais a boa-fé objetiva. Esses deveres se impõe tanto ao devedor quanto ao credor.<sup>63</sup>

Tradicionalmente a obrigação foi considerada a composição de interesses antagônicos, do credor de um lado e do devedor do outro. Conforme já anteriormente exposto, esse modelo obrigacional se adequava a realidade individualista liberal que dominava a responsabilidade civil sob a égide do Código Civil de 1916. Porém, sob a nova égide constitucional e do Código Civil de 2002, a relação obrigacional é tomada como um todo dinâmico, e não apenas como uma estrutura relacional de interesses individuais. A relação antagônica anterior foi substituída pela relação cooperativa, revelando-se na abstenção de condutas impeditivas inibitórias, como também em condutas positivas que facilitem a prestação do devedor. A obrigação não mais se identifica como direito do credor, mas sim como uma relação de colaboração. A cooperação substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor.

A cooperação é um dos valores extraídos no próprio sistema jurídico que trata da

---

<sup>60</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. O Duty to Mitigate the Loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**. v. 45/2011, pp.89-144, março 2011.

<sup>61</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 25/10/2015.

<sup>62</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. v. 19/2004. pp. 260-269, setembro 2004.

<sup>63</sup> NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. A Responsabilidade civil pelo descumprimento da cláusula geral de boa-fé nos contratos. **Revista dos Tribunais**. v. 866/2007, pp.67-98, dezembro 2007.

matéria obrigacional. A boa-fé, como cláusula geral, exercerá a função de atrair valores jurídico que se relacionem com seu conteúdo ideal de conduta correta e leal, sendo a cooperação intimamente ligada aos valores pregados pela boa-fé.<sup>64</sup>

Diante do ilícito, no qual surge o dever de indenizar por parte do devedor, pode-se pensar que deveria-se ter um antagonismo e subordinação entre os dois polos (credor e devedor), ficando o credor legitimado a não agir e exigir indenização por todos os prejuízos sofridos. Porém, tal comportamento não se coadunará com a posição mais consentânea com a boa-fé. Um comportamento como este não é o padrão de conduta pregado pela atual ordem jurídica. Em uma sociedade que adota a cooperação como valor decorrente da boa-fé, a conduta leal e correta do credor diante do descumprimento contratual será o de empregar os esforços razoáveis para reduzir os danos decorrentes do inadimplemento e não deixar que os prejuízos evitáveis ocorram.

---

<sup>64</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 25/10/2015.

## CAPÍTULO 3: APLICAÇÃO DA TEORIA DA MITIGAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 3.1 O abuso de direito como fundamento para a teoria da mitigação

Pode-se afirmar que os recursos econômicos apresentam um inestimável valor, tanto se analisado sob o prisma individual, acentuando-se sua importância quando é abordado sob o prisma estatal, haja vista este ente ser o responsável pelas inúmeras atividades de interesse coletivo. Sob a seara privada, especificamente nas relações contratuais onde a teoria da mitigação originou-se, percebe-se que a doutrina preocupou-se em disponibilizar aos indivíduos mecanismos que facilitem e fomentem a circulação de riquezas, fazendo com que essa atividade ocorra com o mínimo de desperdício de recursos econômicos.

A teoria da mitigação pode ser fundamentada, como será demonstrado, no abuso do direito. Ao sofrer um dano possui o lesado o direito a ser indenizado, afirmação que, *a priori*, não encontra qualquer questionamento. O abuso consistiria em ser somado a este *quantum* indenizado o que o credor poderia ter evitado mediante o emprego de esforços razoáveis. O ponto crucial encontra-se na situação em que o lesado, abusando do direito de ser credor, ver o exponencial aumento do dano e queda-se inerte. Ser indenizado pelos danos evitáveis consistiria exercício regular e legítimo do direito, enquanto obter reparação por danos evitáveis seria exercício irregular ou abusivo do direito de ser credor, algo que a ordem jurídica não pode permitir.<sup>65</sup>

Inicialmente prevista na França, a teoria do abuso de direito tinha como objetivo evitar que o titular de um direito, no exercício desse, pudesse causar lesão a direitos de outrem. Essa teoria foi desenvolvida sob um prisma subjetivista, ou seja, era reconhecido o abuso de direito nas situações em que o agente estivesse com o *animus* de causar prejuízo a outrem. Porém, é preciso esclarecer que essa visão do abuso do direito não tem aplicação, ou pelo menos seja muito difícil de acontecer no mundo fático, haja vista na maioria das situações o credor não se preocupar em mitigar os danos porque sabe que esses são decorrentes de um ato do devedor que, portanto, tem obrigação de indenizá-lo.<sup>66</sup>

No final do século XIX, surge os contornos iniciais da teoria do abuso de direito,

---

<sup>65</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 25/10/2015.

<sup>66</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, Abuso de Direito e o Novo Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. v. 817/2003. pp. 50-78, novembro 2003.

pregando a ideia de que não apenas o Estado sofre limitações em suas atividades, mas também os direitos que se encontram na esfera individual dos indivíduos sofrem limitações nas noções de bem estar social, justiça e convívio harmônico. Para essa teoria, considera-se ilícito todo ato praticado com o intuito de causar prejuízo a outrem ou contrário aos fins sociais e econômicos previstos pela norma, mesmo que praticados aparentemente conforme a lei.<sup>67</sup>

O abuso de direito encontra-se no art. 187 do Código Civil que assim dispõe: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes?”. Conforme se depreende da leitura do artigo supra, percebe-se três hipóteses em que o agente comete abuso de direito, de acordo com as últimas disposições do artigo. Ao se exigir que um direito seja exercido nos limites de seu fim econômico ou social, o ordenamento jurídico explicitamente nos diz que o direito tem finalidades que vão além da mera satisfação de interesses privados.<sup>68</sup>

O aspecto econômico é acentuado na medida em que os recursos públicos são dotados de fundamental importância para a realização das diversas atividades incumbidas ao Estado. A inobservância do ônus de mitigar o prejuízo pelo credor causa inúmeros impactos orçamentários ao passo que o Estado estará custeando um prejuízo que poderia ser evitado. Desta feita, se a teoria da mitigação for corretamente aplicada em sede de responsabilidade civil do Estado, fundamentada no abuso de direito, possíveis credores não serão indenizados pelos danos que razoavelmente poderiam ter evitado, sendo indenizados integralmente pelos danos classificados como inevitáveis.

O abuso do direito é uma decorrência da inobservância da boa-fé. Agir com boa-fé significa cooperação entre credor e devedor. Desta feita, age com abuso de direito à indenização o credor que pretende obtê-la apesar de não ter agido conforme a boa-fé, ou seja, que não agiu de forma cooperativa para evitar a ocorrência dos danos pelo emprego de esforços razoáveis. Diante de um dano, é de se esperar que o credor colabore e evite danos ao seu próprio patrimônio, de forma a evitar o desperdício de recursos econômicos e socialmente relevantes.<sup>69</sup>

Não agindo conforme os ditames da boa-fé e posteriormente pretendido obter a

---

<sup>67</sup> AZI, Camila Lemos. A lesão como forma de abuso de direito. **Revista dos Tribunais**. v. 826/2004. pp. 38-57, agosto 2004.

<sup>68</sup> AZI, Camila Lemos. A lesão como forma de abuso de direito. **Revista dos Tribunais**. v. 826/2004. pp. 38-57, agosto 2004.

<sup>69</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, Abuso de Direito e o Novo Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. v. 817/2003. pp. 50-78, novembro 2003.

reparação por esses danos que poderia ter evitado, o exercício desse direito será abusivo. Quanto aos efeitos da adoção de uma conduta que se enquadre em abuso de direito, a norma da mitigação introduz a impossibilidade de que o credor obtenha reparação pelos danos que poderia ter evitado e não a sua responsabilidade civil por prejuízos. Desta feita, poderá o juiz limitar a indenização a que faz jus o credor, pelo abuso do direito de ser credor pelo lesado.

### 3.2 Princípio da reparação integral e a mitigação dos prejuízos

A doutrina francesa levantava como óbice a teoria da mitigação, ou seja, a imposição de evitar prejuízos pelo credor, baseando-se na regra da reparação integral do dano. Por essa idéia, deve-se restabelecer o *status quo ante*, mantendo-se o equilíbrio que se encontrava antes da ocorrência do evento danoso.

No Brasil, em sede de indenização, vige o princípio da reparação integral, pelo qual a indenização mede-se pela extensão do dano. No Código Civil de 1916 não existia regra expressa determinando a integralidade da reparação do dano, porém, tal princípio poderia ser extraído do artigo 156 do referido Código, o qual determinava que o causador do dano ficava obrigado a repará-lo. Por esse dispositivo, havia uma correlação direta entre o valor da indenização e os prejuízos sofridos, não se fazendo considerações como, por exemplo, a respeito dos graus de culpa dos agentes.<sup>70</sup>

No Brasil, a regra é que o prejuízo a ser ressarcido é aquele que o credor efetivamente sofreu, abrangendo tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes. Porém, ao se avaliar o montante indenizatório levar-se-á em conta o dano concreto, ou seja, aquele prejuízo sofrido pelo credor, levando-se em consideração sua particular posição, e não levando-se em conta o prejuízo isoladamente considerado.<sup>71</sup>

A norma da mitigação deverá utilizar-se, como parâmetro do que seria razoável exigir do credor, a sua condição pessoal depois da ocorrência do dano. A razoabilidade das condutas esperadas do credor visando mitigar o prejuízo serão analisadas caso a caso. Desta feita, a depender da condição pessoal de determinado credor, algumas condutas serão exigidas, outras não, repercutindo diretamente no montante a que fará jus.

Com o advento do Código Civil de 2002, a reparação integral do dano passou a ser expressa, embora encontrando exceções. Reza o art. 944 do Código Civil de 2002 que “a

---

<sup>70</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **A reparação do dano e a quantificação da indenização no novo Código Civil**. 1.ed.São Paulo: Saraiva, 2010. p. 18.

<sup>71</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **A reparação do dano e a quantificação da indenização no novo Código Civil**. 1.ed.São Paulo: Saraiva, 2010. p. 18.

indenização mede-se pela extensão do dano”. O parágrafo único do artigo supra traz a exceção a regra da reparação integral ao dispor: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Por essa limitação, pode-se chegar a situações em que a vítima suportará uma indenização inferior ao montante do prejuízo sofrido, repartido-se o prejuízo inclusive com esta, por ter o causador do dano uma culpa ínfima na ocorrência do mesmo.<sup>72</sup>

O que se observa da disposição do parágrafo único supra, é que a doutrina se debruça sobre a conduta do credor antes ou concomitante ao dano. Não se perquiria o comportamento do credor após a ocorrência do dano. Muitas vezes, desconsiderava-se que os prejuízos evitáveis ocorridos após a ocorrência do dano, tornavam a indenização excessivamente onerosa.

Conforme se extrai da disposição do parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002, embora a regra seja a reparação integral do dano, esta não apresenta um caráter absoluto. A limitação a indenização integral, além da hipótese expressa no parágrafo único supra, encontra também, como já exposto, limites na boa-fé objetiva, sendo consequência a não indenização dos prejuízos que o credor poderia ter evitado por meio de esforços razoáveis. Outra limitação, a indenização integral encontra-se no art. 403 do Código Civil, o qual determina que serão indenizados os danos diretos e imediatos.<sup>73</sup>

Observando esses dois princípios, quais sejam, o da reparação integral e o da mitigação dos prejuízos, *a priori*, parecem ser absolutamente antagônicos, porém, não o são. A norma da mitigação, sendo aplicada em sede de responsabilidade civil extracontratual do Estado, tem como um dos seus principais objetivos evitar a perda de recursos econômicos e socialmente relevantes. De outro lado, o princípio da reparação integral tem como fim evitar que a vítima sofra injustiça ao receber menos do que perdeu. Esses dois lados aparentemente inconciliáveis, encontram um ponto de intersecção ao passo que, na norma da mitigação, a parcela do prejuízo não indenizada ao credor será aquela que ele poderia ter evitado por não ter agido conforme a boa-fé.<sup>74</sup>

Desta feita, o conflito entre essas duas normas é apenas aparente, pois pode-se chegar a justa indenização pelas ponderações que informam a aplicação da boa-fé objetiva. Como decorrência da boa-fé impede-se que a pessoa que agiu de má-fé exerça certo direito ou

---

<sup>72</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. 1.ed.São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

<sup>73</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. 1.ed.São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

<sup>74</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 25/10/2015.

se aproveite de certa posição jurídica. Sendo assim, o credor prejudicado tem, em princípio, direito a reparação integral dos danos sofridos, de conformidade com a regra insculpida no caput do art. 944 do Código Civil. Porém, se agiu de encontro a boa-fé, não empregando os esforços razoáveis para impedir que os danos evitáveis ocorressem, ficará impedido de ser indenizado no que tange a esse montante. A forma e o momento de aplicação das duas normas são diferentes, fazendo com que ambas possam ser aplicadas de maneira conjunta para a definição do *quantum* a ser indenizado.

### **3.3 Natureza jurídica da norma da mitigação**

Grande importância possui identificar a natureza jurídica da teoria da mitigação. Nas suas origens, muito se discutiu se esta teoria possuía natureza de um dever jurídico propriamente dito. O dever jurídico consubstancia-se na necessidade de observância de determinadas condutas, impostas pelo ordenamento jurídico, cuja conduta pode ser realizada mediante meios coercitivos. Pode-se citar, por exemplo, o dever jurídico imposto pelo ordenamento no que tange ao respeito à propriedade alheia, cuja violação a tal dever mediante esbulho e turbação, poderá ser repellido mediante os instrumentos de direito material e processual disponibilizados ao proprietário lesado.

Nesse sentido, não poderia o devedor exigir que o credor adotasse medidas para evitar danos que prejudicariam o patrimônio do próprio credor, conseqüentemente obtendo indenização pela inobservância de tal dever. O ordenamento jurídico não confere mecanismos materiais e processuais para que o devedor tivesse sucesso nessa empreitada. O que realmente ocorrerá é que, o credor, se não agir em observância à conduta prescrita pela norma da mitigação, não será indenizado pelos danos que poderia ter evitado.

O ônus é o instrumento através do qual o ordenamento jurídico impõe ao sujeito uma determinada conduta, que deverá ser adotada se não quiser este mesmo sujeito arcar com as conseqüências que lhe serão prejudiciais. Ou seja, o sujeito deve praticar um comportamento para alcançar uma determinada vantagem, que consiste na aquisição ou conservação de um direito. O descumprimento de um ônus deixa o sujeito que o descumpriu livre de qualquer forma de coação para cumpri-lo ou de qualquer dever indenizatório, porém não deixará de ser sancionado pela ordem jurídica. Tal sanção imposta ao descumpridor de um ônus consiste na perda de uma posição jurídica de vantagem, ou em uma desvantagem jurídica qualquer. Desta feita, se um sujeito, vinculado a um ônus, deseja evitar uma desvantagem, deverá cumpri-lo, acaso descumpra, deverá contentar-se com uma certa

desvantagem jurídica. O ônus, desta feita, é um vínculo imposto à vontade do sujeito como condição para a satisfação do seu próprio interesse e cujo descumprimento importa efeitos econômicos negativos.<sup>75</sup>

O descumprimento de um ônus tem como consequência, como já relatado acima, não na aplicação de uma sanção jurídica ao sujeito, mas o não alcance de um determinado fim pretendido pelo sujeito descumpridor do ônus. Trazendo o afirmado alhures para a teoria da mitigação, pode-se afirmar que, o descumprimento do ônus de mitigar por parte do credor, terá como consequência jurídica a não percepção dos valores que ele poderia ter mitigado, no *quantum* indenizado. O credor perderia uma situação jurídica de vantagem, ou seja, a percepção do valor que poderia ter mitigado, por não cumprir o ônus de mitigar.

Por outro lado, a natureza jurídica de um dever, contrapondo-se a do ônus, consubstancia-se na imposição de determinada conduta, porém no interesse alheio. Acaso a norma da mitigação possuísse natureza jurídica de dever, se o credor o descumprisse, poderia ser coagido pelo devedor a adotar as medidas de mitigação, além de ter que arcar com a indenização por não ter observado o seu dever de mitigar.<sup>76</sup>

Conforme já afirmado alhures, nos países em que a teoria da mitigação tem previsão expressa ou doutrinária, a consequência jurídica de sua inobservância será a redução do *quantum* indenizado, consubstanciando-se em um verdadeiro ônus para o credor.

A verdadeira natureza jurídica do dever de mitigar é a de ônus, ou seja, da não incorporação do valor que poderia ter evitado, mas não evitou, ao *quantum* indenizável. Se agir em total consonância com a norma terá direito a indenização integral, não havendo limitação a esta indenização pela norma da mitigação. Desta feita, a mitigação será uma faculdade para o credor. No direito alemão, o ônus é denominado de *Obliegenheiten*, sendo tal insuscetível de execução forçada, não gerando como consequência a obrigação de indenizar em perdas e danos. A inobservância do ônus gera apenas uma situação jurídica de desvantagem.<sup>77</sup>

Em linhas gerais, pode-se indentificar o ônus em função do próprio interesse daquele a quem é imposto. Descumprido o ônus, a consequência é o prejuízo para o próprio desatento. O dever, por outro lado, é imposto em função de um interesse alheio, pelo qual o obrigado não pode escolher entre cumprir ou não cumprir uma imposição legal. Ao

---

<sup>75</sup> GRAU, Eros Roberto. Ônus, dever e obrigação. **Doutrinas Essenciais do Direito Tributário**. v. 1/2011. pp. 139-160, fevereiro 2011.

<sup>76</sup> GRAU, Eros Roberto. Ônus, dever e obrigação. **Doutrinas Essenciais do Direito Tributário**. v. 1/2011. pp. 139-160, fevereiro 2011.

<sup>77</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 25/10/2015.

reconhecer que a mitigação representa para o credor um ônus e não um dever, não se quer dizer que o ordenamento jurídico não imponha ao credor uma norma de conduta. Há sim uma conduta esperada do credor e imposta como corolário da boa-fé objetiva. A conduta socialmente esperada, correta e honesta por parte do credor é que este haja de forma cooperativa e empregue medidas razoáveis para evitar os danos.<sup>78</sup>

A mitigação teria natureza jurídica de norma de conduta que impõe ao credor um ônus e não um dever. Sendo inobservado esse ônus, terá o credor como consequência o impedimento do direito de ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado. Trata-se de defesa, objeção a própria formação da relação jurídica indenizatória.

### **3.4 Norma da mitigação no ordenamento jurídico brasileiro**

Diante dos fundamentos da teoria da mitigação, quais sejam, boa-fé objetiva e a vedação do abuso de direito, mostrar-se-ia de fundamental importância que o ordenamento jurídico concretizasse a norma da mitigação, tratando de forma explícita seu conteúdo. A formulação da norma traria maior concretude as relações por ela abrangidas. Linhas gerais, poder-se-ia defender a norma da mitigação no ordenamento jurídico pátrio de forma explícita, com dispositivos legais específicos que tratassem a respeito da norma da mitigação. Enunciados normativos com os seguintes conteúdos poderiam constar do ordenamento jurídico pátrio: a) o credor não será indenizado pelos danos decorrentes do inadimplemento que pudessem ter sido evitados ou reduzidos com o emprego de medidas ou esforços razoáveis. b) o credor deverá ser indenizado pelas despesas razoáveis feitas na tentativa de evitar ou reduzir danos decorrentes do inadimplemento.<sup>79</sup>

Conforme já superficialmente trazido nos capítulos precedentes, pelo teor contido no item “a” identifica-se o aspecto negativo da norma da mitigação. Tal item seria empregado quando o credor não agiu, ficou-se inerte e, podendo agir, deixou o dano aumentar. O item “b” contempla a possibilidade de que o credor recupere os valores despendidos com as medidas razoavelmente empregadas para mitigar os danos. Vale trazer a tona que, mesmo com a norma da mitigação explícita no ordenamento, esta não perde o caráter de indeterminação na apuração do que seria razoável exigir-se do credor no caso

---

<sup>78</sup> GRAU, Eros Roberto. Ônus, dever e obrigação. **Doutrinas Essenciais do Direito Tributário**. v. 1/2011. pp. 139-160, fevereiro 2011.

<sup>79</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 25/10/2015.

concreto.<sup>80</sup>

O aspecto positivo da norma de mitigação ocorre quando o credor adota medidas para reduzir os danos e tais medidas surtem os efeitos, conseguindo com estas a efetiva minimização dos danos. Como decorrência de tal sucesso em mitigar, será vedado ao credor receber a título indenizatório o que efetivamente conseguiu mitigar. Vale ressaltar que não será excluído do cômputo indenizatório as despesas as quais teve o credor para conseguir sucesso em mitigar os prejuízos.<sup>81</sup>

Como decorrência da boa-fé, bem como da razoabilidade, o credor será indenizado mesmo que suas ações não surtam os efeitos esperados. O que o magistrado deverá analisar, caso a caso, é se diante das possibilidades de condutas que o credor poderia tomar para minimizar, aquela a que escolheu, surtiria os melhores efeitos com os menores custos.

Em relação ao dispêndio de recursos visando mitigar os prejuízos, não será razoável exigir do credor dispendir recursos dos quais não dispõe ou que no final das contas sejam maiores que o prejuízo total. Também não será razoável exigir que para mitigar os danos o credor descumpra um contrato, cometa um ilícito ou renuncie a interesse seu. Para aferir a razoabilidade dos esforços, pode-se utilizar como parâmetro de não exigibilidade aqueles com pequenas chances de evitar o aumento do dano ou aqueles com grande probabilidade de trazer danos ainda maiores. Medidas que visem à humilhação do credor também não serão razoáveis.<sup>82</sup>

Caberá certa flexibilidade do magistrado ao analisar o caso concreto para aferir o que era razoável ou não em um delimitado espaço de tempo em que seria cabível as medidas de mitigação. Deverá fazer uma ponderação das possibilidades disponíveis ao alcance do credor, e valorar se, dentre essas, o credor escolheu a possibilidade mais eficaz visando mitigar os danos. Analisará também se os custos dos esforços adotados, no momento em que foram escolhidos pelo credor, detinham um valor menor do que o dano que o credor buscou evitar.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. *O Duty to Mitigate the Loss* no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**. v. 45/2011, pp.89-144, março 2011.

<sup>81</sup> TIBURCIO, Carmen. Consequências do inadimplemento contratual na Convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias (CISG). **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 37/2013. pp. 167-183, junho 2013.

<sup>82</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 25/10/2015.

<sup>83</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 25/10/2015.

Importante frisar que não será toda e qualquer despesa feita pelo credor que deverá ser indenizada. Podem existir situações em que o credor, agindo de má-fé, incrementa o dano sob o pretexto de dispende recursos visando mitigar os danos. Diante disso, deve o julgador observar se realmente o credor dispendeu recursos e se, considerando objetivamente seu comportamento, este, ao menos em abstrato, teria o condão de minimizar os prejuízos.

### **3.5 *Duty to mitigate the loss* na jurisprudência pátria e a importância da preservação dos recursos públicos**

A teoria da mitigação encontra um relevante respaldo na jurisprudência brasileira, conforme se observa dos seguintes precedentes:

**APELAÇÃO. COBRANÇA. TAXAS CONDOMINIAIS VENCIDAS. BOA-FÉ OBJETIVA. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. ARTIGO 77 DA CONVENÇÃO DE VIENA. OFENSA NÃO CONFIGURADA. PREVISÃO DO ARTIGO 475-J DO CPC. MERA ADVERTÊNCIA. 1. O DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO (DUTY TO MITIGATE DE LOSS) CONSUBSTANCIA-SE NO DEVER DO CREDOR QUE, TÃO LOGO TOME CONHECIMENTO DA MORA POR PARTE DO DEVEDOR, INGRESSE COM A MEDIDA CABÍVEL, A FIM DE SATISFAZER SEU CRÉDITO, DE MODO A NÃO AUMENTAR O PREJUÍZO DO DEVEDOR. 2. NÃO SE EVIDENCIA NOS AUTOS, QUALQUER VIOLAÇÃO À BOA-FÉ DO AUTOR, A FIM DE INVIABILIZAR A COBRANÇA DAS TAXAS CONDOMINIAIS NÃO PAGAS. 2.1. O FATO DE A AÇÃO TER SIDO PROPOSTA MAIS DE DOIS ANOS APÓS A MORA DA DEVEDORA NÃO CONFIGURA OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, POIS AO CREDOR PERTENCE A FACULDADE DE DECIDIR QUAL É O MOMENTO PARA COBRAR A DÍVIDA. 3. A SIMPLES PREVISÃO NA SENTENÇA DA APLICAÇÃO DO ART. 475-J DO CPC BUSCOU, TÃO SOMENTE, ADVERTIR A PARTE REQUERIDA QUE CASO NÃO SATISFAÇA A OBRIGAÇÃO CONFORME COMINADO NA SENTENÇA, PODERÁ SOFRER AS CONSEQUÊNCIAS CONTIDAS NO ARTIGO 475-J DO CPC. 4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.**

**(TJ-DF - APC: 20120410097209 DF 0009435-97.2012.8.07.0004, Relator: JOÃO EGMONT, Data de Julgamento: 31/07/2013, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/08/2013 . Pág.: 173) <sup>84</sup>**

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. DÉBITOS POSTERIORES NÃO DISCUTIDOS NA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO. CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. BOA-FÉ OBJETIVA. VIOLAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO**

<sup>84</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20120410097209. Ação de cobrança. Taxas condominiais vencidas. Boa-fé objetiva. Duty to Mitigate the Loss. Artigo 77 da Convenção de Viena. Ofensa não configurada. Previsão do art. 475-J do CPC. Mera advertência. Relator: João Egmont, 31 de julho de 2013. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 25/11/2015.

CARACTERIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. QUANTUM. MANUTENÇÃO. 1. **Compreendendo a causa de pedir da ação declaratória de inexistência de débito faturas pela prestação de serviço de água e esgoto não abrangidas pela sentença transitada em julgado nos autos da ação de cobrança, afasta-se a preliminar de coisa julgada quanto ao período.** 2. **Permitindo a credora que a proprietária ou ocupante do imóvel usufruísse dos serviços de água e esgoto por mais de quatro anos sem a devida contraprestação, deixando de mitigar os próprios prejuízos na expectativa de que o devedor seria responsabilizado pelo dano que se tornou extenso e penoso desnecessariamente, deve suportar as conseqüências de sua inércia, o que implica reconhecer a inexigibilidade do débito no período questionado. Duty To Mitigate The Loss.** 3. Para a incidência das sanções por litigância de má-fé, é necessária a prova inconteste de que a parte praticou quaisquer das condutas descritas no artigo 17 do Código de Processo Civil, bem como elementos atinentes à existência de ato doloso e de prejuízo. Presente a percepção de que a hipótese reflete apenas o exercício dialético do direito de ação mediante o confronto de teses e argumentos, evidencia-se a não ocorrência dos referidos pressupostos, o que conduz ao não cabimento da pleiteada condenação por litigância de má-fé. 4. Fixados os honorários advocatícios em patamar condizente com o trabalho desempenhado pelos causídicos, levando-se em consideração não apenas a complexidade da matéria ou o tempo de tramitação do feito, mas, também, o compromisso ético e científico do patrono com a realização do direito em questão, não há que se falar em majoração. 5. Apelação conhecida e não provida.

**(TJ-DF - APC: 20110110655586 DF 0019020-22.2011.8.07.0001, Relator: SIMONE LUCINDO, Data de Julgamento: 25/03/2015, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 13/04/2015 . Pág.: 194)**<sup>85</sup>

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BENS NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE ATO LESIVO DA UNIÃO. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO. 1. Hipótese em que a parte autora pleiteia o pagamento de indenização por danos morais, sob o argumento de ter sofrido indevida penhora de bens no curso de execução fiscal, quando o débito já se encontrava parcelado e, em seguida, quitado. 2. A documentação acostada aos autos revela que a propositura da execução fiscal e a ordem de citação e penhora ocorreram antes da formalização do parcelamento, sendo certo que a continuidade do processo executivo se deveu também à inércia da parte executada em comunicar o juízo que o débito havia sido parcelado. Tratava-se de providência singela, que poderia ter sido transmitida até ao próprio meirinho responsável pelo cumprimento do mandado de intimação. 3. **O princípio da boa-fé objetiva impunha à executada, nessa situação, tomar as providências necessárias para mitigar sua suposta perda (é o que a doutrina chama de "duty to mitigate the loss"). Não o fazendo, tem-se que sua inércia contribuiu decisivamente para o suposto constrangimento que afirma ter sofrido.** 4. Inexistência de prova nos autos acerca da suposta constrição judicial de bens da apelante, nem mesmo da indicação destes à penhora. 5. A mera intimação para prestar informações no processo acerca da existência de inventário aberto não é fato que enseje sofrimento, dor ou constrangimento capaz de acarretar dano moral, de modo que agiu corretamente o juízo a quo ao indeferir a pretensão indenizatória. 6. Apelação desprovida.

**(TRF-5 - AC: 332489 CE 0000350-25.2001.4.05.8100, Relator: Desembargador**

<sup>85</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20110110655586. Ação declaratória de inexistência de débito. Coisa julgada. Inocorrência. Débitos posteriores não discutidos na sentença transitada em julgado. Serviço de água e esgoto. Inadimplência do usuário. Continuidade na prestação do serviço. Duty to mitigate the loss. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Boa-fé objetiva. violação. Relator: Simone Lucindo, 31 de março de 2015. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 25/11/2015.

**Federal Leonardo Resende Martins (Substituto), Data de Julgamento: 03/09/2009, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário Eletrônico Judicial - Data: 18/09/2009 - Página: 462 - Ano: 2009** <sup>86</sup>

Conforme se depreende dos julgados acima trazidos, a jurisprudência pátria tem se mostrado favorável a aplicação da teoria da mitigação em sede de responsabilidade civil. Destaca-se à sua aplicação em sede de responsabilidade civil contratual, porém, como já demonstrado ao longo do presente trabalho, pode-se perfeitamente aplicá-la a responsabilidade civil extracontratual. O que se objetiva na teoria da mitigação é a extensão dos prejuízos e a sua consequente indenização e não a origem do dano, o que, em tese, tornaria desnecessário fazer a distinção entre responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

Conforme se observa da fundamentação dos julgados acima, a doutrina fundamenta a aplicação da teoria da mitigação com base, principalmente, na inobservância da boa-fé pelo credor. É recorrente a relevância dos aspectos negativos do *duty to mitigate the loss*, ao passo que na maioria dos julgados acima, visualizou-se a aplicação da teoria da mitigação por ter o credor ficado inerte em tomar medidas capazes de mitigar os prejuízos. Outro importante aspecto trazido mostra-se quanto a natureza jurídica da norma da mitigação, ao passo que a consequência jurídica dada a inobservância de condutas mitigatórias é a redução da indenização, reforçando o já anteriormente exposto quanto a natureza jurídica de ônus dessa norma.

A aplicação da teoria da mitigação na responsabilidade civil do Estado visa garantir a racionalização dos recursos públicos. O Estado possui o dever de garantir os diversos serviços e atividades de interesse coletivo, tendo o dever de assegurar a todos os direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição Federal. Sendo assim, o ordenamento jurídico deve velar pela racional aplicação dos recursos públicos, garantindo a redução da indenização caso o credor não observe o seu ônus de mitigar.

---

<sup>86</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª região. Ação condenatória CE nº 0000350-25.2001.4.05.8100. **Direito administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Danos Morais. Inscrição em dívida Ativa. Execução fiscal. Penhora de bens não demonstrada. Inexistência de ato lesivo da União. Desprovisionamento da Apelação.** Relator: Desembargador Federal Leonardo Resende Martins, 03 de setembro de 2009. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 25/11/2015.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o escopo de sintetizar as noções expostas durante esta pesquisa, oportuno demonstrar de forma pragmática, os passos mais importantes deste trabalho monográfico.

De início, foi demonstrado como a responsabilidade surge e sua evolução aos parâmetros atuais. Deu-se enfoque a responsabilidade civil do Estado, desde o momento em que existia a irresponsabilidade estatal por seus atos, passando pelas primeiras imputações de responsabilidade a este ente, nas quais a demonstração do elemento culpa, pelo lesado, era imprescindível, até a atual responsabilidade civil objetiva do Estado.

Ato contínuo, passou-se a trazer considerações iniciais sobre a teoria da mitigação. A doutrina passou-se a debruçar sobre esta teoria ao passo que, antes dela, preocupava-se muito com a reparação integral do dano, sem se levar em consideração a conduta do credor após a ocorrência desse. Deste modo, em sede de indenização, antes do *duty to mitigate the loss* pode-se afirmar que não se tinha estudos, ou pelo menos com um certo grau de repercutibilidade, que objetivassem o reconhecimento de um ônus de mitigar por parte do credor, impondo ao devedor a reparação integral do dano, abarcando esta integralidade inclusive os danos evitáveis.

Mostrou-se como a teoria da mitigação se aplica nos países estrangeiros que a adotam. Mesmo naqueles em que o ônus de mitigar não decorre de uma legislação expressa, referido ônus é decorrência das reiteradas decisões dos tribunais, os quais extraem nos princípios e cláusulas gerais do ordenamento o “dever” de mitigar. Trazendo para um lado mais concreto, vislumbrou-se, em casos práticos, como o ônus de mitigar foi descumprido, gerando como consequência, a redução do montante indenizatório a que faz jus o credor. Em um apego a técnica, pode-se dizer que, o *quantum* que irá se descontar do montante indenizatório não será devido pelo credor, por não ter mitigado os prejuízos, sendo indenizado integralmente pelo que lhe é devido.

O aspecto razoabilidade foi enfatizado em se tratando do ônus de mitigar. A responsabilidade civil evoluiu no sentido de dar primazia reparação do dano, e este fator não é desconsiderado. Corroboram o afirmado alhures os comportamentos que não são exigidos do credor em sua tarefa de mitigar o prejuízo. Atos que importem humilhação, dispêndio de mais recursos dos quais provavelmente iria ganhar acaso fosse indenizado integralmente, bem como o risco de ser levado a insolvência, são exemplos de condutas que não são exigidas do

credor.

Como a teoria da mitigação originou-se na responsabilidade civil contratual, mostrou-se necessário abarcar as similitudes dessa e a responsabilidade extracontratual afim de fortalecer a aplicação dessa teoria para além das relações convencionais. Linhas gerais, prega-se que a origem do dever de indenizar na responsabilidade extracontratual origina-se de um ilícito, enquanto que na relação contratual, o dever origina-se da violação de disposições contratuais. Desmistificando tal separação, dar-se como exemplo a violação de um contrato no qual não existe cláusula dispondo sobre o inadimplemento. Nesses casos, o dever de indenizar irá permanecer, visto que este decorre não necessariamente da violação de cláusulas previamente postas, mas sim das normas imperativas do ordenamento jurídico que assim determinam acaso haja o inadimplemento. Desta feita, em ambas as responsabilidades, o dever de indenizar origina-se da prática de um ilícito.

Foi constatado que, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da mitigação vem sendo aplicada como corolário do princípio da boa-fé e na teoria do abuso de direito. Conforme jurisprudência colacionada, o dever de mitigar vem sendo cada vez mais aceito pelos tribunais pátrios em se tratando de responsabilidade civil. Com o escopo de garantir maior segurança as relações jurídicas envolvendo o dever de indenizar, imperioso se faz a expressa previsão do ônus de mitigar por parte do credor, impedindo grandes discrepâncias no entendimento acerca desse ônus bem como a sua inaplicabilidade sob o argumento de não estar expressamente previsto no ordenamento.

Para além da preservação dos recursos no âmbito privado, a teoria da mitigação, se aplicada em sede de responsabilidade civil extracontratual estatal, gerará benefícios ao Estado, garantindo a preservação de recursos públicos. Diante das diversas ações impetradas em face do Estado pugnando pela reparação de eventuais danos causados por seus agentes, a norma da mitigação terá como função “filtrar” a amplitude dos prejuízos, desincubindo o ente público de indenizar os danos classificados como evitáveis. Apenas como exemplo, pode-se citar o caso em que um indivíduo, após colidir seu veículo junto a uma viatura policial, recusa-se ao atendimento de primeiros socorros, gerando como consequência uma infecção, para a qual teve que despender vultuosos recursos econômicos para o seu tratamento.

Pela norma da mitigação, o ente público seria compelido a indenizar até o momento em que o credor recusou-se a ser submetido a um simples atendimento de primeiros socorros. É plenamente razoável que, diante de um ferimento, o lesado submeta-se aos procedimentos necessários para que eventuais sangramentos sejam estancados. Desta feita, os

prejuízos provenientes da infecção deverão ser excluídos do montante indenizatório, pois essa parcela consubstancia-se em prejuízos evitáveis, ônus de evitá-los imposto ao credor, o qual, no presente caso, não foi observado. Desta feita, a aplicação da norma da mitigação em sede de responsabilidade civil extracontratual do Estado e sua expressa previsão no ordenamento jurídico trará inúmeros benefícios ao ente público, preservando recursos públicos e garantindo uma justa indenização.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Miguel. A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. **Revista dos Tribunais**. v. 809/2003. pp. 11-27, março 2003.

AZI, Camila Lemos. A lesão como forma de abuso de direito. **Revista dos Tribunais**. v. 826/2004. pp. 38-57, agosto 2004.

BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 13/1995. pp. 42-55, março 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Daniel Pires Novaes. O Duty to Mitigate the Loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**. v. 45/2011, pp.89-144, março 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.  
DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, Ba-Fé processual e Supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. **Revista de Processo**. v. 171/2009. pp. 35-48, maio 2009.

DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, Abuso de Direito e o Novo Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. v. 817/2003. pp. 50-78, novembro 2003.

FLUMIGNAN, Silvano J. G. **O dever de mitigar o prejuízo (Duty to Mitigate the Loss) e a Responsabilidade Civil do Estado**. Disponível em:< <http://anape.org.br>> . Acesso em: 07/09/2015.

GRAU, Eros Roberto. Ônus, dever e obrigação. **Doutrinas Essenciais do Direito Tributário**. v. 1/2011. pp. 139-160, fevereiro 2011.

LARENZ, Karl. Culpa in Contraendo, Dever de Segurança no Tráfico e “Contato Social. **Revista de Direito Privado**. v. 34/2008. pp. 343-352, junho 2008.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. v. 19/2004. pp. 260-269, setembro 2004.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 07/09/2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. A Responsabilidade civil pelo descumprimento da cláusula geral de boa-fé nos contratos. **Revista dos Tribunais**. v. 866/2007, pp.67-98, dezembro 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **A reparação do dano e a quantificação da indenização no novo Código Civil** .1.ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** .1.ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5.ed.São Paulo Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor: esboço do tema e primeira abordagem**. Disponível em: < <http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 04/11/2015..

TIBURCIO, Carmen. Consequencias do inadimplemento contratual na Convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias (CISG). **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 37/2013. pp. 167-183, junho 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Responsabilidade civil**.6.ed.São Paulo: Atlas, 2006.