

RECURSO ESPECIAL Nº 758.518 - PR (2005/0096775-4)

RELATOR : **MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)
RECORRENTE : MURETAMA EDIFICAÇÕES E EMPREENDIMENTOS
LTDA
ADVOGADO : PATRÍCIA NYMBERG E OUTRO(S)
RECORRIDO : SÉRGIO MECA DE LIMA
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) (RELATOR): Trata-se de recurso especial interposto por MURETAMA EDIFICAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA, com arrimo na alínea "a" inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribuna de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESPONSABILIDADE DO PROMISSÁRIO-COMPRADOR INADIMPLENTE. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

A promitente-vendedora tem também o dever de evitar o agravamento do dano causado pelo inadimplemento e procurar recuperar a posse da unidade, abandonada pelo promissário-comprador, o mais rápido possível. Assim não procedendo, o inadimplemento não responde pelo pagamento dos meses correspondentes à inércia da compromitente.
Apelação provida em parte. (fl. 115)

Opostos aclaratórios (fls. 127 e 128), não foram acolhidos (fls. 137 a 139).

Sustenta a recorrente violação dos arts. 1.057 do Código Civil de 1916, 392 do Código Civil de 2002, 53, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento de que a demora no ajuizamento da ação de reintegração de posse jamais poderia acarretar penalidade para o vendedor.

Alega que o promitente-comprador deixou de cumprir com a sua parte na avença, por isso deve ser obrigado a pagar a totalidade das parcelas de fruição, uma vez que a responsabilidade pela devolução do imóvel é daquele.

Aduz que nos contratos bilaterais, as partes responderão por culpa, por ocasião

Superior Tribunal de Justiça

da inexecução de suas obrigações, motivo pelo qual se evidencia a responsabilidade do comprador pelo abandono do imóvel.

Enfatiza ter agido de boa-fé, pois intentou a ação dentro do prazo prescricional de 20 (vinte anos).

Afirma ter direito à indenização pela totalidade do período, compreendido entre a data da ocupação do imóvel até o cumprimento da medida de reintegração de posse.

Contrarrazões a fls. 163.

É o breve relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 758.518 - PR (2005/0096775-4)

**RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**
**RECORRENTE : MURETAMA EDIFICAÇÕES E EMPREENDIMENTOS
LTDA**
ADVOGADO : PATRÍCIA NYMBERG E OUTRO(S)
RECORRIDO : SÉRGIO MECA DE LIMA
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

VOTO

**O SENHOR MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) (RELATOR):** Cinge-se a controvérsia em saber se o promitente-vendedor pode ser penalizado pelo retardamento no ajuizamento de ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização, sob o fundamento de que a demora da retomada do bem se deu por culpa do credor, em razão da não observância, por parte deste, do princípio da boa-fé objetiva.

O egrégio Tribunal *a quo*, ao dirimir a lide, assentou que, não obstante o direito do promitente-vendedor à indenização pelo tempo em que o imóvel ficou em estado de não-fruição (período compreendido entre a data do início inadimplemento das prestações contratuais até o cumprimento da medida de reintegração de posse), a extensão da indenização deve ser mitigada (na razão de um ano de ressarcimento), em face da inobservância do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista o ajuizamento tardio da demanda competente, *verbis*:

[...]

A r. sentença reconheceu o direito da apelante à indenização pela privação do uso do imóvel até dezembro de 1999, mês do abandono da unidade pelo compromissário-comprador de acordo com a MMA. Juíza. Sustenta-se no recurso, entretanto, que não se conhece do momento exato da desocupação, mas que logo seria certo: o recorrido teria de necessariamente colocar o imóvel à disposição da recorrente e que como isso não ocorreu, os prejuízos se estenderam até a sentença que resolveu o contrato de compromisso de compra e venda e ordenou a reintegração da promitente-vendedora na posse do imóvel.

[...]

Ainda, enquanto não reintegrada na posse, a apelante não poderia dispor do imóvel, alugá-lo, por exemplo, o que ele somente veio a conseguir em 10 de fevereiro de 2004 (fls. 88 a 91).

Mas neste ponto uma circunstância influi de algum modo. Embora o contratante inadimplente cause danos com o seu comportamento, a contraparte também tem deveres, mesmo sendo vítima de um ato ilícito. Ela não pode concorrer para o agravamento dos prejuízos; tão-logo se inteire do ocorrido, deve, embora sem esforços excepcionais, procurar evitar ao máximo outras repercussões danosas, adotar prontamente as medidas necessárias à proteção dos seus interesses:

[...]

Ao lado do fundamento da boa-fé objetiva, um dos requisitos da própria responsabilidade civil, o nexo de causa e efeito, bastaria para justificar a imputação do agravamento à própria vítima, ao menos nas relações de consumo: a mesma razão que preside a culpa concorrente ou exclusiva da vítima na definição do dever de indenizar está presente no agravamento do dano. Também aqui há um dever de abstenção ou de agir, conforme o caso, para que os danos não desbordem de uma ordem natural atrelada à respectiva causa originária, imputável ao ofensor, mais ainda nas relações de consumo, em que a proteção do consumidor constitui um dos princípios fundamentais no Código do Consumidor e que, como desdobramento, não isente o fornecedor de responsabilidade ainda que o consumidor proceder com culpa [...].

E ao mencionar o documento de fl. 34, a apelante situou o abandono do imóvel em setembro de 2001, ou um pouco antes, cerca de um ano antes do ajuizamento da demanda. Ela também não justificou a demora na propositura da ação de resolução e nem por que não tomou antes a iniciativa de averiguar a situação da unidade (se o apartamento ainda estava ocupado ou não), embora o inadimplemento datasse do ano de 1994 e a última notificação do recorrido de 1998. Uma situação como a dos autos impunha um comportamento mais ativo da promitente-vendedora, principalmente em verificar se o promissário-comprador continuava ou não na posse do imóvel. Embora este não a procurasse ou não a notificasse formalmente para restituir-lhe a posse do apartamento, ela estava adstrita a agir, ou ao menos justificar nos autos a sua inércia, a demora em verificar o imóvel e adotar uma posição de defesa eficiente dos seus interesses e, assim, evitar o agravamento do dano. Se fosse diligente e ajuizasse a demanda prontamente, por certo teria recuperado a posse do imóvel bem antes, e nessa medida, a despeito também da atitude do recorrido, ela concorreu para a não-fruição da unidade por mais tempo. E isso influi decisivamente na determinação da indenização. Como a demora deve ser debitada à apelante, é de se excluir do ressarcimento a privação do uso por um ano, e para o cálculo da indenização dever-se-á considerar a demanda como proposta em 16 de outubro de 2001, por ficção, situando-se, portanto, o termo *ad quem* da indenização em 10 de fevereiro de 2003 (o que corresponde ao tempo transcorrido entre o ajuizamento da demanda e o cumprimento do mandado de reintegração de posse, 15 meses e 25 dias).

Superior Tribunal de Justiça

[...] (fls. 117 a 122) (grifou-se) (Rel. Juiz Convocado Albino Jacomel Guérios)

Correta a decisão recorrida.

Inicialmente, cumpre destacar que o princípio da boa-fé objetiva contrapõe-se ao ideário patrimonialista e individualista vigente na ordem civil de 1916. Funda-se esta preposição na nova ordem constitucional, em que o princípio da dignidade humana ganha contornos de norma irradiadora e delimitadora de direitos. Desse modo, a boa-fé objetiva constitui a efetivação da proteção da dignidade da pessoa humana nas relações obrigacionais, pois circunscreve os limites éticos das relações patrimoniais entre os contratantes.

A propósito do tema, discorre Nelson Rosenvald:

A dignidade da pessoa humana é simultaneamente valor e princípio, constituindo elemento decisivo na afirmação de qualquer Estado Democrático de Direito, assumindo proporção de cláusula geral, apta a condicionar e conformar todo tecido normativo.

Cogitando de um sistema aberto, cuja supremacia axiológica é referida pela dignidade da pessoa humana, o Direito Civil e a Constituição manterão intenso vínculo comunicativo, com repercussão material dos princípios que lhes são comuns. Nesta constante travessa, a boa-fé é sentida como a concretização do princípio da dignidade no campo das obrigações.

[...]

Ao abordarmos as relações jurídicas, podemos defini-las em dois níveis: relações afetivas e relações negociais. Naquelas, a dignidade da pessoa humana é concretizada no Direito Civil pela cláusula geral da comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC). Já nas relações obrigacionais, o supremo princípio constitucional é concretizado pelas especificações da boa-fé objetiva. Os negócios jurídicos formam a disciplina para a regulação genérica das relações sociais.

O princípio da boa-fé atuará como enquadramento constitucional do Direito das Obrigações, na medida em que a consideração pelos interesses que a parte contrária espera obter de uma dada relação contratual, mais não é que o respeito à dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito negocial.

[...]

A boa-fé significa a mais próxima tradução da confiança, que é o esteio de todas as formas de convivência em sociedade.

A despatrimonialização do direito privado, representada pela célere opção pelo "ser" sobre o "ter" é legítima tanto pela Constituição Federal como pelo novo Código Civil. Este resgatará a centralidade do direito privado, não mais com uma pretensão de totalidade, mas em um ideal de flexibilidade do

Superior Tribunal de Justiça

sistema, permitindo o constante intercâmbio e reenvio naquilo que há de comum com a Constituição ou outras normas. (ROSENVALD, Nelson; Farias, Cristiano Chaves de. *Direito das obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 61 e 62)

Assim, a boa-fé objetiva afigura-se como *standard* ético-jurídico a ser observado pelos contratantes em todas as fases contratuais. Ou seja, durante as diversas etapas do contrato, a conduta das partes deve ser pautada pela probidade, cooperação e lealdade.

Destarte, a boa-fé objetiva é fonte de obrigação que permeia a conduta das partes a influir na maneira em que exercitam os seus direitos, bem como no modo em que se relacionam entre si. Neste rumo, a relação obrigacional deve ser desenvolvida com o escopo de se preservarem os direitos dos contratantes na consecução dos fins avançados, sem que a atuação das partes infrinja os preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

Com esse entendimento, avulta-se o dever de mitigar o próprio prejuízo, ou, no direito alienígena, *duty to mitigate the loss*: as partes contratantes da obrigação devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. Desse modo, a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, pois a sua inércia imporá gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade.

A respeito da aplicabilidade do aludido dever, impende ressaltar a pioneira lição da eminente doutrinadora gaúcha, Véra Maria Jacob de Fradera:

[...]

Já o Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 422, aproxima-se da idéia do legislador da Convenção de Viena de 1980, ao impor certo comportamento a ambos os contratantes. Assim, segundo o mencionado dispositivo legal, *Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé* (grifo nosso).

Isto posto, surge a indagação: seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss* em matéria contratual?

Acreditamos ser possível esta recepção. Antes, porém, necessitamos realizar uma série de indagações, para chegar ao fundamento desta, por ora, apenas

mera possibilidade de acolhimento do conceito pela doutrina e pelos tribunais brasileiros. O esforço deve valer a pena, pois inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro com situações em que o credor se mantém inerte face o descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda.

[...]

Não cumprindo o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções, seja com base na proibição de *venire contra factum proprium*, seja em razão de ter incidido em abuso de direito, como ocorre em França.

No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual.

A consideração do dever de mitigar como dever anexo, justificaria, quando violado pelo credor, o pagamento de perdas e danos.

Como se trata de um dever e não de obrigação, contratualmente estipulada, a sua violação corresponde a uma culpa delitual.

[...] (FRADERA, Véra Maria Jacob. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* in: Revista trimestral de direito civil. RTDC, v. 5, n.19, jul/set, 2004, pág. 110 e 118)

Vale ressaltar, também, o magistério de Flávio Tartuce:

Conceito também interessante relacionado com o princípio da boa-fé objetiva é a mitigação do próprio prejuízo ou, na expressão inglesa, *duty to mitigate the loss*. [...]

Exemplificando, no caso de uma locação, haveria um dever por parte do locador de ingressar tão logo seja possível com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida atinja valores excessivos. O mesmo argumento vale para os contratos bancários, não podendo a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros previstas no instrumento contratual, a dívida alcance montantes astronômicos.

A título de exemplo de aplicação da tese, vale aqui citar interessante sentença prolatada pelo Juiz de Direito Silas Silva Santos, então magistrado na Comarca de Macaraí, Estado de São Paulo. Em caso envolvendo um contrato de arrendamento rural, o magistrado aplicou o *duty to mitigate the loss*, para configuração da mora dos arrendatários. Isto porque os arrendantes assumiram o dever de corte de árvores na área locada, dever este não cumprido e invocado pelos arrendatários para fundamentar a exceção do contrato não cumprido. Entretanto, como os arrendatários não utilizaram desse seu direito em momento oportuno, não atenderam ao dever

de mitigar a perda. Consta da r. sentença: "Aplicando-se ao caso dos autos o *duty to mitigate de loss*, tenho para mim que os arrendatários não pautaram suas condutas segundo os ditames da boa-fé objetiva. É que, embora favorecidos pela obrigação de os arrendadores conseguirem autorização para o corte das árvores, os réus não adotaram conduta compatível com o interesse de atenuar o próprio prejuízo, na consideração de que não havia prazo para o cumprimento da famigerada cláusula décima. Por isso é que, uma vez mais, não se dá guarida à tese invocada pelos réus. Por todos esses fundamentos, não vejo como excluir a mora dos arrendatários, cuja purgação sequer foi requerida, sem que para tanto houvesse qualquer justificativa idônea, já que excluída a viabilidade, *in casu*, do acolhimento da *exceptio non adimpleti contractus*." (TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, pág. 209 a 211)

Sobre o tema, importante lembrar a doutrina de Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto:

2. DUTY TO MITIGATE THE LOSS

Vista a relevância da vítima para o estabelecimento da indenização adequada, trato de instituto que vem sendo desenvolvido no direito estrangeiro e que começa a ser estudado no direito brasileiro. Trata-se do *duty to mitigate the loss*, ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor. O fundamento para esse dever está diretamente ligado ao dever de boa-fé que deve existir entre os contratantes e entres os indivíduos, em geral.

Tem-se como conceito de boa-fé o dever de agir, nas relações sociais, de acordo com certos padrões mínimos de conduta socialmente recomendados, de lealdade, correção ou lisura, aos quais correspondem expectativas legítimas das pessoas. (PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. *Responsabilidade extracontratual - Algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização*. in: Revista da Emerj, v.11, n.44, 2008, p. 135 e 136)

Consolidando a tese exposta, editou-se o Enunciado n. 169 do Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil:

O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Impende destacar, ainda, que a aplicabilidade do referido princípio é vislumbrada no âmbito do processo civil por Fredie Didier Jr.:

Remanesce a dúvida: toda essa construção teórica, criada para o universo do direito privado, pode ser aplicada por extensão ao direito processual? Certamente que sim.

É lícito conceber a existência de um dever da parte de mitigar o próprio

prejuízo, impedindo o crescimento exorbitante da multa, como corolário do princípio da boa-fé processual, cláusula geral prevista no art. 14, II, do CPC.

Como já se disse, o princípio da boa-fé processual é decorrência da expansão do princípio da boa-fé inicialmente pensado no direito privado. Esse princípio implica a proibição do abuso do direito e a possibilidade de ocorrência da *supressio*, figura, aliás, que é corolário da vedação ao abuso. Se o fundamento do *duty to mitigate the loss* é o princípio da boa-fé, que rege o direito processual como decorrência do devido processo legal, pode-se perfeitamente admitir a sua existência, a partir de uma conduta processual abusiva, no direito processual brasileiro.

Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (*supressio*), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso de direito. Trata-se, pois, de mais um *ilícito processual caducificante*. (DIDIER JR., Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *in*: Revista de processo. a. 34, 1. 171, maio, 2009, pág. 48)

Da análise do contexto da lide, não se divisa qualquer ilegalidade a ser reparada, porquanto a Corte originária considerou inadimplido o dever de mitigar o próprio prejuízo, oriundo do princípio da boa-fé objetiva.

Conforme noticiado nos autos, o promitente-comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em setembro de 2001. Contudo o credor só realizou a defesa de seu patrimônio em 17 de outubro de 2002, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização, situação que evidencia o descaso com o prejuízo sofrido, *verbis*:

[...]

E ao mencionar o documento de fl. 34, a apelante situou o abandono do imóvel em setembro de 2001, ou um pouco antes, cerca de um ano antes do ajuizamento da demanda. Ela também não justificou a demora na propositura da ação de resolução e nem por que não tomou antes a iniciativa de averiguar a situação da unidade (se o apartamento ainda estava ocupado ou não), embora o inadimplemento datasse do ano de 1994 e a última notificação do recorrido de 1998. Uma situação como a dos autos impunha um comportamento mais ativo da promitente-vendedora, principalmente em

Superior Tribunal de Justiça

verificara se o promissário-comprador continuava ou não na posse do imóvel. Embora este não a procurasse ou não a notificasse formalmente para restituir-lhe a posse do apartamento, ela estava adstrita a agir, ou ao menos justificar nos autos a sua inércia, a demora em verificar o imóvel e adotar uma posição de defesa eficiente dos seus interesses e, assim, evitar o agravamento do dano. Se fosse diligente e ajuizasse a demanda prontamente, por certo teria recuperado a posse do imóvel bem antes, e nessa medida, a despeito também da atitude do recorrido, ela concorreu para a não-fruição da unidade por mais tempo. E isso influi decisivamente na determinação da indenização.

[...] (fl. 121)

Desse modo, verifica-se que a recorrente descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

Ademais, não prospera o argumento da recorrente de que a demanda foi proposta dentro do prazo prescricional, pois, como já exposto, o não exercício do direito de modo ágil, fere o preceito ético de não impor perdas desnecessárias nas relações contratuais.

Portanto, a conduta da ora recorrente, inegavelmente, viola o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.