

A Aplicação do Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório¹ na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Algumas Reflexões

*The Application of the Principle of Prohibition of Contradictory Behavior in Superior Court of Justice:
Some Reflections*

Guilherme Magalhães Martins*
Gustavo Livio Dinigre**

Resumo

A repugnância ao comportamento incoerente e a musicalidade do brocardo latino – *venire contra factum proprium* – tem encantado a comunidade jurídica brasileira. Nas últimas décadas, o princípio da proibição do comportamento contraditório ganhou destaque na doutrina e na jurisprudência pátrias. Contudo, observa-se que, não raras vezes, o *venire contra factum proprium* é utilizado como arma contra todos os comportamentos incoerentes, não se atentando para a configuração dos seus pressupostos de aplicação. Assim, fundamental se faz uma análise de seus fundamentos e requisitos, a fim de evitar as indesejadas consequências que a superutilização do instituto pode acarretar, tais como: o enrijecimento das relações sociais e a perda da verdadeira essência do instituto, que é a tutela da legítima expectativa fundada na confiança.

Abstract

The repugnance to the incoherent behavior and the musicality of the latin expression venire contra factum proprium has delighted everyone. In the last decades, the principle of forbiddance the contradictory behavior is gaining prominence in doctrine and jurisprudence

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFRJ. Doutor e mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ.

** Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Integrante do grupo de pesquisa: O *venire contra factum proprium* na jurisprudência do STJ. Bolsista em projeto de iniciação científica financiado pela FAPERJ.

¹ No presente trabalho, será utilizada a nomenclatura de *venire, venire contra factum proprium, Nemo potest venire contra factum proprium*, teoria dos atos próprios e princípio de proibição do comportamento contraditório como sinônimos.

of Brazil. However, the *venire contra factum proprium* has been used as a weapon against all contradictory behaviors, don't noting their specific requirements. Therefore, crucial is to analyses their foundations and requirements, in order to avoid the grievous consequences of the overutilization of the institute could have, such as: the stiffening of social relations, and the lost of the true essence of the institute.

Palavras-chave

Venire contra factum proprium; comportamento contraditório; superutilização; boa-fé objetiva; abuso de direito.

Keywords

Venire contra factum proprium; contradictory behavior; overutilization; objective good faith; abuse of rights.

Introdução: o Problema da Superutilização dos Institutos Jurídicos - um Paralelo com a Boa-fé Objetiva no Direito Romano

A proibição ao comportamento incoerente² constitui, pelo seu alto valor retórico, um instituto repleto de sugestividade, nas palavras de Paulo Mota Pinto³. Essa característica decorre naturalmente do equivocado estereótipo de que as condutas contraditórias devem ser coibidas a qualquer custo.

Se é verdade que o instituto vem ganhando força nas últimas décadas, é igualmente verídico que os julgados que o utilizam muitas vezes não atentam à verificação de seus pressupostos. Daí a necessidade de aprofundamento no tema, tendo em vista que a aplicação errônea do *venire* pode acarretar o esvaziamento de seu sentido teleológico, tal como ocorreu com a boa-fé objetiva milênios atrás.⁴

A boa-fé tradicionalmente é classificada em objetiva e subjetiva. A boa-fé objetiva remonta suas raízes aos primórdios do direito romano⁵, e pode ser conceituada como um princípio que zela por aquela conduta objetivamente tida como leal, digna de fidelidade, e pela mútua cooperação, “às quais logo correspondem os conceitos complementares de credibilidade e responsabilidade”.⁶

² Inicialmente, cabe assentar a origem canônica do instituto. Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito: estado de questões e perspectivas*, Disponível em <http://www.oa.pt/>. Acesso em: 04 set. 2013, p. 8.

³ PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.16, outubro/dezembro de 2003, p. 135.

⁴ NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In: *Revista Forense*, vol.351, set. 2000.

⁵ PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.16, outubro/dezembro de 2003, p. 139.

⁶ MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”. In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 231.

Contudo, a época de Justiniano assistiu inerte à queda da boa-fé objetiva. Sua superutilização, principalmente no tocante aos contratos, fez com que seu sentido passasse a ser meramente formal. Partia-se do pressuposto que as partes sempre agiam com boa-fé na execução de seus contratos. E se sempre agiam com boa-fé, era dispensável verificar sua presença, seus fins e seu verdadeiro sentido.⁷

Nessa conjuntura, a boa-fé objetiva ficou jogada ao ostracismo durante milênios. Seu sentido foi esvaziado, justamente por ser utilizada em demasia.⁸ Assim, o direito romano assistiu à decadência da boa-fé objetiva e, em seu lugar, emergiu com força a boa-fé subjetiva, que, segundo Orlando Gomes, “se refere a um estado subjetivo ou psicológico do indivíduo”⁹, na crença sobre determinado estado de coisas.

Séculos se passaram, e a boa-fé subjetiva continuou soberana. A ideia de que o pensamento, a vontade do indivíduo em realizar algum ato sobrestava o ato em si continuava forte, e atingiu seu apogeu com o voluntarismo exacerbado do liberalismo econômico e político do pós-revolução francesa.¹⁰

Coube aos alemães trazer à tona novamente a ideia da conduta objetivamente em si considerada. Em 1850 começaram a surgir decisões no Tribunal de *Lübeck* que revelavam uma respeitável compreensão da boa-fé objetiva.¹¹

No Brasil, o Código Civil de 1916, muito influenciado pelo voluntarismo do Código de Napoleão de 1804, deixou de dar o devido tratamento à boa-fé objetiva¹². Apesar da forte corrente jurisprudencial e doutrinária a favor de sua utilização, somente no Código de 2002 o Brasil passou a contar com dispositivos legais sobre a boa-fé objetiva.

O objetivo não é, entretanto, fazer uma abordagem histórica sobre a boa-fé. Tem-se por mira apenas demonstrar como a banalização de um instituto é perigosa para sua própria sobrevivência. À época do direito romano, a boa-fé objetiva (*bona fides*) era tão utilizada que sua presença passou a ser presumida entre os contratantes, o que acabou provocando seu desuso.

⁷ “A época de Justiniano, última fase do direito romano, assistiu à decadência do conceito de boa-fé objetiva, com a banalização do instituto, cujo sentido passou a ser meramente formal. Partia-se do pressuposto de que as partes sempre atuavam de boa-fé”. NEVES, José Roberto de Castro. *Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. In: *Revista Forense*, vol. 351, set. 2000, p. 163.

⁸ NEVES, José Roberto de Castro. *Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. In: *Revista Forense*, vol. 351, set. 2000.

⁹ GOMES, Orlando, *Contratos*, 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

¹⁰ “Considerava-se e afirmava-se, de facto (sic), que a justificada relação era automaticamente assegurada pelo facto (sic) de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses” ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 35.

¹¹ NEVES, José Roberto de Castro. *Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. In: *Revista Forense*, vol. 351, set. 2000, p. 162.

¹² A boa-fé objetiva era então positivada em um único dispositivo do Código Civil de 1916, o artigo 1443, relativo ao contrato de seguro, nos seguintes termos: “o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

A superutilização de um instituto pressupõe justamente sua expansão indevida e injustificada. E os dias atuais, norteados pelo neoconstitucionalismo, caminham em uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial na tendência de uma aplicação supérflua e desnecessária da boa-fé objetiva. Principalmente os tribunais vêm utilizando o referido princípio indiscriminadamente como solução para todos os litígios e resposta para todos os anseios.

Embora sua amplitude seja enorme, devido à positivação da cláusula geral¹³ da boa-fé objetiva contida no artigo 422 do Código Civil, é preciso soar o alerta sobre os riscos de sua superutilização. Necessário se faz um reexame sobre a extensão de sua atuação, de modo que não se restrinja demais seu campo de aplicação, e nem a utilize em demasia, em casos onde é supérflua sua aplicação.

Igual análise pode ser feita sobre o *nemo potest venire contra factum proprium*, não apenas porque este possui, como principal fundamento, a própria boa-fé objetiva. O instituto em questão encontra grande respaldo na jurisprudência, e a repugnância ao comportamento contraditório vem ganhando tamanha força, que os tribunais superiores o estão utilizando indiscriminadamente, como arma contra qualquer comportamento incoerente.¹⁴

A banalização do instituto, portanto, possui duas principais consequências: em primeiro lugar, esvazia seu sentido, como já ocorreu no direito romano em relação à boa-fé objetiva. Em segundo, acarreta a diminuição forçada e desnecessária da autonomia privada.

Nem todo comportamento contraditório deve ser coibido. Muito pelo contrário, *a priori*, o comportamento incoerente é permitido, e só será proibido quando preencher os requisitos para a aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório.

Tudo muda o tempo todo no mundo, sendo a liberdade de evoluir (e por vezes se contradizer) inerente à ciência e à própria natureza humana, somente devendo ser restringida quando importar em prejuízo à confiança depositada por terceiros, não só no campo reparatório como também nas obrigações de fazer ou não fazer.

O próprio Código Civil vigente prevê algumas regras nas quais se entende que é razoável que o agente venha a se arrepender e tomar uma conduta contraditória à outra assumida por ele anteriormente. A título exemplificativo, confira-se o artigo 791, que assim dispõe sobre os contratos de seguro de vida: “Se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia

¹³ Trata-se de técnica legislativa que tem por finalidade justamente ampliar os horizontes de aplicação de um instituto, por meio de linguagens abertas. A aplicação de cláusulas gerais é a principal ferramenta para concretizar o princípio da operabilidade consagrada no Código. Contudo, isso não significa uma atuação indiscriminada desta cláusula. MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/>. Acesso em: 04 set. 2013.

¹⁴ “O *venire* ficou a dever boa parte de sua carreira à musicalidade de sua forma latina”. MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito: estado de questões e perspectivas*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/>. Acesso em: 04 set. 2013.

de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade". Neste caso, tem-se por lícita a contradição do segurado, na hipótese de prever um beneficiário em seu contrato de seguro, mas por disposição de última vontade ou ato entre vivos, manifesta o desejo de trocar de beneficiário, frustrando a expectativa do substituído de que nessa condição permaneceria.

Existem diversos outros dispositivos que permitem a contradição¹⁵. O que se pretende atentar é que o *venire contra factum proprium* deve ser utilizado com parcimônia¹⁶, e somente se preenchidos os seus requisitos.

Assim, necessário se faz uma análise sobre os fundamentos e requisitos do *venire*, para determinar qual a causa de sua aplicação, e em que casos deve ser invocado, a fim de evitar sua superutilização.

1. O Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório: Conceito, Âmbito de Aplicação e Fundamentos

Em um primeiro olhar, poder-se-ia afirmar que o *venire* é um instituto destinado à tutela da coerência. Nesse sentido, vedaria todo e qualquer comportamento contraditório, buscando sempre a manutenção da coerência em todas as relações.

Contudo, tal assertiva não se mostra verdadeira. O *venire* supera a questão da coerência e, na verdade, protege algo mais importante, que é a legítima confiança criada em uma das partes. Desse modo, não há que se falar em um dever jurídico absoluto de coerência, o que, inclusive, acarretaria graves consequências à maleabilidade e volatilidade dos comportamentos humanos.¹⁷

Após esta primeira observação, indispensável analisar os três principais fundamentos do *venire*: o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da solidariedade social e o valor da segurança jurídica.

Tendo por finalidade primordial a tutela da legítima confiança, o *venire contra factum proprium* possui seu principal fundamento no princípio da boa-fé objetiva¹⁸, já que existe uma nítida correlação entre boa-fé objetiva e confiança. Leciona Menezes Cordeiro: "o princípio da confiança surge como uma mediação entre a boa-fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando,

¹⁵ Como por exemplo, o artigos 428, inciso IV e o artigo 438.

¹⁶ Aliás, esta análise pode se estender para a superutilização dos princípios em geral. Os princípios não tinham, no passado, força normativa vinculante. Agora que o têm, o direito atual passou de um extremo a outro: se antes nem mesmo eram utilizados para resolver casos concretos, hoje as decisões principiológicas são aplaudidas de pé. Passamos de um extremo a outro. Nesse sentido, Daniel Sarmento oferece oportuna crítica ao exagero oportunizado pelo ambiente neoconstitucionalista: "Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calçadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão". SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em <http://isisbollbastos.wordpress.com/>. Acesso em: 04 set. 2013.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed., rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas”.¹⁹

Segundo a melhor doutrina, a boa-fé objetiva possui tríplice função em nosso ordenamento: a primeira delas é a função interpretativa (ou hermenêutica), disposta no artigo 113 do Código Civil. A segunda é a função integrativa, contida na cláusula geral disposta no artigo 422 do Codex. Por fim, a boa-fé objetiva possui ainda uma terceira função, a de controle, consoante disposto no artigo 187²⁰ da Lei Civil vigente.²¹

O *venire* se insere dentro da função de controle ao abuso do direito²². Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, “o abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencher a morfologia do direito subjetivo que se pretende exercer”.²³

Sob uma perspectiva funcional, considera-se que todo direito possui limites, uma vez que não existem direitos absolutos. Se o exercício deste direito ultrapassa os limites impostos pelo ordenamento, caracterizado está o exercício abusivo deste direito, e se este causar dano a outrem (ou tiver potencialidade para causá-lo), o ordenamento deve reprimir esta conduta.

Trata-se, portanto, de uma função negativa da boa-fé objetiva, já que objetiva impedir determinada ação que pode vir a causar dano a terceiros²⁴. O instituto em estudo impede comportamentos contraditórios a outros anteriormente assumidos e que violem a legítima confiança alheia. Desse modo, a finalidade do princípio de proibição ao comportamento contraditório é excluir ou evitar o ato incoerente, podendo, portanto, ter um caráter repressivo ou preventivo.

Contudo, o *venire* não se fundamenta apenas na boa-fé objetiva. Apesar do seu imenso campo de aplicação, ainda existe relutância quanto à sua utilização em outros ramos do direito, como por exemplo, o direito público²⁵. Dessa maneira,

¹⁹ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito: estado de questões e perspectivas*, p. 8. Disponível em <http://www.oa.pt/>. Acesso em 04 set. 2013.

²⁰ Contra, entendendo que o artigo 187 não consagra o abuso de direito, MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In. *Revista Forense*, vol. 376, nov./dez., 2004, Rio de Janeiro: “Autorizada doutrina vê no art.187 do Código Civil a consagração da velha figura do abuso de direito. Ousamos discordar desse entendimento, pois vemos estampado naquele texto as balizas do exercício inadmissível de posição jurídica”.

²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 44-45.

²² MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito: estado de questões e perspectivas*. Disponível em <http://www.oa.pt/>. Acesso em 04 set. 2013.

²³ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito dos Contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 181-182.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 89.

²⁵ A jurisprudência pátria, por exemplo, no campo do direito público, utiliza diversas vezes o *venire contra factum proprium*, mas sem fazer necessariamente alusão à boa-fé objetiva. Para tanto, basta conferir SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 220. Já os tribunais portugueses não relutam em aplicar a boa-fé ao direito público, consoante leciona Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “o impulso decisivo para a transplantação da boa-fé no direito público foi dada, mais uma vez, pela jurisprudência. Apesar de algumas decisões negativas iniciais, que não deixaram sequelas, breve

um dos obstáculos à aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório aos demais setores do Direito seria sua fundamentação exclusivamente pautada no princípio da boa-fé objetiva, uma vez que este somente poderia ser aplicado às relações privadas, configurando-se como um óbice à sua extensão ao campo do direito público.

Assim, o segundo fundamento do *venire contra factum proprium* é o princípio constitucional da solidariedade social. Não se pode mais conceber o homem como um ser fechado, isolado. O agir humano, portanto, se encontra limitado pela atuação de seus iguais. A liberdade de ação somente é legitimada na medida em que os interesses da coletividade são respeitados. Ou melhor, a liberdade humana somente é protegida se seu exercício for merecedor de tutela, eis que o agir autônomo de cada pessoa pressupõe o necessário caráter relacional que lhe é intrínseco.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses comuns, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’”.²⁶

Portanto, o *venire contra factum proprium* apresenta intrínseca relação com esse princípio constitucional. A solidariedade social, assim, impõe deveres de mútua cooperação entre as partes, de modo que o respeito à palavra dada é premissa básica para que essa cooperação se desenvolva.

Contudo, é inevitável a tensão existente entre liberdade e solidariedade. De um lado, a enorme maleabilidade de condutas humanas se baseia no direito à autodeterminação. De outro, o princípio da solidariedade social impõe respeito às situações de fato e de direito alheias.

Nesta ponderação de interesses, a solidariedade social deve, em regra, prevalecer. Assim propõe Maria Celina Bodin de Moraes:

Não se trata somente de impor limites à liberdade individual, atribuindo inteira relevância à solidariedade social: o princípio cardeal do ordenamento brasileiro é o da dignidade da pessoa humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade.²⁷

Assim, o instituto se pauta, sobretudo, em um preceito constitucional, o que justifica sua aplicação em todos os ramos do ordenamento jurídico.²⁸

surgiu uma jurisprudência convicta favorável à boa-fé”. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 384.

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 241.

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p. 264.

²⁸ Como ensina Anderson Schreiber, “Esta vocação constitucional do *nemo potest venire contra factum*

Por fim, o *venire* também encontra sustentação no valor da segurança jurídica. Nas palavras de João Baptista Machado, existe uma nítida correlação entre “o direito, a paz, e a segurança das expectativas. Assegurar expectativas e direccionar (*sic*) condutas são indubitavelmente funções primárias do direito”.²⁹

A convivência social depende, em certa medida, da confiança no ato praticado por outrem. Tornar-se-ia inviável o convívio se toda informação fornecida tivesse de ser submetida a um exame prévio de veracidade para ter eficácia. Daí a importância que recai sobre a confiança gerada quanto à palavra dada.

O *venire* atende, portanto, às necessidades mais elementares para a convivência social. Permite a estabilização das confianças geradas e a promoção e manutenção de um estado de “paz jurídica”.³⁰

Uma vez analisados os fundamentos do instituto, imperioso realizar uma análise sobre os requisitos para a aplicação do *venire* no direito brasileiro.

2. Dos Requisitos de Aplicação

Como anotado anteriormente, o princípio da proibição ao comportamento contraditório não atua sobre todo e qualquer comportamento incoerente.³¹ Existem requisitos específicos para sua aplicação, e somente com a presença de todos eles é possível proibir determinada contradição.

Segundo Anderson Schreiber, o *venire contra factum proprium* possui quatro pressupostos de aplicação: a ação inicial (*o factum proprium*), a legítima confiança, a ação posterior e o dano ou potencial de dano.³²

Portanto, o *venire contra factum proprium* pressupõe, por sua própria definição, duas condutas diretamente contraditórias uma a outra, na qual a segunda viola a legítima confiança que a outra parte tinha na manutenção de um comportamento inicial, e com isso, vem a causar um dano ou tem potencial de causar um.

O exame de todos esses requisitos é fundamental para detectar em quais situações o *venire* deve ser utilizado, a fim de evitar, assim, sua banalização.

proprium impõe, aliás, sua aplicação a outros ramos do direito, como o direito societário, o direito tributário, o direito do trabalho, o direito internacional público, e assim por diante”. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 220.

²⁹ MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”. Coimbra, In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 229.

³⁰ A “paz jurídica” que, ao lado da “justiça”, é referida como uma das expressões da própria “ideia de direito”. MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”. Coimbra, In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 230.

³¹ “Não é possível ao direito vedar, de forma absoluta, as contradições da conduta humana” MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 470.

³² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 131.

2.1. A Ação Inicial (o *Factum Proprium*)

A própria noção de contradição pressupõe a existência de duas condutas, uma oposta à outra. Sendo assim, o primeiro requisito do *venire* consiste em uma ação inicial, vale dizer, o *factum proprium*.

Inicialmente, cumpre destacar que o vocábulo “ação” deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo a ação como ato positivo em sentido estrito, e a omissão, em seu sentido negativo.

No caso da ação positiva, determinada conduta é praticada, o que leva a crer na outra parte que este comportamento inicial seria mantido, mediante o depósito de uma confiança legítima na outra parte.

Quanto à omissão, o autor deixa de realizar uma determinada conduta, geralmente durante determinado lapso temporal, que leva a crer na contraparte que esse vazio continuaria, ou seja, que o autor continuaria sem realizar conduta alguma.

A omissão pode ser lícita ou ilícita. Será lícita quando a omissão não decorrer de qualquer dever de agir. A outro giro, será ilícita justamente quando este dever de agir estiver presente e o agente permanecer inerte.

Para o *venire*, apenas interessa o conceito de omissão lícita, já que para a ilícita são reservados outros remédios específicos, como a imposição de multas pelo descumprimento de obrigações.

A omissão, mesmo que inicialmente lícita, também é capaz de gerar na parte contrária a legítima expectativa de que este não agir persistiria. Nesse caso, figurará o instituto da *supressio*, que nada mais é do que uma subespécie do *venire*.³³

Já tivemos a oportunidade de sustentar que “o passar do tempo pode fazer desaparecer situações jurídicas que não foram exercidas durante um certo lapso por seu titular, desde que o não exercício tenha gerado um benefício para a outra parte, por acreditar que aquela situação ou direito não seria mais usado”.³⁴

A título ilustrativo, a *supressio* poderia ser perfeitamente aplicável em matéria de inquilinato. Suponha-se que haja um grande lapso de tempo entre a notificação para o término do contrato de locação (por prazo determinado), e a propositura da ação de despejo. Este longo período de omissão do locador pode gerar uma legítima expectativa no locatário de que o locador teria desistido da denúncia. Isso pode induzir a ineficácia daquela notificação (aviso prévio), impondo a renovação do contrato, mesmo a lei não prevendo prazo para a propositura da ação de despejo. Em nome da boa-fé objetiva, poderia o autor perder seu direito de propor ação de despejo pela omissão por tempo exagerado.³⁵

³³ MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supressio* e suas implicações. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out./dez., 2009.

³⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães, A *supressio* e suas implicações. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out./dez., 2009, p. 143.

³⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supressio* e suas implicações. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.

Em outro exemplo, basta imaginar que, em um contrato de trato sucessivo firmado entre devedor e credor, a data escolhida para a realização do pagamento foi o dia 5 de cada mês. Contudo, durante dois anos, o pagamento se deu no dia 20 de cada mês, sem qualquer oposição do credor. Por um grande lapso de tempo, o credor tacitamente aceitou o pagamento fora da data e, dessa forma, não pode se insurgir dois anos depois, propondo o inadimplemento do contrato por esse motivo.

Ademais, o *venire* demonstra a insuficiência do direito positivo³⁶ para regular todas as situações presentes na vida humana. O comportamento humano é extremamente diversificado, de forma que é impossível, mesmo com a colossal quantidade de normas positivadas pelo ordenamento, regular especificamente todas as formas de atuação humana.

É sobre estes comportamentos, mantidos à margem das categorias vinculantes do direito positivo (em especial o ato jurídico e o negócio jurídico), que incide o instituto em estudo³⁷. O que se pretende dizer é que o *venire* deverá atuar apenas na ausência de norma específica regulando a situação³⁸. Logo, se, por exemplo, existir uma regra positivada pelo ordenamento regulando uma situação concreta específica, esta deve ser aplicada, e não o *venire*.

Significa que o *venire* deve ser aplicado de forma excepcional e subsidiária. Isto não quer dizer, contudo, que apenas deve ser invocado se pairar sobre a situação concreta um verdadeiro vazio normativo. No gigante arcabouço normativo atual, com a já pacífica tese da normatividade dos princípios, muito rara é a situação na qual não exista nenhuma norma regulando determinado fato.

A utilização do *venire* demonstra a insuficiência do direito positivo, mas o ordenamento não é composto apenas por normas positivadas, existindo aquelas que se leem implícitas (como o princípio constitucional da razoabilidade e o próprio *venire*). Não se está a afirmar, contudo, que o ordenamento é absolutamente completo, tal como queria a escola da exegese³⁹. O ordenamento possui lacunas, já que, como afirma Norberto Bobbio, “se existem duas soluções, ambas possíveis, e a decisão entre as duas cabe ao intérprete, uma lacuna existe e consiste justamente

32, out./dez., 2009, p. 151.

³⁶ Como leciona Norberto Bobbio, em crítica a respeito do dogma da completude do ordenamento, ou seja, na crença absoluta de que no sistema jurídico não faltam nem sobram normas, confira: “o programa da sociologia jurídica foi o de mostrar, principalmente no início, que o Direito era um fenômeno social, e que portanto a pretensão dos juristas ortodoxos de fazer do direito um produto do Estado era infundada e conduzia a vários absurdos, como o de acreditar na completude do Direito codificado”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 125.

³⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 126.

³⁸ Vale destacar trecho de SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em <http://isisbollbastos.wordpress.com/>. Acesso em: 04 set. 2013: “Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese”.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 121.

no fato de que o ordenamento deixou impreciso qual das duas soluções é a pretendida”.⁴⁰

Os princípios, geralmente, são normas abstratas e gerais, não regulando uma situação específica. Significa dizer que mesmo existindo um princípio vago e abstrato que incida sobre o caso concreto, o *venire* poderá ser utilizado, porque específico para preencher a lacuna deixada pela imprecisão do ordenamento.⁴¹

Portanto, o uso subsidiário do *venire* deve ser interpretado como a ausência de uma norma específica e vinculante incidindo sobre a situação concreta. Se existir alguma norma específica, apta a regular a situação concreta, o instituto do *venire contra factum proprium* não deve ser aplicado.

Constata-se, portanto, a conhecida regra do predomínio da norma especial sobre a geral. Em certas situações, o *venire* será tido como específico, e nestes deve ser aplicado. Em outros, será classificado como geral, e sua invocação é dispensada.

É, portanto, um instituto não reconhecido de forma expressa pelo ordenamento, mas nem por isso necessita de um vazio normativo para sua aplicação. O ordenamento positivo não chega perto de contemplar todas as atividades humanas, razão pela qual hão de existir institutos extralegais para dar conta destas situações.

Fica claro, portanto, que, se determinado dispositivo de lei proíbe ou permite expressamente determinada conduta, não se faz necessário invocar o *venire*, pois já existe uma regulação legal específica e precisa para a questão. Igualmente, se uma parte praticar ato que fere determinada norma contratual, implicará em inadimplemento, e mesmo que esse descumprimento seja contraditório, o *nemo potest venire contra factum proprium* não deve ser invocado, pois já existe um acordo de vontades que regula a situação.

Como consequência, o *factum proprium* é uma conduta inicialmente não vinculante à luz do direito positivo, mas que, como nas palavras de Anderson Schreiber:

[...] passa a ser vinculante apenas se e na medida em que gera uma confiança legítima na sua conservação. Não pode, por esta razão, ser definido, *a priori*, como “conduta vinculante”, já que vinculante somente será se presentes os demais pressupostos de incidência da proibição do comportamento contraditório [...].⁴²

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 137.

⁴¹ Exemplificando, imagine dois comportamentos contraditórios, onde ambos, em tese, poderiam ser resolvidos com base no *venire*. Contudo, na primeira delas, além do *venire*, incide também o princípio da razoabilidade, que não regula precisamente a situação concreta. Estes dois, assim, podem ser utilizados em conjunto. Mas, se num segundo caso, houver expressa cláusula contratual proibindo a contradição, não há necessidade de se invocar o *venire*, tendo em vista a existência de norma específica.

⁴² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra*

Em princípio, o agente estava livre para optar por praticar qualquer conduta. Mas no momento em que a escolher, e esta gerar na outra parte a legítima confiança na sua manutenção, a conduta inicial se tornará vinculante.

O *factum proprium*, assim, possui o condão de fazer nascer na outra parte o principal requisito de aplicação do *venire*: a legítima confiança.

2.2. A Legítima Confiança

A grande finalidade do *nemo potest venire contra factum proprium* é justamente a tutela de uma confiança legítima⁴³. Assim sendo, a proibição ao comportamento contraditório só irá incidir a partir do momento em que a conduta inicial gerar na parte contrária a legítima confiança na manutenção do comportamento inicial.

Nas palavras de Menezes Cordeiro, “a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser tratada como se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual”.⁴⁴

Dois observações devem ser feitas sobre este requisito. A primeira delas é que não é qualquer confiança que deve ser tutelada, e sim a confiança específica de manutenção de um comportamento inicial.

Suponha-se que, por exemplo, alguém firme um contrato de financiamento com um banco para aquisição de uma casa. Junto com o contrato, a pessoa gera em si mesma a legítima confiança de que dias melhores virão. Em momento futuro, o devedor percebe que se endividara demais, o que frustra seus planos de melhoria de vida. No dado exemplo, o contrato fez gerar uma confiança de dias melhores que foi quebrada pelo endividamento. Nem por isso incide *venire contra factum proprium* no comportamento do banco.

Isso por que não foi quebrada a legítima confiança específica de manutenção de um comportamento inicial, que era contrair um financiamento naquela forma específica (este era o *factum proprium*). Houve aqui a quebra de uma confiança que é meramente consequência da ação inicial, e não ela própria.⁴⁵

Assim, somente a confiança específica de manutenção de um comportamento anterior, de que as coisas continuariam como estavam, pode atrair a incidência do *venire*.

A segunda nota é que essa confiança deve ser legítima. Como ensina Anderson Schreiber:

factum proprium. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 129.

⁴³ Vale ressaltar que, como já foi dito, o princípio da confiança é necessário para assegurar a própria segurança do convívio social. Nesse sentido, “o pensamento da confiança aparece frequentemente associado à necessidade de segurança jurídica”. MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”. Coimbra, In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 294.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito*: estado de questões e perspectivas. Disponível em <http://www.oa.pt/>. Acesso em: 04 set. 2013.

⁴⁵ O fato parece óbvio, mas é motivo de equívoco em alguns julgados do STJ, como será visto adiante.

[...] não basta, todavia, o estado de confiança; é preciso que tal confiança seja legítima, no sentido de que deve derivar razoavelmente do comportamento inicial. Assim, a ressalva expressa de possibilidade de contradição exclui, a princípio, a legitimidade da confiança [...]⁴⁶

Não basta, contudo, um fato inicial que desperte na outra parte a legítima confiança na sua manutenção. É preciso haver um comportamento posterior que, contradizendo diretamente o *factum proprium*, quebra a legítima confiança na sua manutenção.

2.3. Comportamento Posterior

Não existe contradição com uma conduta apenas. Uma ação contraditória é necessariamente à outra.

Deve existir uma ação inicial, um *factum proprium* que gere a legítima confiança na sua manutenção, mas também deve haver uma conduta posterior, apta a quebrá-la e então configurar o *venire*.

Posto que a ação inicial nasce não vinculante, mas se torna vinculante quando desperta na outra parte a legítima expectativa de sua manutenção, o agente se encontra obrigado, portanto, pela ação inicial, a manter sua conduta.

É aqui que surge, no mundo fático, o comportamento contraditório proibido, pois a vinculação à conduta inicial proibia que o agente tomasse uma conduta contraditória, e mesmo assim ele a pratica.

Cabe a observação de que o comportamento posterior deve ser mantido às margens do direito positivo e das regulamentações contratuais. Caso o agente pratique uma conduta posterior que possui proibição expressa no direito positivo, ela será combatida com muito mais propriedade pelas normas específicas que a proíbem.

Logo, a única vinculação deve ser a gerada pelo *factum proprium*. Se não fosse ele, o agente estaria livre para praticar qualquer conduta, mas deve se ater ao seu dever de manter o comportamento exercido inicialmente.

De acordo com Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “só se considera como *venire contra factum proprium* a contradição directa (*sic*) entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor”.⁴⁷

Sobre um mesmo ato, diversos tipos de confiança podem ser gerados, e todos estes podem ser rompidos. O *venire* incidirá como instrumento de proibição de ruptura

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 143.

⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra, Editora Almedina, 2001, p. 746.

apenas da legítima confiança de manutenção no *factum proprium*. Se assim o é, apenas a contradição direta entre duas condutas pode romper com essa confiança específica.

Não basta um leve desvirtuamento, ou uma mera incoerência. É necessária uma contradição direta, uma ação, e sua extrema oposição, um antagonismo direto entre o *factum proprium* e a ação posterior.

Por fim, não se exige o dolo de contradição. Basta apenas a conduta objetivamente analisada, pouco importando o *animus* do agente. O *venire* embarca na tendência de objetivação do Direito atual, na qual se dispensa a perquirição sobre os estados subjetivos que levaram à prática da ação, tendo por preferência a análise das condutas em si.

2.4. Dano ou Potencial de Dano

Por último, deve-se analisar a lesividade da conduta contraditória. Mesmo que os três anteriores requisitos estejam presentes, não se imputará uma responsabilidade àquele que, nem em tese, poderia causar dano com a sua conduta contraditória. Ademais, este dano causado pode ser tanto moral quanto patrimonial.

O *venire*, ainda, pode atuar de forma preventiva ou repressiva, como ensina João Baptista Machado:

A responsabilidade pela confiança funciona em regra em termos preventivos, paralisando o exercício de um direito ou tornando ineficaz aquela conduta declarativa que, se não fosse contraditória com a conduta anterior do mesmo agente, produziria determinados efeitos jurídicos. É teoricamente admissível, porém, que uma conduta declarativa destinada a produzir certo efeito jurídico, mas contrária à boa-fé, não veja recusada essa eficácia jurídica, mas em compensação, dê origem a uma obrigação de indenizar.⁴⁸

3. O Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: um Balanço Crítico

Analisados os fundamentos e os pressupostos de aplicação do *venire*, investiga-se a partir da análise alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, a recepção deste princípio na jurisprudência brasileira. Tal empreitada se mostra relevante na medida em que revela os riscos da superutilização do princípio de proibição do comportamento contraditório. Tal constatação decorre da aplicação supérflua do *venire*, ou ainda, em situações onde não se mostram preenchidos seus requisitos.

⁴⁸ MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”. In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra: Coimbra Editora, n. 3718-3729, 1985, p. 297.

Cabe salientar, contudo, a recente trajetória do instituto na jurisprudência pátria. Judith Martins-Costa aponta como *leading case*, um acórdão proferido pelo STF sob a lavra do Ministro Leitão Abreu, em 1978.⁴⁹

Como apontado anteriormente, a repugnância ao comportamento incoerente vem encantando a todos, e a “musicalidade de sua forma latina”, à luz da lição de Menezes Cordeiro, vem atraindo para si todos os olhares. Contudo, a superpopularidade do *venire* pode ocasionar um efeito colateral indesejado: a banalização do instituto.

3.1. O Comportamento Contraditório e a Ausência de Outorga Uxória⁵⁰

O julgamento do Recurso Especial 95.539-SP, relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar, é um dos primeiros casos de aplicação do *venire* no direito pátrio. A despeito de não ser o pioneiro, certamente conferiu grande visibilidade ao instituto que, a partir deste momento, passou a ser mais estudado no Brasil.

Ademais, cabe ressaltar que neste caso, inequivocamente, o *venire contra factum proprium* foi aplicado de maneira paradigmática pelo ministro relator Ruy Rosado de Aguiar.

O caso concreto envolve a promessa de compra e venda de bem imóvel. Ocorre que, no ato do contrato, o promissário vendedor não requereu a outorga uxória do seu cônjuge. Como se sabe, no direito pátrio, é necessário a anuência do cônjuge para a alienação de bem imóvel. Essa anuência é denominada de “outorga uxória”, e encontrava-se presente no Código Civil vigente à época, e também no atual (artigo 1647).

Assim sendo, a esposa do promissário vendedor não assinou o contrato e, portanto, não deu seu consentimento formal e expresso à avença.

Mesmo assim o imóvel foi vendido. Permaneceu o comprador na posse mansa e pacífica do imóvel, sem qualquer oposição dos vendedores, durante o longo período de 17 anos. Eis que então, após este longo período de inércia, os vendedores (marido e esposa), se insurgem contra o negócio jurídico realizado, requerendo sua anulação justamente com base na ausência da outorga uxória do cônjuge virago.

Como bem entendeu o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, os vendedores incorreram em *venire contra factum proprium* (mais precisamente, em *supressio*), já que aceitaram tacitamente aquele contrato como válido, por 17 anos, mesmo sem a outorga uxória.

Cabe observar que, decorrido este longo período, a esposa aceitou tacitamente o contrato. Assim, gerou na outra parte a legítima confiança de que o contrato era válido e eficaz, e que podiam desfrutar livremente do novo imóvel. Ao

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Revista Forense*, vol. 376, nov./dez., 2004, Rio de Janeiro, p. 116. STF, RE nº 86.782-2/RS, julg. em 20.10.1978.

⁵⁰ REsp 95.539 – SP – Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quarta turma do STJ, data do julgamento 03/09/1996.

requerer a anulação do contrato justamente por falta de um aceite que ela própria deveria ter dado, comete ato contraditório passível de proibição, já que é quebrada a legítima confiança de persistência daquela omissão ou inatividade.

Nas palavras do relator:

Para ter o comportamento da mulher como relevante, lembro a importância da doutrina sobre os atos próprios. O direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz em uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido.⁵¹

Não há aqui outra regra específica que expressamente regule a situação. Portanto, extremamente precisa e necessária foi a utilização do *nemo potest venire contra factum proprium* para proibir a conduta contraditória nesse caso. Pelo contrário, se a regra positiva fosse interpretada literalmente, os vendedores incoerentes sairiam vencedores na causa, e conseguiriam a anulação do negócio mesmo 17 anos depois de celebrado.

Trata-se um julgado emblemático, de extrema importância para o instituto em questão, tendo em vista que o destacou no cenário doutrinário e jurisprudencial brasileiros.

Contudo, ainda há um número expressivo de julgados que utilizam o *venire contra factum proprium* de forma equivocada ou desnecessária, banalizando o instituto e mitigando seu real significado, como será visto a seguir.

3.2. O *Venire* na Seara do Direito Processual Penal⁵²

Este caso versa sobre o julgamento de um *habeas corpus*, o que demonstra o anteriormente afirmado, de que o *venire contra factum proprium* pode ser aplicado em todos os ramos do ordenamento jurídico, devido ao seu fundamento constitucional.

O caso trata, em origem, do julgamento de supostos delitos praticados pelo Governador de Roraima à época de seu mandato, acusado de ser o mandante de crimes praticados no desvio de verbas públicas.

Ocorre que, no desenvolver do processo, o político começa a pedir insistentemente para se reunir com o juiz fora do âmbito da Corte. Depois de várias tentativas fracassadas, o juiz acaba sucumbindo às investidas do político, e resolve promover a reunião.

⁵¹ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 95.539/SP. 4ª Turma. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONSENTIMENTO DA MULHER. ATOS POSTERIORES. "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". BOA-FÉ. PREPARO. FÉRIAS. Relator min. Ruy Rosado de Aguiar.

⁵² Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. *Habeas Corpus* nº 206.706/RR. 6ª Turma. HABEAS CORPUS. PECULATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO. IMPROCEDÊNCIA. Relator min. OG Fernandes. DJe 21 mar. 2012. DJ 14 out. 1996, p. 39015.

Com isso, alega o impetrante que, diante do evento, a imparcialidade do juiz estaria comprometida, pelo simples fato de ter este se reunido com uma das partes fora do tribunal, para tratar de questões relativas ao processo, razão pela qual deveria ser declarada a suspeição do magistrado.

O STJ entendeu por bem negar provimento ao *habeas corpus*, mas, entre outros argumentos corretos, aduz ter ocorrido *venire contra factum proprium*, vez que fora o próprio réu que provocou a reunião, razão pela qual não pode se valer dela para se beneficiar da suspeição.

De fato, o *venire* poderia ser utilizado no caso, se não houvesse dispositivo expresso regulando certamente a situação. Trata-se da norma contida no artigo 256 do Código de Processo Penal. Este diz que “a suspeição não será declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz, ou de propósito der motivo para criá-la”.

Como foi visto, o *nemo potest venire contra factum proprium* deve ser aplicado de maneira subsidiária, de modo que não haja nenhuma lei positiva regulando expressamente a situação.

É bom ser retomado que nem por isso o instituto ficará restrito aos casos de vazio normativo, tido como aqueles onde não há normas para regular o fato, já que tais casos são de rara existência.

Neste caso, o relator apresentou diversos argumentos, todos idôneos para embasar sua decisão. Para que então se invocar um instituto que deve ser aplicado desta forma? Constata-se a desnecessidade da utilização do *venire* neste caso.

Se determinado instituto é aplicado em demasia, perde sua essência. No caso, a banalização pode gerar consequências drásticas. Estar-se-ia proibindo a contradição em casos onde ela não deve ser proibida. É lícito às partes virem a se arrepender de seus atos futuramente.

3.3. A Aplicação do Princípio de Proibição ao Comportamento Contraditório e a Responsabilidade Civil do Estado⁵³

Trata-se, em origem, de ação indenizatória movida em face do Estado do Espírito Santo, pelo fato de ter sido a autora atingida por disparos em via pública após perseguição de policiais militares a criminosos, com consequente troca de tiros.

O Estado pauta sua defesa sobre a alegação de não existir nenhuma prova de que a bala que atingiu a vítima realmente saiu da arma de um policial.

Isso porque o Estado, competente para concluir o inquérito policial e o exame de balística, quedou-se inerte por longos anos, sem realizar as diligências

⁵³ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 1236412/ES. 2ª Turma. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPAROS EM VIA PÚBLICA EFETUADOS EM PERSEGUIÇÃO POLICIAL. "BALA PERDIDA" QUE ATINGIU ADOLESCENTE. DANOS ESTÉTICOS. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. Relator min. Castro Meira. DJe 17 fev. 2012.

necessárias para o esclarecimento dos fatos, a fim de confirmar de onde partiu o projétil que atingiu a autora.

Ainda, ficou constatado, por depoimentos, que o fugitivo estava impossibilitado de responder aos disparos, uma vez que se encontrava dirigindo um veículo.

O argumento da defesa do Estado, entretanto, é que, por não existir exame de balística apto a elucidar a verdade dos fatos, seria impossível imputar-lhe a responsabilidade, uma vez que não poderia se concluir de forma definitiva que o projétil realmente partiu da arma de um policial.

O STJ entendeu que haveria *venire contra factum proprium* no fato de o Estado alegar a inexistência (por 28 anos) do exame de balística para se eximir da culpa, sendo este próprio o competente para fazê-lo.

Contudo, um olhar mais atento revela que os requisitos de aplicação do instituto não se encontram presentes. Falta aqui o elemento essencial para a caracterização do *venire*: a ruptura de uma legítima confiança na manutenção do comportamento inicial.

Ao não proceder, por 28 anos, ao exame de balística, nenhuma confiança específica é depositada, no sentido de que o Estado persistiria em não realizá-lo. Se o aparelho estatal falhou em matéria de segurança pública, inviabilizando dito exame pericial, incorre contradição a ser imputada à administração pública.

Ainda, a contradição entre as duas condutas não é direta. Contradição direta haveria, se o Estado não realizasse o exame por 28 anos, quando, subitamente, decide fazê-lo. Caso a realização do exame violasse a legítima confiança de alguém e causasse um dano, aí sim poderia incidir o *venire*. Mas não é essa a hipótese do julgado.

Falta, portanto, o requisito da legítima confiança de manutenção de um comportamento inicial, e o do comportamento posterior que entra em contradição direta com o *factum proprium*.

3.4. *Venire* e a Oportunidade de Emenda à Petição Inicial⁵⁴

Neste caso, é discutida a possibilidade de revisão contratual de um negócio jurídico firmado entre uma sociedade comercial e um banco.

O tribunal estadual indeferiu a petição inicial por falta de um documento essencial à demanda: o próprio contrato que se pretendia revisar. Entretanto, o autor alegou que deveria ter sido intimado para emendar a inicial antes de vê-la indeferida por inépcia, trazendo ao juízo, assim, o documento reputado como essencial.

⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.094.223/MG, 4ª Turma. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FEITO. EXTINÇÃO. EMENDA. INICIAL. INTIMAÇÃO PRÉVIA. DOCUMENTO FALTANTE. ALEGAÇÃO DA PARTE DE NÃO POSSUÍ-LO. IMPROVIMENTO. Relator min. Aldir Passarinho Junior. DJe, 10 set. 2010.

Ocorre que em determinado momento do processo, aquela pessoa jurídica alegou não possuir cópias do referido instrumento contratual. Tal fato, na visão do julgador, consistiria *venire contra factum proprium*, já que, num primeiro momento, a sociedade alegou não possuir cópias do contrato, e depois quer ser intimada para trazer a juízo o referido instrumento, que alegou não possuir.

Contudo, o fato de a autora alegar que, naquele momento, não possuía consigo o contrato, não significa que nunca o teria. É plenamente possível a obtenção do instrumento contratual junto à instituição bancária em momento posterior ao ajuizamento da demanda.

Neste sentido, nenhuma confiança pode ser quebrada, já que nem chegou a ser gerada. O fato de não ter consigo, naquele momento, o instrumento contratual, não faz nascer legítima confiança de que a sociedade nunca o conseguiria.

Além disso, o STJ entendeu que, tendo o juízo *a quo* se omitido quanto à possibilidade de o banco trazer a juízo o contrato, não poderia o Tribunal Superior opinar nessa matéria, já que a súmula 7 daquele tribunal veda o reexame do material fático-probatório.

Contudo, isso nada tem a ver com o argumento do *venire* utilizado para negar procedência ao recurso. As provas, é verdade, não podem ser reexaminadas no Superior Tribunal de Justiça, mas isso não gera a impossibilidade de emenda à inicial, pois é perfeitamente possível a anulação do julgado *a quo*, para que então seja a parte intimada a emendar a inicial.

A vedação ao reexame de provas em nada afeta a possibilidade de anulação do acórdão estadual. Ou seja, o STJ aceita que é possível a anulação do julgado estadual, embora inútil, como se percebe do seguinte trecho do acórdão:

[...] Como se vê, ainda que a jurisprudência deste Superior Tribunal seja assente no sentido de que é direito da parte ser intimada para emendar a petição inicial antes de tê-la indeferida, a anulação do acórdão estadual para tal fim, ante as peculiaridades do caso concreto, seria providência inútil e procrastinatória, haja vista que a própria autora alega não possuir os documentos reputados essenciais pela instância recorrida. (...) Desse modo, a pretensão de anular o julgado combatido para que a parte seja intimada a emendar a inicial com documentos que alegou não possuir é comportamento contraditório, que atenta contra o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, amplamente aceito na jurisprudência pátria.⁵⁵

⁵⁵ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.094.223/MG. 4ª Turma. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FEITO. EXTINÇÃO. EMENDA. INICIAL. INTIMAÇÃO PRÉVIA. DOCUMENTO FALTANTE. ALEGAÇÃO DA PARTE DE NÃO POSSUÍ-LO. IMPROVIMENTO. Relator min. Aldir Passarinho Junior. DJe, 10 set. 2010.

Assim, a vedação ao reexame de provas em nada afeta o mau uso do *venire*. Se não é possível reexaminar as provas, é possível anular o julgado estadual para então ser a parte intimada a emendar a inicial, como admite o próprio julgado.

E nesse sentido, ao afirmar, em dado momento, que não se possui determinado documento, não se gera na outra parte a legítima expectativa de que nunca o teria. Se nenhuma confiança é gerada, não pode haver a incidência do *venire contra factum proprium*.

A partir da análise de alguns julgados, pode-se constatar que o STJ tem aplicado o princípio da proibição ao comportamento contraditório sem atentar à presença dos requisitos essenciais para sua configuração. Cabe ressaltar, ainda, que a legítima confiança – justamente o requisito mais importante, que fundamenta a proibição do comportamento contraditório – tem sido o pressuposto menos observado.

Conclusão

Conforme visto, não existe uma proibição geral ao comportamento contraditório. Apenas circunstâncias especiais podem levar à sua vedação.⁵⁶

Não se pode proibir todos os comportamentos contraditórios. Caso contrário, nas lições de Menezes Cordeiro, “todo o relacionamento social converter-se-ia em um edifício rígido de deveres irrecusáveis”⁵⁷. Seria sempre vedado o arrependimento, quando “faz parte da natureza humana o ‘voltar atrás’, a faculdade de poder rever seus conceitos e determinações”⁵⁸.

Porém, a mutabilidade das decisões humanas não é compatível com a rigidez causada pela superutilização do *venire*. A própria concepção de ciência possui intrínseca a ideia de mutabilidade. Como já afirmou Heráclito, filósofo grego pré-socrático, “No mundo tudo flui, tudo se transforma, pois a essência da vida é a mutabilidade, e não a permanência”.

Uma dose de segurança jurídica é necessário para o próprio funcionamento do sistema. Por outro lado, uma rigidez inflexível dos comportamentos humanos tornaria inviável a convivência humana. O *venire*, se corretamente utilizado, tutela exatamente o meio termo: fornece segurança no tocante à manutenção da conduta que desperte na outra parte a legítima confiança na sua manutenção, mas também permite o arrependimento.

É razoável que, em alguns casos, a pessoa possa se arrepender de seus atos, e tomar atitudes incoerentes com outras tomadas anteriormente, desde que isso não atente contra a legítima confiança da outra parte.

⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 751.

⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, pag. 750

⁵⁸ PASINI, Fabíola. *Venire contra factum proprium como limite positivo à autonomia da vontade*: elementos característicos. Brasília, 2007, p. 100.

Em síntese, os tribunais pátrios, ao não utilizar o *venire* atentando para seus requisitos, provocam seu desvirtuamento, além de enrijecer indevidamente a enorme gama de comportamentos humanos, causando desequilíbrio no binômio liberdade-responsabilidade.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”. In: *Revista de legislação e de jurisprudência*. Coimbra: Coimbra Editora, n. 3718-3729, 1985.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supsessio* e suas implicações. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out./dez., 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/>. Acesso em 04 set. 2013.

_____. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Revista Forense*, vol. 376, Rio de Janeiro, nov./dez., 2004.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Do abuso de direito: estado de questões e perspectivas*. Disponível em <http://www.oa.pt/>. Acesso em: 04 set. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In: *Revista Forense*, vol. 351, set., 2000.

PASINI, Fabíola. *Venire contra factum proprium como limite positivo à autonomia da vontade: elementos característicos*. Brasília, 2007.

PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.16, out./dez., 2003.

ROPPO, Enzo, *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito dos Contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARMENTO, Daniel, *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em <http://isisbollbastos.wordpress.com/>. Acesso em: 04 set. 2013.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012.