

.....

A proibição do venire contra factum proprium no processo civil

Felipe Dezorzi Borges*

1. Introdução

A crise de fontes normativas, notadamente radicada no Direito em face do positivismo jurídico, impôs uma grave limitação ao cenário jurídico pátrio, consubstanciada na aplicação mecânica das regras jurídicas, sem margem a um positivismo crítico.

A tarefa do Direito, no entanto, demanda a utilização de novas categorias jurídicas para o controle axiológico e o equilíbrio dos interesses, suficientes para a manutenção da segurança e confiança nas relações jurídicas, como se percebe quando da adoção de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e novas categorias da boa-fé objetiva.

A Jurisprudência mais autorizada dá sinais claros quanto à nova compreensão crítica da lei e a necessidade de conformação valorativa do Direito aos princípios gerais, a fim de

* Defensor Público da União

resgatar a substância de Justiça.

Consoante interpretação perfilhada pelo e. STJ, no Resp 881.323/RN, *a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial*¹.

Não destoam a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes ‘novos’ direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais.²

Esse postulado é também acolhido pela doutrina processualista mais atualizada. Segundo o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.³

¹ Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11.03.2008, DJe 31.03.2008.

² A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 56/7.

³ Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2008, V. 1, 3ª. ed., p.47.

É nesse contexto que se impõe a abordagem da tutela da proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), seja através de uma conotação de boa-fé objetiva ou princípio implícito, seja como forma de contemporizar a aplicação da legislação civil e processual ao princípio da confiança jurídica.

O estudo é justificado, haja vista a necessidade de tutelar o equilíbrio da relação processual e a confiança inter-partes negando-se a prática do comportamento processual contraditório inesperado e incoerente, bastante comum na lide processual.

Objetiva-se, desse modo, certificar, através da doutrina contemporânea e dos recentes entendimentos jurisprudenciais, o alcance da proibição do *venire contra factum proprium* no campo processual como forma de controle axiológico no equilíbrio de interesses, nada obstante a sua notória aplicação na seara civil.

2. A proibição do *venire contra factum proprium*

A proteção da confiança e a tutela da segurança jurídica, como sub-princípios do Estado de Direito, assumem valor ímpar ao sistema jurídico, *cabendo-lhes o papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material*.⁴

Inerente aos princípios aludidos está a necessidade de estabilidade das situações jurídicas. A conduta deve guiar-se pela coerência, razão pela qual se repreende o comportamento contraditório, ante os interesses e expectativas depositadas na

⁴ MS n. 24.268-0, Tribunal Pleno, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, in DJU 17-09-2004.

relação jurídica.

Nas palavras de Anderson Schreiber:

(...) ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também como forte expressão da solidariedade social, e importante instrumento de reação ao voluntarismo e ao liberalismo ainda amalgamado ao direito privado como um todo.⁵

Assim, a juridicidade do princípio da boa-fé e da confiança Jurídica implica, por si só, o reconhecimento de limites por meio da tutela da proibição do *venire contra factum proprium*, no encaixe da concretização axiológica do Direito e da preservação das relações jurídicas e da efetividade dos princípios como um todo.

A tutela da proibição do *venire contra factum proprium* ou proibição do comportamento contraditório surge, pois, como uma eficácia em favor do comportamento jurídico coerente⁶.

É desdobramento lógico dessa regra que a ninguém é dado agir em contradição com seus atos anteriores em razão de um

⁵ A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 2ª. Ed., p.95.

⁶ Consoante doutrina contemporânea, a tutela da proibição do *venire contra factum proprium* está implícita no art. 422 do Código Civil quando afere que: Art. 422. *Os Contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

dever de coerência quando se avalia o comportamento dos sujeitos de uma relação jurídica.

Nesse passo leciona Judith Martins-Costa:

*O venire contra factum proprium serve como modelo ensejador de conduta. Esses são revelados no caso concreto, à luz de suas circunstâncias, em especial da finalidade do contrato, mas, como regra geral, admite-se incidirem quanto já surge uma situação jurídica ocorrida pelo factum proprium, situação da qual decorre benefício, ou expectativa de benefício, para a contraparte, à qual segue-se uma contradição, originada por um segundo comportamento pelo autor do factum proprium.*⁷

Da mesma Autora:

Na proibição do venire incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o factum proprium) contrariado pelo segundo.⁸

A proibição do *venire contra factum proprium* não tutela, pois, *dois comportamentos da mesma pessoa, diferidos no*

⁷ A boa-fé no direito privado – Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000, p.471.

⁸ A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n° 376, p. 110.

tempo, sendo o primeiro contrariado pelo segundo.⁹

Nesse sentido laborou o STJ, nos autos do AgRg nos EDcl no Recurso Especial nº 762.031/MG,¹⁰ quando vetou o *venire contra factum proprium* de comportamento de instituição financeira. O ente financeiro irresignara-se contra decisão judicial que determinara a repetição capitalizada de valores indevidamente cobrados de mutuário. Entendeu o e. Tribunal Superior que o requerimento da instituição financeira para afastar a capitalização do ônus de repetição contraria o seu próprio comportamento quando lança mão, quando credora, da cobrança capitalizada de encargos.¹¹

De modo equivalente, o STJ, nos autos do Resp 396.483/PR,¹² entendeu patente a proibição do *venire contra factum proprium* (comportamento contraditório) da União Federal ao exigir pagamento maior de alíquota de tributo de empresa, tendo como justificativa a tentativa de desqualificar sua situação jurídica como “produtora de sementes”, muito embora regularmente registrada e deste modo previamente qualificada pelo Ministério da Agricultura.

Nos dois casos citados, o comportamento incongruente gerou uma expectativa fruto da primeira conduta, motivo pelo qual

⁹ Antonio Manoel e Menezes Cordeiro, in *Da Boa-fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2001, p.745.

¹⁰ Rel. Min. Nancy Andrichi, em 28 de junho de 2006.

¹¹ A vedação do *venire contra factum proprium* está consagrada nos Tribunais Superiores, seja na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MS-AgR 25742, Min. Cezar Peluso; Recurso Extraordinário 86.782, Min. Leitão de Abreu), seja no STJ (REsp n. 95.539-SP, DJ de 14/10/96, relator Ministro Ruy Rosado; REsp n. 37.859-PR, DJ de 28/4/97, relator Ministro Ruy Rosado; REsp n. 141.879, DJ 22/6/98, relator Ministro Ruy Rosado; REsp n. 47.015, DJ de 9/12/97, relator Ministro Adhemar Maciel).

¹² Rel. Min. Humberto Martins, em 02 de agosto de 2007.

os atos contraditórios à conduta inicial implicam quebra da confiança depositada, sendo mister a repreensão, como perfilhado pelo STJ. Tem-se, pois, a proteção de uma parte da relação jurídica contra a posição contraditória assumido de outra.

Segundo a doutrina, pode-se indicar quatro pressupostos para a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido inicial desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido inicial; e, finalmente, (iv) um dano, ou potencial de dano, a partir da contradição.¹³

Esses elementos são observados no caso, v.g., do servidor público demandado pela Administração Pública para repetir o pagamento indevido de verba pública recebida em face de progressão funcional equivocada. Não obstante, tem-se a impossibilidade de a Administração Pública repetir a verba paga, pois implica prevalecer-se de situação por ela própria criada (*factum proprium* contraditório) para exigir o pagamento das quantias percebidas de boa-fé.¹⁴

No mesmo sentido, o Executado que alega a nulidade do título executivo instrumentalizado em confissão de dívida, a qual anuiu livremente. Tendo ocorrido o devido protesto das duplicadas originadas da confissão de dívida, ausente qualquer insurgência do devedor, seu comportamento posterior não corrobora a alegação de nulidade daquela, a denotar comportamento contraditório.¹⁵

¹³ Anderson Schreiber, op. cit. p.132.

¹⁴ TRF4, AC 2001.72.00.003286-3, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 01/09/2008.

¹⁵ TJRS, AC 70026306472, 12ª. Câmara Cível, Relator Judith dos Santos Mottecy, DJ 20/11/2008.

Ainda, justificada a aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* para afastar a pretensão de candidato aprovado em concurso público consubstanciada em pedido de remoção para acompanhar cônjuge quando, à evidência, o afastamento do núcleo familiar fora ocasionado pelo próprio candidato ao anuir com o edital do concurso, o qual não previa vaga para a localidade judicialmente almejada¹⁶.

Observa-se a interdição do direito postulado quando o requerente emite novo ato próprio em contradição com seu comportamento anterior.

Com base nesses pressupostos, sentenciou o Juízo Federal da 14^a. Vara Federal Cível de São Paulo, que, nos autos do Processo 96.0017436-9, reconheceu o direito à equiparação salarial (diferenças remuneratórias) em favor de servidor público em desvio de função. Muito embora afastasse a possibilidade de reenquadramento de cargo, reconheceu que o desvio de função não autoriza a Administração de furtar-se do ônus de arcar com as ineficiências ao prover cargos públicos. Assim, em face da tutela da proibição do *venire contra factum proprium* decidiu que:

De acordo com este princípio, a ninguém é dado agir em contradição com seus atos anteriores. Esse dever de coerência impede que a Administração se valha da força de trabalho de uma pessoa e, posteriormente, recuse-se a remunerá-lo pelas tarefas que excedem suas atribuições legais.

O *nemo venire contra factum proprium*, como visto alhures, unge-se de contornos principiológicos, cuja eficácia

¹⁶ TRF2, AMS 2000.5101.031774-9, 8^a. Turma Especializada, Relator Poul Erik Dyrland, julgado em 03/10/2006.

normativa é observada quando perpassa à interdição do direito postulado, salvaguardando a relação jurídica da emissão de novo ato próprio em contradição com um comportamento anterior.

Outrossim, a proibição do ato próprio contraditório não destoaria do seu caráter instrumental aos princípios da Confiança Jurídica e a Boa-fé objetiva, por se tratar de elemento de proteção à razoável expectativa alheia e de *consideração dos interesses de todos aqueles sobre quem um comportamento de fato possa vir repercutir*.¹⁷

3. A tutela do venire contra factum proprium no Processo Civil

A eficácia e validade da relação processual também afigura-se amparada pela proibição do *venire contra factum proprium*, no sentido de tutelar condutas que se opõem aos princípios éticos e inspiradores do sistema processual.

Isso porque não se tutela a surpresa na relação processual civil. O rompimento injustificado da confiança processual, em virtude de uma atitude contraditória do litigante, não pode ser angariado como ônus em prejuízo de uma das partes.

Muito embora em sede de Processo Civil o comportamento contraditório possa render azo à própria responsabilidade processual da parte - o que compreenderia a intenção malévola e a própria ética - a tutela do *nemo venire contra factum proprium* dá lastro fundamental à sedimentação de institutos processuais, v.g., os fenômenos da preclusão lógica, interesse processual.

¹⁷ Anderson Schreiber, op. cit. p.283.

Consoante a lição de Anderson Schreiber:

Os tribunais portugueses são ricos em decisões relativas à proibição do comportamento contraditório mesmo em âmbito processual, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde a maior parte das cortes não despertou para as enormes potencialidades da aplicação da boa-fé objetiva e suas manifestações ao processo.¹⁸

Nada obstante, o cenário jurídico nacional amadureceu para o emprego da proibição do comportamento contraditório em sede processual, passando a figurar como importante instrumento de saneamento do processo e tutela da lealdade processual.

Nesse sentido, o STJ, recentemente, nos autos do Resp 1085.257/SP,¹⁹ deduziu ser incoerente a permissão de que entes públicos rediscutam os fundamentos de sentença não recorrida no momento oportuno, mediante a interposição de recurso especial contra o acórdão que manteve a sentença em sede de reexame necessário. Segundo extrai-se da decisão:

Assim, há que se prestigiar a ocorrência de preclusão lógica na espécie, que tem como razão de ser o respeito ao princípio da confiança, o qual disciplina a lealdade processual (a proibição de venire contra factum proprium).

No mesmo passo, o TRF-5^a. Região afastou recurso de apelação cível, consubstanciado em pedido de nulidade dos cálculos acolhidos em sede de execução, tendo em conta a impertinência da alegação, haja vista o precatório expedido em

¹⁸ Op. cit. p. 240.

¹⁹ Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 9/12/2008.

favor dos apelantes ter se amparado em cálculos elaborados pelos próprios. Assim, entendeu o relator que:

Por essa razão, não é pertinente a impugnação à forma de aplicação dos juros de mora em cálculos por eles mesmos realizados. Trata-se de hipótese típica de preclusão lógica, face à incompatibilidade do primeiro ato processual e a faculdade exercida.

(...)

De par com isso, obsta ainda a pretensão o princípio da lealdade processual, que, calcado na noção de confiança, preconiza a vedação de venire contra factum proprium.²⁰

Desse contexto, observam-se ocorrências contemporâneas de vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) a sustentar a resolução da pretensão processual amparada em hipóteses de preclusão lógica – decorrente da *incompatibilidade do ato processual e a faculdade exercida*²¹ - e a interdição à novel faculdade em contradição com ato próprio anterior.

Consoante afere o professor José Carlos Barbosa Moreira, se o obstáculo originou-se de ato praticado por aquele mesmo que pretende impugná-lo, não se mostra factível usar-se das vias recursais e prossegue:

(...) no fundo, trata-se de aspecto particular do princípio que proíbe o venire contra factum

²⁰ TRF5, AC 2007.05.00.067194-8/CE, 1ª. Turma, Relator Francisco Cavalcanti, julgado em 09/10/2008.

²¹ TRF5, AC 2007.05.00.005461-3, 1ª. Turma, Relator Francisco Cavalcanti, julgado em 19/07/2007.

proprium, e o impedimento ao recurso, em perspectiva dogmática, subsume-se na figura denominada preclusão lógica, que consiste, como é sabido, na perda de um direito ou de uma faculdade processual pelo fato de se haver realizado atividade incompatível com o respectivo exercício.²²

A questão do *venire contra factum proprium* no processo civil, no entanto, não se resume a instrumentalizar o fenômeno da preclusão lógica. A tutela da proibição do *venire contra factum proprium* sustenta a coerência processual, o princípio da confiança e a lealdade processual.

É o caso da rejeição do Agravo de Instrumento interposto contra decisão de Magistrado que determinou a retenção do mesmo nos autos na forma retida, tendo em conta a existência de pedido expresso e anterior do próprio Agravante nesse sentido²³.

No mesmo passo, o *venire contra factum proprium* proíbe a conduta de devedor que propõe demanda anulatória de arrematação de imóvel, muito embora, anteriormente, tenha oferecido o próprio bem à penhora e, ainda, concordado com os valores dos lanços na arrematação²⁴. É também o caso do credor que concorda expressamente com a penhora realizada sobre o bem imóvel e, em momento posterior, oponha-se àquela, aduzindo hipótese de impenhorabilidade pela Lei 8.009/90.²⁵

²² Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 10 ed., Vol. V, p. 340.

²³ TJRS, AI 70015731029, decisão monocrática, Relator Carlos Alberto Etcheverry, julgado em 22/06/2006.

²⁴ TJRS, AC 700009261132, 2ª. Câmara Cível, Relator Adão Sérgio do N. Cassiano, DJ 14/09/2006.

²⁵ TJRS, AC 70016547606, 2ª. Câmara Cível, Relator João Armando B.

Essas ocorrências denotam posições jurídicas tuteladas pela proibição do *venire contra factum proprium*. A proteção do ato congruente favorece a confiança, a lealdade processual e a boa-fé e, secundariamente, desqualifica comportamentos torpes, sendo prescindível, para tanto, considerações de ordem subjetiva (não-intencional) ou demonstrações de dolo ou culpa.

Acerca disso, a doutrina de Ruy Rosado de Aguiar Júnior para quem:

A inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável ao próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual a mesma seria inviável.²⁶

Desse modo, a oposição de duplo comportamento do litigando em lide, estando o primeiro (*factum proprium*) em flagrante oposição ao segundo - lícito ou não e diferidos no tempo – justifica a tutela da proibição do *venire contra factum proprium*, a fim de tolher o comportamento contraditório e re-equilibrar a relação processual.

Esses elementos foram acolhidos pelo TRF-4^a. Região consoante assenta a seguinte ementa (grifei):

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDENTE MANIFESTAMENTE

Campos, julgado em 21/11/2007.

²⁶ Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor- Resoluções. Rio: Aide Editora. 2003, 2^a. Edição, p. 244.

INFUNDADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

(...)

4. Ademais, no presente caso, a atitude sinaliza uma evidente incoerência de posições adotadas pela executada, que, em um primeiro momento, oferece em garantia da execução os títulos da Eletrobrás, nada mencionando a respeito da necessidade - a seu sentir - de intimação da CVM, e, já em um segundo momento, após a aceitação do bem oferecido, requer a nulidade de todos os atos praticados desde então, pela suposta falta de intimação da autarquia controladora do mercado mobiliário. Dessa forma, configura comportamento contraditório, e viola o princípio da lealdade processual, que possui como máxima a vedação ao venire contra factum proprium, ou seja, coíbe a adoção de conduta contraditória com o comportamento até então adotado.

5. Destarte, aplicável à hipótese o disposto no artigo 17, inciso VI, do CPC, não merecendo retoques a decisão que condenou o procurador da executada ao pagamento de multa por litigância de má-fé em 1% do valor da causa (art. 18 do CPC).

6. Agravo de instrumento improvido.²⁷

Veja-se, no mesmo sentido, excerto extraído dos autos da AMS 2004.5101.008953-9, oriundo do TRF-2ª. Região, quando

²⁷ TRF4, AG 2008.04.00.016721-5, Primeira Turma, Relator Joel Ilan Paciornik, D.E. 02/09/2008.

do exame de pretensão recursal da Infraero em face de sentença favorável a ex-servidor demitido, com ordem de reintegração liminar, por força do art. 273, CPC e previsão da Lei 8.878/94 (Lei de Anistia):

Quanto ao recurso da Infraero, o requerimento de ‘reforma total da r. sentença’ não está acompanhado de uma argumentação correspondente, que tenha alguma relação de sentido lógico com a demonstração da existência de interesse recursal, por parte da infraero. Ou seja, primeiro a Apelante informa ao Juízo que cumpriu o julgado, o que implica a sua resignação com o decisum, momento em que restou operada a preclusão lógica. Depois, contudo, requer a reforma total da sentença. Patente, pois, a ausência de suporte lógico do apelo, à luz do postulado da **proibição do venire contra factum proprium**, tudo a conduzir ao não conhecimento do apelo da Infraero, por ausência de interesse recursal. (grifei)²⁸

Veja-se que a posição jurídica adotada pela Infraero, então amparada em comportamento processual contraditório a fato próprio anterior, embasa o não conhecimento do apelo recursal, a ponto de justificar a falência do interesse recursal.

Fato similar restou albergado pelo TJRS, nos autos do AI 70027911957. Na oportunidade, aquele e. Tribunal acolheu a carência de interesse recursal em desfavor de Agravante, o qual argumentava a impossibilidade de conversão do pedido de obrigação de fazer em perdas e danos. Entendeu-se que a

²⁸ 8ª. Turma Especializada, Relator Poul Erik Dyrland, julgado em 27/11/2007.

insurgência apresentada caracterizou verdadeiro *venire contra factum proprium*, haja vista que:

Na peça nominou como 'execução de sentença'- fls. 18/50, o agravante postula o depósito dos valores correspondentes às ações a que entende fazer jus. Portanto, ele mesmo já convertia o pedido em perdas e danos, sendo absolutamente incongruente que agora se insurja contra a determinação do juízo para que assim se proceda. Aliás, na petição inicial já foi formulado pedido alternativo (fls. 11/17).²⁹

Na mesma senda o STJ, consoante a seguir ementado (grifei):

PROCESSUAL CIVIL.
PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA
DECLARAR PREQUESTIONADOS OS
DISPOSITIVOS LEGAIS SUSCITADOS.
INSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE
EFETIVO ENFRENTAMENTO DOS
TEMAS. "VENIRE CONTRA FACTUM
PROPRIUM".

I - O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, mesmo com a oposição dos embargos de

²⁹ 19^a. Câmara Cível, Relator Guinther Spode, julgado em 12/12/2008.