

A PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO

*Há muitos modos de afirmar,
há só um de negar tudo.*

Machado de Assis

Beatriz Flores Ayres

Graduada em Direito pelo Uni-BH. Advogada.

Mariana Andrade Rodrigues

Graduada em Direito pela UFMG em 2004. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL, 2006. Mestre em Direito Privado pela PUC-Minas em 2009. Professora no UNI-BH. Advogada.

RESUMO

O artigo analisa o instituto conhecido como *venire contra factum proprium*, que se apresenta como corolário do princípio da boa-fé objetiva e, mais amplamente, da tutela da confiança. Trata-se, em suma, da vedação do comportamento contraditório nas relações jurídicas. Verificam-se os elementos necessários à aplicação da proibição: atuação material inicial, expectativa legítima de manutenção do comportamento, investimento, econômico ou não, refletido em prejuízo, e duplo nexo de causalidade (entre a atuação inicial e a expectativa e entre a expectativa e o dano). Aborda-se a visão do instituto em ramos diversos do direito, com suas peculiaridades. Por fim, delimitam-se as consequências possíveis de sua violação: obrigação de contratar, de aceitar o contrato nulo e de indenizar.

PALAVRAS-CHAVE: contrato, confiança, *venire contra factum proprium*.

ABSTRACT

This paper analyses the institute known as *venire contra factum proprium*, which is presented as a corollary of trust protection. In short, it prevents contradictory behavior in legal relations. To implement the institute, four elements are necessary: inicial behavior, truthful expectation, investment – economic or otherwise – reflected in losses, and dual causation (between inicial performance and expectation and between expectation and damage). It adresses the vision in various fields of Law, with its peculiarities. Finally, the possible consequences of violation are established: duty to contract, to accept invalid agreements and civil liability.

KEY WORDS: contract, trust, *venire contra factum proprium*.

1- INTRODUÇÃO



Em um mundo de constante mudança, seja em razão da globalização, do avanço tecnológico e científico, da crise ou ascensão de uma economia, ou, ainda, de um sistema político, a insegurança nos atos negociais faz-se assustadoramente presente.

As relações jurídicas, antes cercadas de atos coerentes, hoje estão à mercê da mutação da contemporaneidade. A incoerência nas relações tem ocorrido cada vez com mais frequência, uma vez que a mudança de comportamento das partes tende a acompanhar as mudanças dos fatores externos das relações.

Embora o dinamismo deste cenário e a incerteza por ele gerada já não cause tamanha surpresa, é fato que a constância de determinado comportamento nas relações jurídicas e comerciais gera, na outra parte ou em terceiros, confiança de que referido comportamento permanecerá o mesmo. Tal expectativa é frustrada pela ação da parte que vem a contradizer seu anterior posicionamento.

A necessidade de coerência nas atitudes do indivíduo com seu comportamento anterior é o que se pretende tratar neste trabalho. O instituto aqui estudado visa proteger a confiança nas relações e proporcionar segurança jurídica. O objetivo não é a defesa cega e imutável da coerência, e sim demonstrar a “necessidade de tutelar as legítimas expectativas e as fundadas esperanças daqueles sobre quem o comportamento repercute”. (SCHEREIBER, 2007, p. 6)

A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) não é expressamente regulada no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, é corolário do princípio da boa-fé. Sabe-se que a boa-fé objetiva é princípio limitador do exercício de autonomia nas relações privadas, impondo cooperação e lealdade entre as partes e vedando condutas contraditórias. Mas até que ponto a proibição do comportamento contraditório deve limitar a autonomia da vontade entre as partes? Até que ponto deve-se proibir a conduta contraditória? As formalidades de um negócio jurídico devem prevalecer sobre a confiança gerada por um comportamento inicial? O *venire contra factum proprium* deve ser considerado um princípio do Direito brasileiro? E, ainda, quais as sanções para o indivíduo que quebra a confiança de outrem em razão de agir contrariamente ao seu comportamento inicial?



A proposta deste trabalho não é apenas entender o que é o *venire contra factum proprium*, mas também e principalmente identificar as formas e critérios de sua aplicação. É trazer à tona a necessidade de se estabelecer segurança nas relações sem, no entanto, suprimir a liberdade contratual das partes.

Assim, pretendemos analisar o conteúdo e os pressupostos do *venire contra factum proprium*, bem como verificar se o comportamento de um indivíduo deve gerar a obrigação de contratar ou indenizar a parte prejudicada pela quebra da segurança jurídica. Trata-se tema de grande relevância, porém, diante de sua importância, pouco explorado e na doutrina e pouco desenvolvido na jurisprudência.

2- A EVOLUÇÃO DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

Para compreender a importância da aplicação de determinado instituto e das tendências atuais que ele apresenta, faz-se mister observar sua evolução ao longo da história, não só do país em que se pretende aplicá-lo, mas também naqueles que influenciaram suas normas e doutrina.

O ordenamento jurídico, bem como a doutrina brasileira, sofreu fortes influências do Direito Romano, em especial, mas, ainda, do Direito Alemão, Francês e outros. Como dito anteriormente, apesar do aprofundamento no estudo do instituto do “*venire*” ser relativamente atual, suas bases e conceitos estão presentes em sistemas jurídicos e culturais antigos.

Ao estudar esse tema, encontramos origens e exemplos do “*venire*” no Direito Romano, Canônico, Alemão, Português e, ainda, no sistema do Common Law. Em alguns desses sistemas existem institutos com a mesma finalidade do *venire*, embora com nomenclaturas diferentes.

2.1 A evolução do *venire* nos diversos países

A proibição do comportamento contraditório, ainda que não com essa denominação, já se verificava entre os romanos; já se observava no *Corpus Iuris Civilis* a não aceitação da contradição com o



comportamento anterior. Vale como exemplo a disposição que proibia aos co-proprietários de terreno em que se constituíra servidão de passagem, que já tinham autorizado o beneficiário a ser titular da servidão, propor ação contra o mesmo pela turbação da posse. Ou seja, os co-proprietários que não haviam concedido autorização poderiam acionar o beneficiário da servidão pela turbação da posse do terreno, mas aqueles que a haviam concedido não poderiam contradizer o seu comportamento anterior. (SCHEREIBER, 2007, p. 20.)

Entretanto, doutrinariamente, o estudo do “*venire*” muito deve ao Direito Alemão. É o autor alemão Riezler que diz não haver no Direito Romano uma regra geral que proíba o *venire contra factum proprium*, mas sim a vedação a tal conduta em casos particulares. Ainda, segundo ele, no Direito Canônico o *venire* não é um princípio geral de Direito, é tão somente um respeito aos valores católicos. Para Riezler, a proibição do comportamento contraditório não é um princípio geral, mas sua verificação no caso concreto deve gerar sanção ao agente. Mas foi Claus-Wilhelm Canaris quem enquadrou a proibição do “*venire*” como uma “responsabilidade pela confiança pela necessidade ético-jurídica”. (apud FERNANDES, 2008, p.9)

Como dito, existem, em outros ordenamentos e sistemas jurídicos, institutos semelhantes ao “*venire*” que possuem nomenclaturas diferentes e, contudo, o mesmo objetivo. É o caso do instituto anglo-saxônico do *promissory estoppel*, que também visa a proteger a confiança, impedindo sua quebra por uma conduta diferente da que vinha sendo praticada por um determinado agente. Embora associado apenas à figura do *estoppel*, o sistema do *Common Law* também adota a postura de repressão ao comportamento contraditório.

Quanto às doutrinas italiana, espanhola, suíça e francesa, nenhuma está alheia à proibição do “*venire*”, por considerarem o comportamento contraditório, nos casos em que se verifica a quebra de confiança, abuso de direito. Na Grécia, doutrina e jurisprudência, em razão da proibição do “*venire*”, têm refutado a nulidade de contratos em razão de formalidades descritas na lei. (FERNANDES, 2008, p. 13)



Ressalta-se que até mesmo as convenções de Direito Internacional têm repudiado o comportamento contraditório nas relações negociais, como, por exemplo, a Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, cujo texto insere a vedação: “*A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission.*” (uma parte não pode invocar uma falha no cumprimento da outra, na medida em que a referida falha foi causada por um ato ou omissão anterior da primeira parte – tradução livre). (Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. 1980)

Em Portugal, a doutrina e a jurisprudência também reconhecem e admitem este instituto. Aliás, nesse país encontra-se um dos pioneiros no estudo da boa-fé: “Menezes Cordeiro engloba o princípio da proibição de *venire* na tutela da confiança e inclui a figura de *venire* no domínio das denominadas ‘regulações típicas de comportamentos abusivos’”. (FERNANDES, 2008, p.14)

Observa-se que em toda parte, nos diversos ordenamentos e doutrinas jurídicas, há alusão à vedação do comportamento contraditório, seja como teoria geral ou princípio. Porém, em nenhum deles há expressa previsão legal para tal proibição.

Por fim, existem outras duas figuras jurídicas cujos conceitos têm sido considerados como formas de “*venire*” por alguns autores, como, por exemplo, Ruy Rosado Aguiar Junior, Mota Pinto e Cunha de Sá. São elas a *supressio* e a *surrectio*. Na primeira, temos a supressão de um direito pelo seu não exercício por considerável decurso de tempo, graças à expectativa de que já não viria a ser exercido. Já na segunda, temos o contrário, a aquisição de um direito derivada de um comportamento contraditório. Todavia, este pensamento não é unânime nem no âmbito doutrinário, nem no jurisprudencial. Há autores que entendem serem essas duas figuras distintas do “*venire*”; para estes, a *supressio* e a *surrectio* seriam sanções decorrentes do comportamento contraditório.

2.2 A evolução do *venire* no Brasil



No Brasil, particularmente, a preocupação com a dignidade humana em todos os seus aspectos, e especialmente com os valores sociais e com a boa-fé nas relações pessoais, foi consagrada com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir de então, nosso ordenamento jurídico passou a conter normas que, embora não expressamente, traduzem o instituto de proteção às relações jurídicas que aqui se pretende estudar.

Por exemplo, a publicação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, trouxe novos paradigmas à área contratual, impondo deveres de informação, segurança e cooperação. O Código Civil de 2002 reproduz veementemente, no âmbito de todas as relações particulares, esses novos rumos do direito privado, tendo como pilares a eticidade, a socialidade e a economicidade, em que se destacam as normas contratuais explícitas de função social do contrato, equilíbrio econômico, e, claro, boa-fé objetiva.

Ao estabelecer normas expressas sobre boa-fé e proteção das relações jurídicas e, principalmente, contratuais, o referido *codex* apenas expressou o que já era adotado pela cultura jurídica brasileira, não trazendo inovações reais. Nas palavras de Anderson Schreiber (2007, p.74):

“...não se poderia esperar que o novo Código Civil brasileiro inovasse trazendo uma norma geral expressa de proibição ao comportamento contraditório. Repetiu, contudo, aquelas diversas normas casuísticas – passadas do direito romano às codificações européias e daí ao Código Civil de 1916 –, que parecem revelar uma subjacente repressão legislativa ao comportamento incoerente.”

A doutrina brasileira seguiu o mesmo caminho, sendo até hoje parca em estudos sobre o instituto do “*venire*” ou sobre a necessidade de um princípio objetivo e concreto para vedar o comportamento contraditório nas relações jurídicas. Fato este que dificulta a compreensão e, conseqüentemente, a aplicação do mesmo. Isso é facilmente percebido pois, apesar das menções ao “*venire*” na jurisprudência pátria, ainda não se vê tal aplicação de forma pacificada e, por que não dizer, satisfatória.

3 - FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

3.1 Natureza Jurídica do princípio *nemo potest venire contra factum proprium*



Mesmo que não previsto expressamente no ordenamento brasileiro, a natureza jurídica da proibição ao *venire contra factum proprium* é de princípio.

Segundo SCHREIBER, em razão da necessidade de se tutelar a confiança, o “*venire*” não reflete uma proibição à simples incoerência do indivíduo; configura um princípio de proibição à ruptura da confiança causada por esta incoerência. Em suma, o fundamento da vedação do comportamento contraditório é a tutela da confiança, que mantém relação íntima com a boa-fé objetiva. (SCHREIBER, 2007, pág. 101.)

3.2 O Princípio Geral da Boa-Fé

O Código Civil vigente surgiu em um momento da história da humanidade em que se buscavam os direitos de solidariedade. Traz, portanto, uma alteração nas relações privadas, especialmente nas relações contratuais. A chamada autonomia das partes para contratar ganha um princípio limitador: a boa-fé objetiva.

Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (Código Civil, art. 422)

Faz-se necessário explicar a diferença entre boa-fé subjetiva e objetiva. A boa-fé subjetiva refere-se aos elementos psicológicos, inerentes ao sujeito, é a ação do agente baseada em sua crença, é a intenção do sujeito ao agir. Analisa-se a convicção do agente, o nível de conhecimento sobre determinado fato jurídico.

Por outro lado, quando falamos em boa-fé objetiva, e é a esta que vamos nos ater, falamos em fidelidade e lealdade a um determinado comportamento. Trata-se de uma regra ética e um princípio jurídico de não abusar da confiança alheia. Verificam-se os comportamentos e as conseqüências de determinado ato e não a intenção do agente ao praticá-lo.

Esta, ao contrário daquela, assenta na análise dos comportamentos objectivamente considerados e das conseqüências de determinado acto ao invés de indagar sobre a intenção do sujeito que o praticou. A boa fé



objectiva diz assim respeito a elementos externos à norma de conduta, que determinam como se deve agir e não como se agiu. Pode a boa fé, assim considerada, ser definida como um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade.” (FERNANDES, 2008, p.24)

O princípio da boa-fé (objetiva) nasce de uma nova concepção, que toma o contrato como realidade social entre as partes, cujos efeitos atingem a sociedade, em razão do interesse coletivo de promover os parâmetros de honestidade e lisura.

Também denominada boa-fé contratual, a boa-fé objetiva traduz a solidariedade social no campo dos contratos. Atribui-se a ela tríplice função no sistema jurídico:

- Função hermenêutica: a boa-fé exige que a interpretação das cláusulas contratuais seja feita conforme a lealdade e honestidade entre as partes. Essa função é prevista no Código Civil, art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.
- Criação de “deveres anexos”: a boa-fé estabelece deveres secundários à obrigação principal, que independem da vontade das partes. Como exemplos, temos os deveres de informação, segurança, proteção e sigilo, alguns dos quais já expressamente previstos em lei.
- Função restritiva de direitos: a boa-fé veda comportamentos que, mesmo previstos legal ou contratualmente, não estão de acordo com os ditames éticos. Essa é a função que interessa ao estudo do presente tema.

A boa-fé, considerada como princípio básico, é um dos pilares da teoria contratual atual. Tem-se a satisfação da boa-fé quando o comportamento esperado de uma relação jurídica corresponde ao comportamento das partes no decorrer de sua execução.

3.3 O Princípio da Confiança

Originário do Direito Romano, o princípio da confiança tem o objetivo de proteção da confiança depositada pelos sujeitos no decorrer da relação jurídica.



“Poder confiar” é condição básica de toda convivência pacífica; sendo assim, a ausência de tutela da confiança e das expectativas legítimas criadas por atos comunicativos desestabilizaria todo tipo de interação humana. Confia-se que o modo de agir dos sujeitos seja compatível com aquele socialmente esperável.

O princípio da boa-fé mostra-se fundamental para a concretização da tutela da confiança; nas relações jurídicas, deve-se ter a certeza de que há veracidade nos atos dos indivíduos. Apesar disso, o princípio da confiança transcende a boa-fé, refletindo-se no Direito de uma forma geral. Ou seja, o princípio da confiança promove a previsibilidade do Direito, assegurando que a fé na palavra dada não é infundada.

Assim como a boa-fé objetiva é fruto de solidarização do direito, a tutela da confiança valoriza o aspecto social do exercício dos direitos, uma vez que os efeitos das condutas individuais já não dependem exclusivamente da vontade do agente e dos requisitos formais, mas também dos reflexos que tais condutas tenham sobre os terceiros. Há uma alteração no foco do Direito; o que antes voltava-se para a fonte das condutas, hoje prioriza seus efeitos fáticos. Nesse sentido,

... 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... (SCHREIBER 2007, p. 95)

Para Menezes Cordeiro, a confiança, como objeto da reflexão jurídica, exprime

a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela. (2001, p. 897)

O direito brasileiro não explicitou positivamente o princípio da confiança como um princípio independente. Não obstante, há situações nas quais é latente a tutela daquele que confiou, de forma que tal proteção se sobreponha à autonomia daquele que provocou o fato prejudicial, ainda que não haja remissão expressa à confiança.



Há forte aproximação entre os conceitos do princípio da confiança e a boa fé; o traço distintivo é que, na boa-fé, a reciprocidade é indispensável. No atual estágio de desenvolvimento jurídico, a confiança e a boa-fé objetiva chegam a ser confundidas. Neste sentido, Menezes Cordeiro afirma:

...a consagração dos dispositivos gerais, implícitos no dever atuar de boa-fé e no exercício inadmissível de posições jurídicas, capazes de, nalgumas das suas facetas mais significativas, proteger a confiança, demonstram, nesta, um vetor genérico. Mas dão, também, o tom da generalização possível: a confiança, fora das normas particulares a tanto dirigidas, é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de atuar de boa-fé ou se concretize um *abuso de direito*. (2001, p. 901)

Apesar de não previsto expressamente no ordenamento jurídico e, mesmo que ainda confundido com o princípio da boa-fé, como acima relatado, os tribunais brasileiros têm se valido do conceito de confiança e reconhecido a necessidade de sua tutela, embora não com a frequência almejada. Veja-se:

Com efeito, tendo em vista a dimensão social e econômica alcançada pelas relações obrigacionais, **espera-se das partes cooperação e confiança na realização dos negócios jurídicos**. Atuam aí os princípios da proteção da boa-fé objetiva criando deveres de cooperação, informação e lealdade e, **fundamentalmente, da confiança vinculando as partes à não frustrar imotivadamente as expectativas legítimas criadas por sua conduta**. Explica a doutrina: “Considerados individualmente, pode-se dizer que os deveres de lealdade **constringem as partes a não praticar atos** (comissivos ou omissivos), anteriormente à conclusão do contrato, durante a vigência dele ou até após a sua extinção, **que venham frustrar as legítimas expectativas encerradas no ajuste, ou dele legitimamente deduzidas**. (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. p. 112; MENEZES CORDEIRO, 1986, pp. 606-607. apud Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul - Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/verjur.asp?art=189> - grifo nosso)

3.4 A Teoria do Abuso do Direito

Constitui abuso e, portanto, ato ilícito, o exercício irregular de um direito legal ou contratualmente assegurado, que, desviado da destinação social e econômica para qual foi criado, acarrete dano à outra parte. Ressalte-se o caráter objetivo da disciplina: o simples fato de alguém se exceder no exercício de direito, causando prejuízo a terceiros, gera dever de indenizar, independentemente da verificação de culpa.



A positivação da teoria do abuso de direito, no ordenamento brasileiro, ocorreu com o Código Civil que, no artigo 187, estabeleceu limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos, impondo a observância do princípio da boa-fé e a finalidade social e econômica.

A premissa desta teoria é a relativização dos direitos, o intuito de evitar o exercício abusivo pelos seus titulares; é a garantia o bem-estar das relações jurídicas na sociedade.

A responsabilidade civil pelo ato abusivo de direito fundamenta-se na utilidade social: o exercício irregular do direito é, socialmente, menos útil do que a reparação do dano causado pelo titular deste mesmo direito.

4- PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

É de suma importância destacar que não são todos os comportamentos contraditórios que devem ser proibidos e/ou sancionados. Se fosse assim, as atitudes das partes de relações jurídicas teriam que ser imutáveis e independentes dos fatores externos, o que de uma forma ou outra também poderia gerar dano. Destaca-se, ainda, que não basta uma atitude incoerente para se fazer uso do princípio. Essa incoerência deve ferir a confiança da outra parte e/ou de terceiro e, conseqüentemente, causar danos.

Existem, basicamente, três elementos para a caracterização do “*venire*”: comportamento ou conduta inicial, geração de expectativa e investimento na expectativa gerada; ou seja, um estado de confiança, o comportamento contraditório e o dano causado pela contradição. Neste trabalho, inserimos também como pressuposto o nexo de causalidade. Vejamos cada um de forma mais detalhada.

4.1 *Factum proprium* ou conduta inicial

O chamado *factum proprium* é o primeiro pressuposto do *venire*, e nada mais é que o comportamento, o ato inicial. Alguns autores denominam a conduta inicial “conduta vinculante”; entretanto, essa denominação não é adequada, pela seguinte razão: o instituto da não-contradição,



como forma de se proteger a confiança e a expectativa de uma das partes das relações, incide, principalmente, sobre os comportamentos que se encontram à margem do direito positivo (aqui, incluímos os atos e negócios jurídicos) e, por conduta vinculante, temos o conceito de um comportamento juridicamente relevante e eficaz.

Outro equívoco que se observa nos estudos relacionados ao “*venire*” é a associação do *factum proprium* a um ato jurídico. Para Orlando Gomes, atos jurídicos são “manifestações de vontade que produzem, em virtude da cobertura legal, a aquisição ou a extinção de direitos” (2001, p. 239 – grifo nosso). Ora, se um comportamento inicial já é vinculado ao direito positivo, se há cobertura legal, não há que se falar em impedimento do ato posterior, ou sanção, em razão da proibição do *venire contra factum proprium*; falar em proteção da confiança seria irrelevante, uma vez que, sendo o comportamento um ato prescrito, a contradição já gera, automaticamente, a responsabilidade civil do agente. Ou seja, o comportamento contrário àquele descrito no direito positivo, no âmbito civil, especificamente, acarreta ao autor do fato a responsabilidade de indenizar o sujeito lesado, ou de reparar o dano ocasionado. A proibição do “*venire*” torna-se relevante, então, por tratar de um ato inicial material.

Sendo assim, o *factum proprium* não é uma conduta vinculante, à luz do direito positivo. Portanto, não se pode dizer que uma conduta inicial sujeita ao *nemo potest venire contra factum proprium* tem de ser juridicamente relevante e eficaz, como na maioria das vezes não o é. Ressalta-se que é, justamente, pelo fato do *factum proprium* ser desconsiderado pelo direito positivo, que se faz necessária a tutela da confiança.

Eis, aliás, o que há de mais sedutor no *nemo potest venire contra factum proprium*, e o que consiste na sua mais nobre função, qual seja, a de correção das injustiças provocadas pelo formalismo excessivo do sistema jurídico positivo. (SCHREIBER, 2007, p. 134)

As negociações preliminares de um contrato são exemplos de conduta inicial, mas a celebração do contrato em si, não, visto que este ato é vinculado ao direito positivo. Percebe-se que o *factum proprium* é visto sob uma ótica fática, objetiva, material, e não sob uma ótica jurídica, e para que sob esta seja observado tem que haver repercussão na legítima confiança de um terceiro. Em suma, a



conduta inicial não é, a princípio, juridicamente relevante; torna-se assim pela necessidade de tutelar a confiança por ela gerada.

4.2 Estado de Confiança

A confiança a ser tutelada é a que se pode considerar legítima, isto é, deve ser justificada, objetivamente criada. Neste sentido, ensina Anderson Schreiber:

Não basta, todavia, o estado de confiança; é preciso que tal confiança seja legítima (...) O *nemo potest venire contra factum proprium* também não tutela a confiança do deslumbrado, que obtém financiamentos a juros elevados e adquire bens de alto valor, por conta dos resultados oriundos de uma futura contratação que ele tem como certa a partir de um convite para almoçar. (2007, p.134)

Veja-se a aplicação do conceito de confiança legítima em decisão do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul:

Há, assim, estreita ligação entre eficácia de vinculação das promessas e demais negócios unilaterais e o princípio da confiança. Observe-se a doutrina: “Trata-se, evidentemente, de uma confiança adjetivada a confiança legítima (também dita “expectativa legítima”). O qualificativo “legítima”, apostado à idéia de confiança ou de expectativa confere objetividade ao princípio, afastando-o das puras especulações psicológicas. (...) Assim objetivada e dotada que é de conteúdo moral e de relevância econômica, a confiança acaba por compor o núcleo do Direito das Obrigações atual e, vinculada que é à boa-fé objetiva, transforma-se em fonte de eficácia jurídica, servindo, também como fundamento da vinculabilidade dos negócios jurídicos. (Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul - Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/verjur.asp?art=189>)

O estado de confiança somente poderá ser verificado no caso concreto. A doutrina fala em indícios da adesão ao *factum proprium* pelo confiante. Normalmente, quando se observa um prejuízo, tem-se indício que o confiante, em algum momento, aderiu à conduta inicial. Outros indícios que podem ser observados são a efetivação de despesas em razão desta conduta, ou, ainda, a publicidade das expectativas geradas em torno dela. Contudo, os indícios da legítima confiança não são cumulativos e “a falta de algum deles pode ser suprida pela intensidade especial que assumam os restantes”.(MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 759)

Vimos que a confiança legítima é baseada em fatores objetivos, mas não se pode ignorar completamente o estado de espírito da pessoa que confiou. Conclui Magda Mendonça Fernandes:



O que não podemos concordar é com o entendimento que protege, sem mais, nomeadamente sem analisar o estado de espírito de quem confiou, a confiança objectivamente criada. E isto porque, em primeiro lugar, mesmo os Autores que pugnam pelo carácter objectivo da confiança não deixam de reconhecer que a tais “elementos objectivos” deverá ainda ser aditado um elemento subjectivo: o confiante deve ignorar a “instabilidade” do *factum proprium* sem ter deixado de cumprir com os seus deveres de indagação que cabem no caso concreto. Esta ideia está intimamente conectada com o requisito da justificação da confiança.

Tanto significa que o confiante só é merecedor de tutela jurídica, se o confiante efectivamente aderiu ao facto gerador da confiança. Ora, se assim é, arriscamos entender que a confiança que deverá relevar neste campo não é a objectiva, mas antes a subjectiva. (2008, p. 34)

O que se espera do confiante, para verificar o estado de confiança, é que tenha agido ou deixado de agir em razão da expectativa criada pelo *factum proprium*, ou seja, que tenha ocorrido um investimento do confiante em razão do comportamento da outra parte. Ressalta-se que, apesar ser mais fácil verificá-lo e este seja mais comum, não necessariamente esse investimento tem que ser económico. Vejamos:

Sendo a confiança gerada de forma justificada, temos então um investimento de confiança, isto é, a parte que confia, com base na expectativa criada pela outra parte, desenvolve certa actividade ou omite certo acto. Este investimento deve naturalmente ser irreversível, o que sucederá quando a outra parte, com base na situação de confiança criada, organizou planos e tomou opções de vida que, caso a sua confiança venha a ser frustrada nos resultados de tais opções, a farão incorrer em danos não removíveis de outra forma(...). Mas o investimento desenvolvido pela outra parte não tem necessariamente que adquirir carácter económico para que se verifique o pressuposto. Entender de outro modo excluiria, injustificadamente, uma ampla panóplia de casos em que a parte induzida a acreditar que o negócio é querido por ambas as partes e será concluído faz investimentos de outra monta, até familiares, sociais e morais. (FERNANDES, 2008, p. 36)

Enfim, não se pode confundir a legítima confiança com a crença romântica no comportamento de outrem. Somente a primeira enseja a aplicação da proibição ao “*venire*”.

4.3 Comportamento contraditório do agente

Este é o terceiro pressuposto do “*venire*”; como o próprio título diz, é o comportamento contraditório à conduta inicial. Neste caso, não há exigências ou requisitos, nem mesmo se considera a intenção do agente, basta que haja a contradição. Entende-se por contradição uma incompatibilidade entre dois comportamentos ocorridos em tempos diferentes.



Alguns autores referem-se ao ato contraditório como o exercício de um direito em contradição com um comportamento assumido anteriormente pelo titular. Isso porque a ação contraditória ao comportamento inicial se dá por meio lícito, é o exercício de um direito, aceito pelo ordenamento jurídico positivo, realizado de forma abusiva e irregular, como capítulo acima mencionado. Caso contrário, tratando-se de atos ilícitos, as regras de direito positivo cuidariam das sanções cabíveis, tornando desnecessária a aplicação do "venire" como forma de proteção a confiança, como já demonstrado.

O *venire contra factum proprium* é apenas uma conduta, a princípio lícita, que, em razão de um comportamento anterior, torna-se ilícita por ferir a confiança que a conduta inicial inspirara.

Um exemplo comum para demonstrar a idéia do *venire contra factum proprium* é o caso do locador de um imóvel que, todo mês, aceita receber o aluguel com 5 (cinco) dias de atraso. Após meses, sem se opor a tal fato, resolve o locador mudar de conduta e passa a exigir a multa moratória do período. Ora, essa mudança repentina frustra legítima expectativa do inquilino, já que durante meses o locador tolerou o pagamento do aluguel com dias de atraso. Essa contradição do locador é suscetível da aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*.

4.4 Dano

A ocorrência ou a ameaça do dano também são pressupostos para aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*.

O dano que se tenta evitar com a aplicação do "venire" não tem caráter exclusivamente patrimonial; há a possibilidade de se falar em dano moral, não ocasionado pela ruptura da legítima confiança em si, mas, em determinados casos, como reflexo da referida ruptura, que pode causar frustração de expectativas referentes à personalidade, como honra e dignidade.

A simples ameaça de dano já torna possível a proibição do *venire*, mesmo porque a intenção deste instituto não é apenas reparar o dano causado pelo comportamento contraditório, mas, também,



impedir que ele ocorra. Neste caso, naturalmente, não há falar em indenização, mas na determinação de obrigação de fazer ou não fazer.

4.5 Nexo de Causalidade

Apesar de não ser mencionado pela doutrina como pressuposto do “*venire*”, o nexo de causalidade é um elemento de suma importância para sua aplicação. Há dois nexos necessários: um, entre o ato inicial da parte e a confiança gerada em terceiros; outro, entre o comportamento contraditório e o dano. É preciso que ambos se verifiquem; caso contrário, não há que se vedar o comportamento contraditório de um sujeito.

5-APLICAÇÃO DO “VENIRE” NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO

Até este momento, tratamos de generalidades em torno do tema proposto; passemos a analisar a aplicação do instituto estudado. Existem, nos diversos ramos do Direito brasileiro, princípios que, embora por vezes com outra nomenclatura, têm o mesmo objetivo do instituto do “*venire*”: a proteção da confiança e, conseqüentemente, a manutenção da segurança jurídica nas relações. Entretanto, não é por já haver princípios específicos para cada ramo do direito que o *nemo potest venire contra factum proprium* não pode ser aplicado.

5.1 No Direito Administrativo

Apesar de se verificar com maior frequência, não são apenas as relações jurídicas de direito privado que estão submetidas à vedação do *venire*. O Poder Público, quando gerar expectativas para o cidadão em decorrência de seus atos, também estará sujeito à aplicação do referido instituto, uma vez que não há razões para que se excluam os entes públicos dos deveres de lealdade e eticidade; muito antes pelo contrário, deles deve partir o exemplo.



Em relação aos atos da administração, os princípios da confiança e da segurança pública trazem aos atos administrativos força de caso decidido; assim, há no ato administrativo uma propensa imutabilidade que se traduz pela auto-vinculação da administração na qualidade de agente.

A irrevogabilidade dos atos administrativos tem por objetivo a proteção dos interesses e da confiança daqueles a que se destinam. Sendo assim, não há que se discutir a aplicação da vedação ao “*venire*” na administração pública. Neste sentido, Judith Martins-Costa:

... o Direito administrativo e o Direito Tributário constituem campos férteis de aplicação do *venire contra factum proprium* [e, portanto, da boa-fé], uma vez que a Administração, valendo-se (por vezes de forma inadmissível) de sua posição de superioridade e da presunção de legalidade dos atos administrativos, fere direitos subjetivos dos particulares ou atropela as legítimas expectativas dos particulares que confiaram, justamente, naquela presunção de legalidade, daí a necessidade, também nessa seara, da proteção à boa-fé” (in REALE, p. 40)

5.2 No Direito Tributário

O Direito Tributário, para garantia da confiança e da segurança jurídica dos contribuintes, estabelece o princípio da anterioridade, previsto no artigo 150, III, b e c, da Constituição. Segundo este princípio, a Lei que instituir ou aumentar tributos só poderá entrar em vigor no ano financeiro seguinte, respeitando ainda o prazo mínimo de noventa dias.

Isso porque o contribuinte tem um planejamento financeiro para pagamento dos tributos baseado em uma legislação, ou seja, o contribuinte tem a confiança de que o valor que despenderá para quitação das suas obrigações tributárias não será alterado repentinamente. A alteração do valor e a criação de novos tributos acarretam considerável aumento na despesa do contribuinte e a mudança inesperada e imediata no comportamento do Estado geraria a quebra da confiança e do planejamento do contribuinte. Como se viu, nem no âmbito do poder público admitem-se a quebra da confiança e a insegurança jurídica, ressalvadas as exceções legais, como os casos de empréstimo compulsório (casos de guerra ou calamidade pública).

Entretanto, a segurança protegida pelo princípio da anterioridade somente gira em torno da instituição e majoração dos tributos. Os demais casos de comportamento contraditório do Estado,



que ocorrem, na maioria das vezes, em relação à incoerência das autoridades fiscais, de quebra da confiança do contribuinte, devem ser tutelados pela proibição do “*venire*”.

É, ainda, aplicável o instituto em relação aos contribuintes; neste caso, falamos dos conceitos de obrigação e responsabilidade tributária. Um contribuinte que assume a conduta de responsável pela obrigação tributária não pode se escusar dela agindo em contradição com suas condutas anteriores. Por exemplo, uma pessoa que age como administradora de uma empresa e que se apresenta como tal nos negócios jurídicos dela, mesmo não constando em seu ato constitutivo, não pode se escusar da responsabilidade.

Neste sentido, decide a jurisprudência brasileira:

No tocante ao pedido de responsabilização do Reitor da Ulbra, com esteio no art. 135, *caput* e inciso III, do CTN, vejo como plausíveis os argumentos da Fazenda Nacional. Conforme demonstra a parte exequente, **apesar de Ruben Eugen Becker não constar nos cadastros da Receita Federal como representante legal da CELSP, figura como o seu real administrador.** Haja vista haverem sido outorgados amplos poderes, por meio de procurações, a Ruben Eugen Becker (fl. 08). Como exemplo, aponta a Fazenda Nacional o fato de o Reitor da Ulbra ter firmado escritura pública de promessa de compra e venda (documentação juntada nos autos n. 200771120005425), qualificando-se como representante legal da CELSP. Os documentos das fls. 66/81 corroboram, também, as afirmações aqui feitas. Em face de todos os elementos elencados, **eventual conduta do Reitor, de negar a sua posição de administrador da CELSP, recairia inclusive na figura do *venire contra factum proprium*.** (...) Dessa forma, acolho a tese da Fazenda Nacional, reconhecendo que Ruben Eugen Becker é o real administrador da CELSP. Superado esse ponto, passo a verificar se os atos levados a efeito pelo Reitor da Ulbra ensejam a sua responsabilização, a teor do art. 135, *caput* e inciso III, do CTN. (Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul - EXECUÇÃO FISCAL Nº 2009.71.12.000414-4/RS. Juiz Federal Guilherme Pinho Machado. Data 19/03/2009. Disponível em http://www.sinpro-rs.org.br/ulbra/execucao_fiscal_N2009-71-120004-14-4_2.pdf)

5.3 No Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho, por sua vez, vale-se do princípio da primazia da realidade, segundo o qual, na análise das questões relativas às relações de trabalho, deve-se observar a realidade dos fatos em detrimento dos aspectos formais do contrato de trabalho.

Isso porque, durante a relação de trabalho, o empregado, em razão de sua condição de subordinação e dependência, não pode opor-se à formalização de alterações contratuais. No âmbito trabalhista, é comum haver alterações, ao longo do tempo, nas condições de trabalho pactuadas. Salvo raras



exceções, essas mudanças não são formalmente incorporadas ao contrato de trabalho. Não resta, portanto, alternativa ao empregado, a não ser confiar que o empregador, mesmo sem o contrato devidamente formalizado, cumprirá com as obrigações assumidas na relação. A quebra dessa confiança fere o princípio da primazia da realidade, que neste caso, confunde-se com o instituto do “*venire*”.

Todavia, existem outras situações em que o comportamento contraditório não pode ser impedido pelo princípio da primazia da realidade. Nesses casos, aplica-se o *nemo potest venire contra factum proprium*. Por exemplo, um empregador que, após aceitar longa licença do empregado, por um acordo extracontratual, recebe-o de volta ao emprego e demite-o meses depois em razão da licença anteriormente tirada. O fato de aceitá-lo de volta ao trabalho configura uma conduta inicial que gera no empregado a confiança de que o empregador não irá demiti-lo por causa da citada licença. Ao fazê-lo, o empregador quebra essa confiança e incide em “*venire*”.

Por outro lado, no âmbito do empregado, são comuns no foro trabalhista ações pretendendo o reconhecimento jurídico do vínculo de emprego de voluntários ou de pessoas ligadas a entidades filantrópicas, beneficentes, religiosas ou assistenciais por vínculo social ou religioso. Ora, o prestador do serviço voluntário sabe, desde o momento da contratação, que a prestação do serviço voluntário não gera vínculo de emprego, uma vez que isso consta da própria lei do serviço voluntário e, ainda, porque as condições em que o serviço voluntário é prestado em nada se assemelham àquelas de um empregado em sentido estrito.

É, então notória a contradição do agente que, tendo-se disposto a realizar serviço voluntário, vai a juízo para reclamar vínculo de emprego e indenização do “*contrato*”, pela CLT, pois quebra a confiança legítima da entidade contratante.

5.4 No Direito Processual Civil

A boa-fé objetiva é princípio norteador para instauração do contraditório. A proibição de comportar-se contrariamente à conduta inicial é uma de suas faces. A aceitação plena de deveres anexos de



colaboração é essencial para se garantir um processo constitucionalmente adequado, pois nem sempre a mera observância da estrita legalidade será suficiente para tanto.

A aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório ao processo, mais do que possível, é essencial. Somente com a inserção de cláusula geral da boa-fé é que se poderá concretizar um direito processual consoante com os valores éticos, solidários e democráticos.

As perspectivas de desenvolvimento do instituto do “*venire*” no âmbito processual são grandes. Há decisões dos tribunais que, embora às vezes não expressamente, optam pela aplicação da proibição do *venire contra factum proprium*.

Um exemplo clássico do comportamento contraditório no processo civil, já positivado no direito processual brasileiro, é aquela parte que, mesmo não tendo sido citada de forma válida, participa de todas as partes do processo, e somente no final deste, alega nulidade em razão de falta de citação válida. A participação ativa da parte gera confiança nas demais partes de que tal nulidade não será suscitada no curso do processo. O comportamento contraditório caracteriza agir *contra factum proprium*.

Ressalta-se, entretanto que a vedação do comportamento contraditório no processo civil não é aplicável apenas às partes litigantes, mas sim a todos os envolvidos no processo, inclusive aos serventuários do Poder Judiciário. Discute-se a vedação à prática de atos contraditórios do próprio julgador da lide, que também geram expectativas nos jurisdicionados em decorrência de posturas pretéritas. Não se fala aqui da imparcialidade do julgador, mas sim da influência que seus atos têm na conduta de outros sujeitos da relação processual.

Há uma polêmica quanto à vinculação das decisões judiciais às decisões dos tribunais superiores. Quando um Tribunal Superior consolida determinado entendimento, é notória a implicação de previsibilidade sobre as futuras decisões a respeito da mesma matéria, pelos julgadores da mesma corte, e pelos julgadores das instâncias inferiores. Essa jurisprudência gera uma legítima expectativa



a respeito da postura que será adotada para os casos semelhantes aos que já foram anteriormente analisados. A quebra dessa expectativa implica incidência do “venire”.

Por outro lado, a vinculação do julgador a decisões passadas acabaria por obrigá-lo a manter imutáveis sua interpretação jurídica e sua convicção pessoal sobre o tema, ferindo a ideia de livre convencimento.

Para alguns, a aplicação do “venire” à atividade dos órgãos jurisdicionais tem o intuito de fazer prevalecer o princípio da segurança jurídica e a função jurisdicional pacificadora de conflitos e criadora de pautas gerais a serem seguidas pela sociedade.

SCHREIBER entende de forma diversa; conclui pela impossibilidade de aplicação do “venire” nesse caso:

A invocação é válida como argumento político em defesa da uniformidade, mas não configuraria, no direito brasileiro, uma aceitável aplicação do princípio de proibição do comportamento contraditório. Ainda que fosse possível, por força do princípio da unidade da jurisdição, considerar como “atos próprios” de um tribunal inferior as decisões proferidas pelas instâncias sucessivas, não se poderia invocar uma confiança *legítima* na uniformidade de decisões quando o direito positivo garante a liberdade de convencimento do juiz e, conseqüentemente, a eventual divergência entre decisões judiciais.

Ademais, a exigência de uniformidade apresenta-se, em certa medida, inconveniente, porque cada caso concreto possui aspectos peculiares, que a uniformidade tende a aniquilar. Ao menos no sistema brasileiro, o grau razoável de uniformidade vem assegurado por mecanismos legalmente previstos, como o sistema de recursos aos tribunais superiores ou a própria uniformização de jurisprudência. Nestas hipóteses, a eventual divergência não representa mais violação à legítima confiança e à boa-fé objetiva, mas à previsão normativa específica que no sentido da uniformidade dispõe. Trata-se, assim, de um daqueles casos em que a contradição é expressamente vedada por lei, e em que a invocação do *nemo potest venire contra factum proprium* mostra-se, por isto mesmo, desnecessária. (2007, p. 248/9)

5.5 No Direito Civil

É neste ramo do direito que mais se verificam possibilidades de vedação do comportamento contraditório. O Código Civil de 2002 expressou em seus artigos a necessidade de se observar a boa-fé nas relações privadas. E, como visto, o “venire” é corolário do princípio da boa-fé.



No direito societário, temos a necessidade da tutela da confiança no tocante às relações entre sócios, principalmente quanto à impugnação de deliberações sociais, interpretações de cláusulas de contratos e estatutos sociais, o exercício do direito de voto, entre outras.

No direito de família, as hipóteses de aplicação do “*venire*” também estão presentes, como, por exemplo, no caso do marido que, após concordar e participar do processo de inseminação artificial de sua esposa, resolve questionar a paternidade da criança gerada.

No âmbito contratual, temos as alegações de nulidade dos negócios jurídicos por vícios formais, as alterações de comportamento que levavam a acreditar na conclusão do negócio e que causam prejuízos à parte que investiu na sua celebração.

Enfim, foram citados aqui ínfimos exemplos da necessidade de se coibir o comportamento contraditório nas relações privadas, pois estas, tendo em vista a liberdade contratual e a constante mutação da situação econômica, política, jurídica e, por que não, pessoal de cada agente, são grande maioria na incidência do “*venire*”, sob o fundamento da boa-fé objetiva. É a esse ramo do Direito que o presente trabalho passa a se ater, especialmente no tocante às relações contratuais.

6- O VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM E OS CONTRATOS

6.1 Obrigação de aceitar contrato nulo e inalegabilidade de nulidades formais

No âmbito dos contratos, uma das questões em que mais se invoca a proibição de comportamento contraditório é a de obstar à pretensão de nulidade resultante do vício formal.

A doutrina e a jurisprudência brasileira vêm proibindo que se invoquem vícios aptos a gerar nulidade do contrato, sempre que isso possa configurar abuso de direito. Ora, a vinculação de uma pessoa à sua conduta só faz sentido se existe outra parte, beneficiária dessa vinculação. É essa outra parte que deve, para ser mercedora de proteção, ter confiado e investido com base na confiança gerada pelo



comportamento da primeira. E, assim, deverá ter confiado que a outra parte nunca invocaria a falta de validade ou de eficácia do contrato.

Magda Mendonça (2008, p. 39) demonstra a alegação de nulidade em *venire contra factum proprium* no caso concreto de uma parte que atua na celebração de um contrato de compra e venda como representante de uma empresa, mas sem os necessários poderes de representação. Realizado todo o processo negocial, é levantada a invalidade do negócio pelo vício na representação.

Neste caso, não pode haver outra conclusão senão que a parte não pode invocar a falta de poderes de representação, para anular o contrato. Deve o negócio ser considerado válido, como se tal falta não existisse. A conclusão contrária violaria a confiança e a boa-fé, admitiria o “*venire*”.

A inalegabilidade do vício formal tem que ser vista no caso concreto. Em cada caso, deve-se verificar se o vício é formal, ou seja, se os fins pretendidos com aquele contrato estariam protegidos se não fosse pelo vício da forma. Nesses casos, se a pretensão ainda é protegida, não há que se valer da nulidade do contrato para por fim ao negócio celebrado.

Por esse motivo, temos de concluir que, para efeitos da atuação do *venire contra factum proprium*, a nulidade derivada da falta de forma só não poderá ser legitimamente invocada pela parte que dela se quer prevalecer, ainda que tenha contribuído para essa nulidade, em casos excepcionais.

Ressalta-se, porém, que os requisitos formais do contrato têm a finalidade de trazer segurança e concretude ao negócio firmado, não podendo, portanto, ser deixados de lado em quaisquer circunstâncias. Para ser indeferida, a nulidade tem que causar prejuízos à parte confiante e ser, substancialmente, desnecessária.

Um exemplo claro de inalegabilidade do vício formal é o caso da falta da outorga conjugal em contratos de promessa de compra e venda de imóvel. Imagine-se um casal a negociar, em conjunto, um imóvel de sua propriedade com terceiro. No entanto, no instrumento contratual falta a assinatura da esposa do promitente vendedor, que havia participado de toda a negociação. Há um vício formal



no contrato de promessa de compra e venda. O promissário comprador quita o valor do imóvel e assume sua posse do imóvel, sem assinar escritura definitiva de compra e venda, lá permanecendo por dez anos. Depois desse período, o comprador decide vender o imóvel e, para isso, precisa transferir a propriedade. Nesse momento, a esposa do promitente vendedor recusa-se a assinar a escritura de compra e venda, sob a alegação de que o contrato de promessa anteriormente firmado é nulo pela falta da outorga uxória.

Nesse caso, a recusa da esposa do promitente vendedor em concretizar o negócio jurídico, em razão do vício formal, caracteriza notoriamente *venire contra factum proprium*. A nulidade então pleiteada não pode ser acolhida, visto que quebraria a confiança do promissário comprador e acarretaria dano.

Mais uma vez, torna-se relevante a posição da pessoa contra quem se pretende fazer valer a nulidade formal, a relação do confiante com o vício formal indicado, o conhecimento do vício no momento da celebração do contrato, e as consequências que recaem sobre ele no caso da declaração da nulidade. Há de ser exigida a boa-fé do confiante, e, neste caso, tratamos de boa-fé subjetiva.

O magistrado se baseará na boa-fé, conforme preceitua o Código Civil brasileiro, ao determinar a nulidade do negócio em detrimento do fim que se pretendia atingir com ele, ou a manutenção do negócio e da confiança da parte requerida em detrimento dos requisitos formais do contrato. Optará o magistrado pela inalegabilidade do vício formal se não houver nenhuma disposição legal que a exclua e faltando outra solução para o caso concreto.

Frise-se que se trata de aplicação de princípio jurídico, não havendo distorção da hierarquia das fontes do direito. O que o magistrado faz é se basear na boa-fé, nos costumes, para, no caso concreto, estabelecer a solução mais justa.

6.2 Obrigação de contratar

Tratamos acima do fato de se ter um contrato e dele não se escusar em razão de nulidade formal. Neste ponto, passamos para o outro lado, em que se tem a vedação do “*venire*” pela obrigação de



vinculação a negócio jurídico. Ou seja, o contrato ainda não existe, mas em razão da legítima confiança gerada em um terceiro por um ato inicial, o sujeito se obriga à contratação.

Enquanto no item acima (6.1) falamos de um contrato existente, neste item tratamos da fase pré-contratual, na qual, em razão da proteção da confiança, pode-se exigir o cumprimento de uma obrigação ou a perda de um direito.

No primeiro caso, exigir o cumprimento de uma obrigação, há que verificar se o agente da conduta inicial aceita ou não vincular-se juridicamente e sacrificar a sua autonomia, pois obrigá-lo a contratar seria suprimir a liberdade contratual.

No segundo, que corresponde à renúncia ou perda de um direito, o efeito é meramente inibitório, inabilita o exercício de um direito, não se falando em perda da autonomia negocial, pois inibe o agente apenas no sentido de restringir seus direitos, mas não no sentido de obrigá-lo a se vincular em um negócio que não deseja.

Mas será que a vedação do “*venire*” tem o condão de obrigar as partes a contratar? De suprimir a liberdade contratual? Para responder a essas questões, temos que nos ater à análise do caso concreto, pois é muito tênue a linha que separa a supressão da liberdade contratual da vedação de um comportamento contraditório lesivo. Antônio Carvalho Martins traduz essa ideia:

Pode, no entanto, afirmar-se que o instituto da proibição do “*venire contra factum proprium*” caracteriza-se pela combinação de dois elementos. Por um lado, ser conforme à idéia de justiça distributiva que os riscos originados na credibilidade da conduta anterior do agente não devam ser suportados por quem, dentro da normalidade da vida da relação, acreditou na mensagem irradiada pelo significado objectivo da conduta do mesmo agente. Por outro lado, ser possível alcançar esse resultado sem sujeitar o agente a uma obrigação, sem lhe impor a constituição de um vínculo, mas pelo simples desencadear de um efeito inibitório ou inabilitante, o qual carece de fundamento bem mais tênue do que aquele que exigiria a constituição de uma obrigação. (Apud FERNANDES, 2008, p.54)

Nota-se que o resultado da vedação de comportamento impõe uma obrigação que, em termos normais, não se teria constituído. Mesmo que reduza a liberdade contratual de alguém.



Ora, esta possibilidade tem sido vista, dogmaticamente, não como uma forma de perda ou aquisição unilateral de direitos, mas como o resultado de uma aplicação integral de todos os preceitos legais que tenham aplicação, nomeadamente dos que se destinam a proteger a boa-fé, ainda que tal pudesse fazer surgir o risco de alguma insegurança jurídica. (FERNANDES, 2008, pág. 55)

Sendo assim, a insegurança jurídica, caso não se aplique a boa-fé, é maior do que a supressão da liberdade contratual. A proibição de comportamentos por meio do “*venire*” corresponde, então, a uma forma de proteção extracontratual da parte que confiou.

Todavia, há doutrinadores tradicionais que, em razão do conceito de segurança jurídica, afirmam que a aplicação da vedação do comportamento contraditório ofenderia esse princípio. De fato, a segurança jurídica tem conexão direta com os direitos fundamentais e com determinados princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como a irretroatividade da lei, o devido processo legal, o direito adquirido. A segurança jurídica, nesse contexto, depende da obrigatoriedade do direito material. Para Miguel Reale (1996, p. 171) “em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito”.

No entanto, não se pretende criar uma nova regra, ofendendo a segurança jurídica. Trata-se apenas de uma exceção à normal vinculação contratual. Não há obrigação de contratar, mas há obrigação de reconstituir a situação do confiante tal como se este houvesse contratado. Ao confiante é reconhecido o direito de, pelo instituto do “*venire*”, exigir que a outra parte coloque-o numa situação igual à do cumprimento da vinculação em que confiou.

6.3 A tutela da confiança e a autonomia da vontade

Muito embora seja de extrema importância para a celebração dos negócios jurídicos, o princípio da autonomia privada é, muitas vezes, mal utilizado pelos contratantes, que acabam por abusar do direito e prejudicar aquele com quem se celebra o contrato e, eventualmente, terceiros. Portanto, até mesmo esse princípio deve ter suas limitações.



Como acima demonstrado, a autonomia da vontade não deve ser suprimida; entretanto, a parte que gerou a confiança e agiu de modo contraditório não pode, em nome da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, lesar aquele que confiou na suas intenções declaradas ou dedutíveis.

Ao agir em “*venire*”, a parte não traz pra si a supressão da autonomia da vontade, mas sim a obrigação de arcar com as conseqüências que sua mudança de atitude acarretou a um terceiro. Como se diz no ditado popular, “o meu direito termina onde começa o do outro”. O agente tem direito a contradizer seu comportamento, mas o confiante tem o direito de ter seu dano reparado, ou a reconstituição da situação na qual se encontra para adequar-se à esperada.

Nesta seara, destaca-se o princípio do *neminem laedere*, que significa “não lesar a ninguém” e deduz-se do art. 5º, X, da Constituição. Este é o princípio primordial da responsabilidade civil, e determina as conseqüências da escolha do agente, entre manter o comportamento inicial ou contradizê-lo e se tornar responsável (atrair para si a obrigação) pela reparação do dano ou reconstituição da situação esperada.

Em suma, caso não se admita a obrigação de contratar ou de aceitar o contrato nulo, é inegável que terá lugar, quando menos, o dever de indenizar pelo dano decorrente da frustração de legítima expectativa de contratar.

7- SANÇÕES DECORRENTES DA APLICAÇÃO DO “VENIRE”

Anteriormente tratamos dos pressupostos da aplicação do “*venire*”, das suas diversas faces, suas bases. Por fim, veremos quais serão seus possíveis efeitos.

7.1 O impedimento do comportamento contraditório

É entendimento majoritário que o principal efeito não é a reparação dos danos; este seria secundário, aplicável somente nos casos em que não seja possível inibir o exercício de direitos em contradição



com o comportamento anterior. Nesse sentido, a vedação do comportamento contraditório tem caráter preventivo e não punitivo.

Todavia, vimos que o “*venire*” deve ser identificado no caso concreto. Partindo da ideia de que o comportamento contraditório torna ilícito um ato que, se não fosse pela quebra da confiança, seria lícito, não há incerteza quanto à possibilidade de constituir o agente numa obrigação de indenizar o confiante. Entretanto, a consequência do “*venire*” pode ainda ser a constituição de uma obrigação não pecuniária do agente.

Como demonstrado, o “*venire*” poderá obrigar o agente a aceitar o negócio jurídico inválido, mas não pode obrigar a parte a contratar, a dispor de sua liberdade contratual. Lembrando que estamos falando de atos essencialmente lícitos, seria, nas palavras de FERNANDES,

altamente penoso e legalmente injustificado obrigar o agente dos comportamentos em contradição a aceitar a inibição de certo comportamento, que é lícito, e não admitir uma certa flexibilização da tutela de quem confiou, atribuindo-lhe um direito a ser indenizado. (2008, p. 59)

É a parte prejudicada, que nós temos chamado de confiante, que, ao procurar a tutela jurisdicional da confiança que lhe foi lesionada, deve pedir o almejado, que pode ser uma indenização pelos prejuízos sofridos com a conduta em “*venire*”, ou a constituição de outra obrigação. Caberá ao magistrado usar da boa-fé e da razoabilidade para decidir a lide proposta.

7.2 Obrigação de indenizar a parte prejudicada

O Código Civil brasileiro prevê que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (art.927). Como já falamos diversas vezes neste trabalho, o ato contraditório, mesmo que lícito, ao lesionar a legítima confiança de outrem, torna-se ilícito, e, portanto, sujeito à obrigação de reparação do dano causado, que pode ser material ou moral.



Adriano Godinho relata o caso do rapaz que participou de processo seletivo para preencher vaga de emprego e que, após passar por testes, realizar exames admissionais e abrir conta em banco (demonstrando o investindo na confiança gerada), acabou por não ser contratado. Pleiteou, então, em processo judicial a indenização pelos danos causados. Veja-se:

Se verificarmos que o autor passou por todos os exames de admissão, tendo inclusive procedido à abertura de conta depósito, resta adotar a tese de que a *quebra da confiança* é suficiente para acarretar o dever de indenizar por parte de quem, por meio de sua conduta, gerou na contraparte a legítima expectativa para a aquisição de um direito. A partir do momento em que a empresa, por todas as circunstâncias a que submeteu o candidato, o levou a acreditar legitimamente que seria admitido ao emprego, houve a ruptura do preceito da boa-fé objetiva, o que caracteriza abuso de direito, figura prevista pelo art. 187 do Código Civil. Em termos mais precisos, a empresa incorreu no fenômeno designado *venire contra factum proprium*, que pressupõe um ato comissivo, ao qual, posteriormente, se opõe um outro, radicalmente contrário. (...)Com isso, é correto afirmar que o cancelamento abrupto da vaga a que concorreu o autor da ação configura comportamento manifestamente contraditório, quebrando-se a boa-fé objetiva aludida no art. 187 do Código Civil.

Por todo o exposto, é correta a imposição do dever de indenizar, uma vez que a empresa adotou comportamentos contraditórios ao frustrar a justa expectativa que havia gerado no candidato ao emprego.” (Disponível em http://adrianozinho.blogspot.com/2009/04/perda-da-chance-venire-contra-factum_2977.html.)

Conforme se observa abaixo, há outras decisões no sentido de indenizar a parte prejudicada pelo *venire contra factum proprium* de outrem:

A conduta da requerida em enviar os boletos, embora o contrato não lha obrigasse a isso, gerou no requerente a expectativa, a legítima confiança de o continuar fazendo, de modo que, quando deixou de fazê-lo, sem qualquer justificativa e sem haver sequer comunicado ao requerente (nenhuma comunicação foi provada nos autos), incorreu em nítido comportamento contraditório que, no caso, gerou alguns danos. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Juizado Especial de Coronel Fabriciano. Processo: 0194.06.059.874-6. Data 11.12.06)

Não há necessidade de se explicar neste trabalho a natureza jurídica da indenização ou, ainda, sua valoração, uma vez que este tema é extremamente difundido na nossa doutrina; cabe esclarecer que o *venire contra factum proprium* pode causar o dever de reparação, seja constituindo obrigação, impedindo o ato contraditório ou gerando uma indenização pecuniária.

8- CONCLUSÃO



Pelo estudo realizado foi possível perceber que, mesmo sendo confundido com a boa-fé, ou considerado parte dela, o *nemo potest venire contra factum proprium* tem uma função mais concreta. A visualização do comportamento contraditório e a identificação da necessidade de sua vedação é mais clara e mais objetiva do que o princípio da boa-fé. Esta, na prática, acaba por se perder no mundo do abstrato. O *venire*, ao contrário, é constatado facilmente no caso concreto.

Vimos que, ao longo da história da humanidade, a solidariedade e o interesse coletivo sempre foram a base que seguiu e edificou a vedação ao “*venire*”. Tratamos de esclarecer que nem todas as mudanças de comportamento devem ser coibidas, mas que para a aplicação da proibição do *venire* temos os seguintes pressupostos: a conduta inicial, a legítima confiança, o comportamento contraditório e o dano ao confiante.

Observamos, ainda, que é notória a presença do instituto nos diversos ramos do direito e, que mesmo não positivado, a doutrina e a jurisprudência têm adotado o seu conceito. Todavia, diante da importância deste tema, a exploração do seu conteúdo não é suficiente.

No âmbito contratual, percebemos que o “*venire*” protege a celebração do negócio e o investimento das partes, mesmo que, às vezes, em detrimento das normas formais. Mas que este instituto não suprime o princípio da autonomia das partes, nem elimina a liberdade de contratar.

Por fim, constatou-se que o instituto impõe sanções àquele que, contradizendo o seu comportamento inicial, quebra a confiança de outrem e lhe causa danos ou ameaça de danos, sanções estas que podem ser a constituição de novas obrigações ou indenizações pecuniárias.

Diante de todo o exposto neste, o que se propõe, pretensiosamente, é a expansão de um instituto tão presente e importante para o direito brasileiro, sua consagração como princípio norteador das relações jurídicas e, mesmo que de forma inovadora, em algum momento, sua positivação.

Desta forma, teremos maior segurança jurídica nas relações e maior confiança nos investimentos, visando ao interesse coletivo, à solidariedade e à ética.



9 - BIBLIOGRAFIA

Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. 1980. Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html>. Acesso em: 15 jan 2010.

FERNANDES, Magda Mendonça. **O Venire contra factum proprium. Obrigação de contratar e de aceitar o contrato nulo.** Relatório de Mestrado da Cadeira de Direito Civil I (Contratos) apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2008.

GODINHO, Adriano. **Perda da chance, 'venire contra factum proprium' e o dever de indenizar.** Disponível em http://adrianozinho.blogspot.com/2009/04/perda-da-chance-venire-contra-factum_2977.html. Acesso em 31 mar 2010.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DANTAS JÚNIOR. Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé.** Curitiba: Juruá, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: O renascer do venire contra factum proprium. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. **Experiências do Direito.** São Paulo: Millenium, 2004.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1996.



NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRETEL, Mariana Pretel e. **A vedação do comportamento contraditório como corolário do princípio da boa-fé objetiva e sua incidência em todas as relações jurídicas**. Clubjus, Brasília-DF: 30 nov. 2007. Disponível em <HTTP://www.clubjus.com.br/?content=2.11931>. Acesso em: 01 jul.2009.

SCHEREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.