



HUGO RAFAEL GALDINO ARAÚJO

*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM: SUA
APLICABILIDADE, AMPLITUDE e
DELIMITAÇÕES*

Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil

Julho/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO**



HUGO RAFAEL GALDINO ARAÚJO

Venire contra factum proprium: sua aplicabilidade, amplitude e delimitações

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas.

Orientador: Prof. Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita

COIMBRA

2016

Dedicatória

Dedico este trabalho à minha mãe, que jamais poupou esforço e provas de amor, para minha criação. Eis, eu, como seu fruto.

Dedico este trabalho à minha tia Zélia, que tenho como uma segunda mãe, que sempre acreditou e apoiou minhas escolhas.

Dedico este trabalho ao meu falecido pai, que sempre falava com muito orgulho aos seus amigos que eu era Doutor, mesmo sem eu ter me formado no Curso de Direito.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me acompanhado durante esses anos de Estudo na Universidade de Coimbra, que com muita alegria e saudade agora vai chegando ao seu fim. Agradeço por ter me abençoado, me protegido e me guiado a grandes conquistas nesta caminhada que apenas se inicia.

Ao professor e orientador, Dr. Luís Miguel Andrade Mesquita, por significar, para mim, um símbolo de retidão e integridade de caráter, a quem agradeço de forma sincera pela condução da orientação deste trabalho, bem como pelo exemplo de professor e profissional que notoriamente o é.

Aos meus pais, Zenilton e Niesia, que com muito esforço, me proporcionaram mais essa realização. A eles, o mais sincero agradecimento pelo apoio, compreensão, e em especial, pelo amor e carinho diários a mim dedicados.

À minha tia, Zélia, que do seu jeito de me amar, soube me dar apoio e incentivo, como tem feito em toda minha vida.

Agradecer também à minha namorada, Ana Carolina Borges, incentivadora dos meus sonhos, que nas horas mais difíceis, está sempre ao meu lado, aconselhando e apoiando cada passo dado. A ela, todo meu respeito e admiração pelo grande exemplo de pessoa e profissional que é.

RESUMO

A presente dissertação analisa o instituto conhecido como *venire contra factum proprium*, no qual, se apresenta como corolário do princípio da boa-fé objetiva, e de maneira mais ampla, da tutela da confiança. Trata-se, em suma, da vedação do comportamento contraditório nas relações jurídicas. Verificam-se os pressupostos fundamentais à aplicação da proibição: atuação material inicial, expectativa legítima da manutenção da confiança, investimento de cunho econômico ou não, como consequência prejuízos, e duplo nexo de causalidade, nexo este que reflete em torno da atuação inicial e a expectativa ao dano. Aborda-se o tema do abuso do direito, que atua como diretriz para o instituto da pesquisa. Ademais há uma análise deste instituto em diversos ramos do direito, com sua peculiaridade. Por fim, elucida-se a sua aplicabilidade em decisões nos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: *venire contra factum proprium*, boa-fé, confiança, abuso do direito.

ABSTRACT

The current master's dissertation analysis the institute known as *venire contra factum proprium*, in which it is showed as corollary of the principal of objective good-faith. In resume, it is about the avoidance of the contradictory behavior in legal relationships. It is verified the fundamental suppositions to the prohibited application: initial material actuation, legitimate expectation of the maintenance of trust, economical investment or not, as consequence of prejudices, and casual link that reflects the initial actuation and the expectancy of the injury. It's mentioned the abuse of law, which acts as a guideline for research's institute. Furthermore, there is an analysis of this institute in many ways of law, each one with their own particularities. Finally, it elucidates its applicability in decisions of many courts of justice.

KEY WORDS: *venire contra factum proprium*, good faith, confidence, abuse of law

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Apud – Citado por

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

Cf. – conforme

CPC – Código de Processo Civil

cit. – *citatum* (citada)

Ed. – Edição

n.º – Número

pgs. – páginas

Ibidem – Na mesma obra

Idem – Do mesmo autor

Min. – Ministro

Op. Cit. – Na obra citada

p. – página

Loc. Cit. –No lugar citado

REsp – Recurso Especial (Brasil)

RE – Recurso Extraordinário (Brasil)

STF – Supremo Tribunal Federal (Brasil)

STJ – Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

TJ – Tribunal de Justiça (Brasil)

Vcfp – *venire contra factum proprium*

Vol. –Volume

SÚMARIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I – O ABUSO DO DIREITO	
1. Desenvolvimento Histórico.....	12
1.1 Fundamentos.....	12
1.2 Teoria.....	13
1.2.1 Recepção em Portugal.....	15
1.2.2 Julgados Sobre o Abuso do Direito no Sistema Jurídico Português.....	16
1.2.3 Recepção no Brasil.....	17
1.2.3.1 A Presença Implícita do Abuso do Direito no Código Civil de 1916.....	17
1.2.3.2 A Consagração do Instituto no Código Civil de 2002.....	19
1.2.4 Julgados Sobre o Abuso do Direito no Sistema Jurídico Brasileiro.....	21
1.3 A elaboração do Abuso do Direito.....	25
1.3.1 Teoria Interna.....	25
1.3.1.1 Atos Emulativos.....	26
1.3.1.2 Atos Funcionais.....	26
1.3.1.3 Atos Interpretativos.....	26
1.3.2 Teoria Externa.....	27
1.4 A legitimação legal e os limites referentes ao abuso do direito.....	27
1.4.1 Da Boa-Fé.....	29
1.4.2 Dos Bons Costumes.....	30
1.4.3 Dos Fins Econômicos e Sociais.....	30
1.5 O princípio da Boa-Fé.....	31
1.5.1 A Boa-Fé Subjetiva.....	34
1.5.2 A Boa-Fé Objetiva.....	35
1.6 A Litigância da má-fé.....	38
1.6.1 Desenvolvimento Histórico.....	39
1.6.2 Características da litigância de má-fé.....	41
1.7 Um comparativo entre o abuso do direito e a litigância de má fé.....	46

CAPÍTULO II – O VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

2. Contexto histórico do <i>venire contra factum proprium</i>.....	48
2.1 O <i>Venire Contra Factum Proprium</i>.....	51
2.2 Requisitos do <i>Venire Contra Factum Proprium</i>.....	53
2.2.1 <i>Factum Proprium</i>	54
2.2.2 A legítima confiança de outrem.....	54
2.2.3 A contradição ao <i>factum proprium</i> em sentido objetivo	56
2.2.4 A ocorrência de dano real ou potencial.....	56
2.3 Conduta das Partes.....	57
2.3.1 Identificação das partes.....	57
2.3.2 A confiança no sentido objetivo.....	58
2.4 Aplicabilidade do <i>Venire Contra Factum Proprium</i> nos Vários Ramos do Direito.....	59
2.5 Das Inalegalidade, <i>Suppressio</i>, <i>Tu Quoque</i> e Desequilíbrio no Exercício de Posições Jurídicas.....	65
2.5.1 Da inalegalidade formal.....	66
2.5.2 <i>Suppressio</i>	67
2.5.3 <i>Tu quoque</i>	68

CAPÍTULO II – JURISPRUDÊNCIAS

3. Jurisprudências	72
3.1 A aplicabilidade da teoria da Perda de uma Chance Correlacionada com o <i>Venire Contra Factum Proprium</i>.....	76
3.1.1 Dano.....	78
3.1.2 Posicionamento do Tribunal.....	81
CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

O direito, no seu entendimento mais trivial, se refere ao sujeito que é fragmento de um corpo social, interpreta-se como um aglomerado de regalias que são atribuídas a este sujeito para agir ou não deliberada ação, no qual haverá a receptividade da tutela jurídica do Estado onde se incorpora.

Este tema alusivo ao “Direito”, refere-se a um estudo que vem se moldando de forma paulatina a contar dos primórdios do convívio em sociedade até a contemporaneidade. O direito é matéria que regula os vínculos interpessoais e se aprimora com o galgar do tempo através das mais diversificadas doutrinas, mostrando com o transcorrer dos anos inúmeras formas de aplicabilidade desta legislação de cada sociedade que colaborou para com a riqueza desta ciência.

Analisando de forma mais sistemática, é visto que com o passar dos anos, esse direito, mesmo sendo guardado pelas normas jurídicas numa visão positiva, no entanto apresentava-se de maneira contrária ao intuito ao qual se deliberavam.

De forma clara, as vinculações sociais entre as diversas pessoas das variadas sociedades, além de uma instituição positiva exposta em lei, requerem um mínimo de cooperação de um para com o outro. Nesse aspecto, é primordial para uma vida serena e harmoniosa que haja um relacionamento límpido e sincero entre aqueles que desfrutam do convívio social.

Tamanho é a sua importância que o legislador demandou no texto legal estabelecer que os sujeitos das variadas relações que existem, inclusive jurídicas, mantenham um mínimo de ética naquilo que pretendem, levando à sociedade uma maior confiança em seu convívio.

Nessa lógica, é necessário esboçar sobre o tema da má-fé, no qual, no decorrer do trabalho em estudo, iremos observar que tal instituto tem uma forte conexão com o instituto

do “*venire contra factum proprium*”, com a disciplina do abuso do direito¹ e a tutela da confiança, no qual esta última é de suma importância para o tema em questão, pois trata diretamente da confiança legítima entre as pessoas da boa-fé. Boa-fé esta que leva a uma pessoa acreditar na outra.

Entretanto, com a ruptura desta confiança, os relacionamentos se vêem abalados, não mais perpetuando com a devida lealdade. Um exemplo convencional de quebra da confiança é adoção de uma atitude de contraditório exercida por uma designada pessoa.

Todavia, isso não é diferente ao se tratar do Direito Processual Civil e o Direito Civil. Consentir ou ao menos tolerar que no decorrer de uma relação processual seus sujeitos adotem posições contraditórias entre si e não operando em colaboração, significa romper a confiança depositada em determinada relação processual e fazer com que o atual entendimento da ciência processual, como sendo um dispositivo utilizado com objetivos teleológicos do direito material, não obtenha seu verdadeiro sentido.

Assim sendo, é essencial o estudo do princípio da boa-fé objetiva sob a ótica do direito processual.

A expressão “*venire contra factum proprium*” ou vedação de comportamento contraditório, retrata a proibição do comportamento abusivo no qual o agente adota uma posição jurídica em contradição com a conduta assumida por ele anteriormente.

O *venire contra factum proprium* encontra apoio nas circunstâncias em que uma pessoa, por um determinado período de tempo, comporta-se de determinada maneira, conseqüentemente brotando expectativas em outra de que seu comportamento que em um certo momento se mostrava rígido, sem chances de mudar, permanecendo-se assim inalterado. Porém, depois de um determinado tempo, é alterado por comportamento contrário ao inicial, fragmentando dessa forma a boa-fé objetiva, a confiança que ali estava depositada.

¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014, p. 105. “ I. O abuso do direito apresenta-se, afinal, como uma constelação de situações típicas em que o direito, por exigência do sistema, entende deter uma atuação que, em princípio, se apresentaria legítima. Compete referir e analisar as situações típicas em causa.

O discernimento deste tema é de suma importância tanto para ordenamento jurídico brasileiro quanto para o português, por se tratar de um tema tão frequente no Poder de Judiciário de ambos os tribunais.

Assim, é importante singularizar o nosso traçado de estudo. No primeiro capítulo, tratarei de expor de forma mais aprofundada a disciplina do abuso do direito, analisando assim, a sua evolução histórica, a sua organização atual, e a sua importância no ordenamento jurídico, onde também iremos tratar do princípio da boa-fé e a da má-fé, e a sua aplicabilidade no âmbito forense.

No segundo capítulo, trataremos do tema em análise deste trabalho, o “*venire contra factum proprium*”, onde estudaremos o seu surgimento, sua aplicabilidade e seus efeitos perante as partes envolvidas na relação de confiança.

Por fim, o terceiro capítulo, será dedicado às jurisprudências nos ordenamentos em questão.

CAPÍTULO I

O ABUSO DO DIREITO

1. Desenvolvimento Histórico

Para desenvolvermos o surgimento do tema abuso do direito, é importante analisarmos sistematicamente o cabimento de tal instituto na jurisprudência e na doutrina, a sua origem em ambos institutos de conhecimento do Direito.

Este desenvolvimento transcorreu-se em dois pontos, no qual o primeiro ponto condiz a um momento onde se logrou a percepção do abuso do direito, isto é, um conhecimento inicial, um conhecimento superficial. Já o segundo ponto, trata-se do começo de seu desenvolvimento como teoria, a partir de sentenças judiciais.

1.1 Fundamentos

De acordo com a doutrina, o fundamento do abuso do direito se correlaciona com o Direito Romano². Foi com base neste direito supracitado, que os legisladores analisaram a imposição de constituir os direito individuais.

No direito romano, o termo “abuso de direito” não era nomeado com esta nomenclatura, mesmo havendo naquele tempo recursos lícitos, que tinha intuito de impelir atos que fossem considerados abusivos com o propósito de lesar outrem. Estes termos eram denominados de *aemulatio* (intenção danosa de lesar outrem, sem interesse de agir e incitada pela inveja ou malícia), *exceptio doli* (aplicado obstar práticas abusivas no processo) e *temeritas* processual. O termo *exceptio doli* tinha duas subdivisões: *specialis* ou *generalis*. O *specialis* consistia no direito no qual o réu tinha em arguir o dolo do autor imediatamente nas primícias da pretensão, no qual, acaso fosse constatado o dolo inicial,

² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014, p. 90-91.

ocasionaria dolo a todos os atos subsequentes do processo. Já a *generalis*, a sua aplicabilidade era referida aos atos do processo. Se tratando do termo da *temeritas* processual, esta tinha o intuito de combater os atos processuais sem argumento, com a finalidade protelar ou confundir os fatos, no qual, posteriormente sendo remetida ao “abuso do processo”. A posteriori, esta figura seria substituída pela litigância de má-fé³.

1.2 Teoria

A expressão “abuso de direito”, na visão do ilustríssimo doutrinador MENEZES CORDEIRO, “constitui uma fórmula tradicional para exprimir a ideia de exercício disfuncional de posições jurídicas”, ou seja, que de fato há sim o exercício de ideias e fundamentos jurídicos, entretanto, ideias essas que não condizem com o meio jurídico da “globalidade”⁴.

Na visão FLÓSCOLO DA NÓBREGA, o abuso do direito “consiste essencialmente no *detournement* do direito” correlacionado a sua missão social, no desvio de sua finalidade, no seu ato e desacordo com os fins da instituição no qual faz parte. Não obstante, o detentor do direito é livre de “exercer plenamente o poder jurídico que lhe é reconhecido”, liberdade mantida, enquanto estiver no plano da instituição⁵.

Para PAULO NADER, o abuso do direito nada mais é do que uma forma do agente praticar o ilícito, ou seja, depreende a realidade de um direito subjetivo, provando assim dano ou mal-estar as pessoas⁶.

³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014, p. 90-91.

⁴ Ibidem. p. 89.

⁵ NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 8º ed. Rev. e atualizada, - João Pessoa: Edições Linhas d’ Água, 2007. p. 215.

⁶ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 2013, p.347. A luz deste cenário, o doutrinador atenta sobre a segurança referente a este tema, “Atualmente a teoria do abuso do direito não apenas é reconhecida, como também considerada indispensável á segurança social. A necessidade de proteção aos interesses coletivos torna inadmissível que o espirito de emulação ou capricho de um possuidor de direito prejudique o bem-estar social. O direito subjetivo deve ser utilizado de acordo com a sua destinação, com a finalidade que lhe é própria, dentro dos limites impostos pelo interesse coletivo.” p. 348.

CARLOS VALDER NASCIMENTO⁷, emprega a expressão *abuso*, como um “excesso de poder ou direito”. Que se aplica no fim social, econômico ou moral acudado pelo direito, assim, para tanto, de “manejo inadequado”.

O Egrégio Doutor CARNEIRO DA FRADA expõe, de forma clara, o seu entendimento sobre o abuso do direito, no qual, sempre que uma conduta for considerada abusiva, nem sempre se classificaria como um comportamento no qual violaria a boa-fé objetiva⁸.

Em França, mais especificamente no século XIX, o Código Napoleão não fazia nenhuma menção aos institutos criados pelos romanos no combate ao exercício irregular do direito. Não obstante, a jurisprudência francesa disponibilizou julgados no qual combatia a atuação do sujeito por apresentar cenários de uma injustiça explícita. Foi a partir de casos paradigmáticos como o da falsa chaminé (*Colmar, 2- mai, 1855*) e o dos espigões de ferro (*Compiègne, 19-fev, 1913*), que o tema foi abordado de forma mais profunda, no qual ressurge a necessidade do estudo dos direitos subjetivos, em meio ao momento político vivido na França, pós absolutismo, pois é importante enfatizar que a natureza subjetiva da conduta era requisito de ato abusivo⁹.

Entretanto, mesmo MENEZES CORDEIRO, expõe que no abuso de direito não há nem abuso e nem direito subjetivo¹⁰, a expressão foi recepcionada pela sua natureza impressiva. Vale salientar que esta desde logo foi objeto de críticas.

⁷ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Abuso do exercício do direito : responsabilidade pessoal*. 2. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2015. p. 83.

⁸ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Edições Almedina, SA, 2007, p.859. De forma mais aprofunda o referido autor, refere-se a expressão “abuso de direito” nas seguintes palavras: “De facto, se não for em conjugação com o requisito culpa, a boa fé como *regra de agir* torna-se despicienda e inteiramente confusa. Por outro lado, qualificar assim – enquanto infração objetiva dos ditames decorrentes da boa fé-, a título conclusivo, a conduta que se preclui por abuso nada acrescenta, rigorosamente, no plano da fundamentação das soluções, àquilo sobre que repousa verdadeiramente o juízo acerca do carácter abusivo do acto.

⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014, p. 92-93. “A Ciência do Direito francesa teve dificuldade em apresentar uma construção jurídico-científica para o abuso do direito. Na verdade, embora reconhecida pela jurisprudência gaulesa, a teoria do abuso do direito não alcançou, junto da doutrina correspondente, um nível satisfatório de explicação científica. Multiplicavam-se as referências a juízos condenatórios merecidos por atuações inúteis, danosas ou imorais; faltou, no entanto, o estabelecer de um conjunto claro de regras que permitissem delimitar com precisão as fronteiras do exercício dos direitos subjetivos, para além das normas que os estabelecessem.”

¹⁰ *Ibidem*. p. 89.”[...]apenas uma atuação humana estritamente conforme com as normas imediatamente aplicáveis, mas que, tudo visto, se apresenta ilícita por contrariedade ao sistema, na sua globalidade.”

1.2.1 Recepção em Portugal

Alusivo ao ordenamento Português, referente ao seu artigo 13 do Código de Seabra, a recepção da teoria do abuso do direito foi contestada por parte da doutrina, não obstante, houvesse alguns doutrinadores que eram favoráveis, apesar da ausência de fundamento jurídico-científico¹¹.

A figura do abuso de direito brotou no meio legal por força dos estudos que Vaz Serra desenvolveu na elaboração do seu anteprojeto do Código Civil.

Este anteprojeto foi tema de duas revisões, sendo a primeira resumida a um único artigo: “O exercício de um direito, com a consciência de lesar outrem através de factos que contrariem os princípios éticos fundamentais do sistema, obriga a indenizar os danos directa ou indirectamente causados”¹².

Na segunda revisão, o dispositivo foi modificado e tomou a forma que na sequência seria consagrada no artigo 334 do Código Civil. Já agora, o artigo não fazia referência a um comportamento malicioso, bastando um elemento objetivo. Ademais, a alusão aos valores da boa fé e aos costumes remetem a evolução alemã.

Diante disto, e trazendo em tela que o sistema Português tem tendência a preencher conceitos indeterminados e omissões na lei, a doutrina do abuso do direito foi mostrando e apresentando em Portugal desenvolvimento a partir de casos concretos estabelecendo tipos de comportamentos abusivos. Assim entende sobre esta regulação, MENEZES CORDEIRO, “traduz uma forma de solucionar todas ou algumas situações de abuso, dotada de certa unidade linguística e, por vezes, dogmática.”¹³ Portanto, é expresso que com base na criação de comportamentos específicos que a doutrina portuguesa se destaca perante outras.

¹¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 96-97.

¹² Ibidem. p. 97-98.

¹³ Ibidem. p. 99.

1.2.2 Julgados Sobre o Abuso do Direito no Sistema Jurídico Português

A primeira decisão que recorreu para o instituto do abuso do direito em Portugal, foi o da relação de Coimbra na data de 26 de maio de 1928. Caso este que tratava de uma chaminé construída de forma no qual estava a lesar com a sua fumaça os vizinhos de um prédio próximo. Diante disso, o proprietário da chaminé foi condenado a aumentá-la mais de um metro e meio¹⁴.

Posteriormente, chegando aos anos 60 e 70, nascem novos e significativos casos, que com o passar dos anos, principiou a evolução do instituto do abuso do direito em Portugal.¹⁵

Os julgados primitivos dos tribunais portugueses conceituavam o ato abusivo, como a noção de um ato emulativo. Neste sentido, temos alguns acórdãos do STJ no qual elucida esta evolução, acórdãos do STJ de 5-1-60: “na base da referida Teoria está uma situação em que o abusador não tem outro móbil que não seja o de prejudicar aquele contra quem exerce o direito”; e de 8-11-60: “na base do abuso do direito está o propósito exclusivo de criar ao réu, através do funcionamento da lei, uma situação lesiva”. Há de se falar também do acórdão da Relação de Lisboa 26-4-63, após relacionar a teoria do abuso do direito com a responsabilidade civil, diz ratificar o parágrafo 226º do Código Civil alemão à sua “verdadeira noção”. Igualmente outro acórdão da mesma Relação de Lisboa de 20-1-65: “se o direito é exercido com o propósito de causar dano a outrem, tal exercício anormal constitui um abuso de direito que, pela sua ilicitude, não pode ser permitido”. Neste mesmo caminho, Acórdão de Lisboa o qual, em 11-2-76, declara: “o abuso do direito existe quando o direito é exercido fora do seu objetivo natural e da razão justificativa da sua existência e só com o fim de causar dano a outrem”.¹⁶

Mais tarde, com o passar dos anos, os acórdãos portugueses, passaram de apenas se referir ao instituto do abuso do direito como uma “noção de ato emulativo”, e

¹⁴ ABREU, J. M. COUTINHO DE- Do Abuso de Direito, Coimbra, 2006, p.87.

¹⁵ Ibidem. p. 86.

¹⁶ Jorge Manuel Coutinho de Abreu. *Do abuso de direito*. Apud. Lautnschläger, Milton Flávio de Almeida Camargo, *Abuso do direito*, 2007, p. 112-113.

começaram a aplicá-lo de fato. É o que se conclui, por exemplo, no Acórdão de Évora de 8-6-76: “Os AA., ao exercerem o seu direito, abusaram dele, na medida em que ofenderam, manifestamente, os limites impostos pela boa fé, que tudo domina e escraviza, entre nós”.¹⁷

É clara, a importância da jurisprudência no desenvolvimento da figura do abuso do direito.

1.2.3 Recepção no Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro, a recepção legal do abuso do direito foi extemporânea, sendo admitida no século corrente. Entretanto, há de mencionar que o abuso do direito já se operava presente no direito brasileiro, ainda que implicitamente, desde os primórdios do século passado, no qual analisaremos mais a fundo.¹⁸

1.2.3.1 A Presença Implícita do Abuso do Direito no Código Civil de 1916

O código Civil de 1916, anterior ao atualmente vigente(2002), persuadido pelo liberalismo e tendo consagrado o absolutismo. Em conformidade com o art.160, I, “Não constituem atos ilícitos: I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”¹⁹.

Entretanto, apesar da inexistência de norma legal, para a doutrina e para jurisprudência no tempo vigente a época, o termo abuso do direito estaria contido no juízo do art. 160, I. Este pensamento advém da instância de limitar os direitos subjetivos que na prática demonstravam uma enorme injustiça, sendo o direito á propriedade, considerado o mais absoluto dos direitos, o primeiro a ser relativado. Nesta linha de pensamento, está de acordo os doutrinadores e juristas, fundado a uma observação *contrario sensu*, aceitavam

¹⁷ Ibidem. p. 113-114.

¹⁸ Lautenschläger, Milton Flávio de Almeida Camargo, *Abuso do direito*, 2007, p.59-60.

¹⁹ Este artigo corresponde ao Art. 188 do CC/2002.

a subsistência do abuso de direito, a partir do ponto de que se o exercício regular do direito era considerado lícito, assim, este exercício seria ilícito, se fosse desregular.²⁰

Todavia, são notório algumas passagens do Código Civil de 1916²¹, onde já elucidava nos seus dispositivos algumas indiretas no qual reprimiam atitudes que espelhavam sobre o tema abuso do direito, conforme exposto nos seguintes artigos:

Art. 526. A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se aos trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los(Decreto do Poder Legislativo 3.275, de 15.01.1919)

Art. 554. O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que habitam.

Art. 584. São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar para uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistente.

(Entre outros)

Não obstante, vale destacar que antes do Código Civil em vigência[2002], era possível também reconhecer o abuso do direito, no seu aspecto objetivo, observando e tomando por base as deliberações do Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente nos artigos 6º, inciso IV, 37º, parágrafo 2º, 39º e 42º, no qual expõe da responsabilidade do fornecedor, numa breve explanação sobre o tema consumidor, é notório que a expressão proteção ou defesa do consumidor, mesmo não sendo uma expressão atual na visão dos países mais desenvolvidos, é notório que no Brasil e Portugal

²⁰ CALCINI, *Abuso do Direito e o Novo Código Civil*, 2004, p. 29.

²¹ “O código a final vigorante em 196 aliou a tradição sistemática moderna recebida intelectualmente pelos seus autores ao espírito centralizados de centenária tradição lusitana. Traduz, no seu conteúdo – liberal no que diz respeito às manifestações de autonomia individuais, conservador no que concerne á questão social e ás relações de família -, a antinomia verificada no tecido social entre a burguesia mercantil em ascensão e o estamento burocrático urbano, de um lado, e, por outro, o atraso o mais absolutamente rudimentar do campo, onde as relações de produção beiravam o modelo feudal.” (Judith Martins-Costa, *apud*. Lautenschläger, Milton Flávio de Almeida Camargo, *Abuso do direito*, 2007, p.69).

em especial, entre outros países no qual são chamados de “terceiro mundo” ou países subdesenvolvidos, essa expressão esta cada vez mais presente na vida desses consumidores.

A referida expressão, não tem preocupado apenas os entes públicos e privados, mas também os juristas, os economistas, e principalmente o próprio empresário e o consumidor, que sem essas duas classes não há relação de consumo. Não obstante, é fácil constatar que todos nós somos em maioria ou minoria, consumidores de bens e serviços, e esse “consumismo” esta presente a todo momentos de nossas vidas.

Isto posto, tal preceito deve regular a interpretação dos contratos de consumo de modo geral, sendo correto afirmar que a boa-fé permeia atualmente todo o núcleo interpretativo do direito positivo. Ela harmoniza as relações contratuais, suprindo, quando necessário, eventuais lacunas no pacto firmado entre as partes - pelo que se fala que ela tem uma função integrativa²² -, oferecendo suporte para uma justa solução, que deverá ser tomada tendo em mente ainda os princípios da razoabilidade e da função social dos contratos.

1.2.3.2 A Consagração do Instituto no Código Civil de 2002

Todavia, ao observarmos o instante histórico brasileiro do período pós-guerra, passando a ditadura até meio a década de 80, a concentração é direcionada agora para a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ainda que fuja do universo do nosso tema, entretanto, é de suma importância referir-se a mesma. A Constituição de 1988 vem da “cristalização” da noção de direito funcionalizado e de solidariedade social. O princípio da solidariedade social altera, em definitivo, a definição do direito subjetivo, no qual se admite sua mitigação, em decorrência da atribuição²³, refletindo nas leis seguintes, ate mesmo no novo Código Civil.

Não obstante o que descrito acima, o legislador do código de 2002 foi além, inovando, ao consagrar a teoria do abuso do direito nos seguintes termos:

²² TARTUCE, FLAVIO. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*, 2009, p. 131.

²³ BONATTI PERES, Tatiana. *Abuso do Direito*, 2010, p. 18-19.

“**Artigo. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Como pressupõe, o legislador engrandeceu, de modo significativo, o âmbito de incidência da teoria do abuso, ao estabelecer os critérios da boa-fé, dos bons costumes e dos fins econômico e social como parâmetros de aferição do ato abusivo.

Indubitavelmente, esse engrandecimento teve por base o Código Civil português, mais precisamente o art. 334º, que dispõe: “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”, no qual adentraremos mais afundo adiante.

Contudo, o novo Código Civil foi representado por três princípios fundamentais: o da eticidade, o da socialidade e o da operabilidade. Conforme LAUTNSCHLÄGER²⁴, na operabilidade, o legislador estabeleceu “soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito”²⁵, ou seja, tomou por base não utilizar as soluções complicadas que por vezes obstruíam a aplicação das leis. Assim resultando na simplicidade das normas.

Sobre o princípio da socialidade, em conforme ao nome que leva tal princípio, tem-se a ideia de social, sociedade. O princípio em questão, tem como objetivo ultrapassar o interesse individual presente no Código de 1916, respeitando os fins ético-sociais comum, em detrimento ao direito individual.²⁶

Quanto ao princípio da eticidade, princípio este que tem como objetivo primar pela dignidade da pessoa humana, a honestidade, a igualdade e a boa-fé. Através do

²⁴ Lautnschläger, Milton Flávio de Almeida Camargo, *Abuso do direito*, 2007, p. 70 a 72.

²⁵ Miguel Reale *Apud.* Lautnschläger, Milton Flávio de Almeida Camargo, *Abuso do direito*, 2007, p. 70.

²⁶ Vale pela clareza, a transcrição costurada pelo autor:

“Nesse desiderato, disciplinou-se de forma nova o direito da propriedade (a Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso XXIII, estabelece que “a função social do contrato” (representando uma justa composição de interesses individuais e coletivos), valorizou-se a teoria da responsabilidade civil objetiva (quando a natureza mesma da atividade desenvolvida pelo autor do dano já implica grandes riscos para quem participa) e, por que não dizer, explicitou-se o instituto do abuso do direito, o qual incontestavelmente se apóia no princípio da boa convivência social.”(Lautnschläger, Milton Flávio de Almeida Camargo, *Abuso do direito*, 2007. p.71).

princípio da eticidade, buscou-se superar o afeto do Código Civil de 1916, no qual denominou com a seguinte transcrição o ilustríssimo autor MIGUEL REALE, citado por Lautnschläger “formalismo jurídico, fruto, a um só tempo, da influência recebida do Direito tradicional português e da escola germânica dos pandectistas; aquele decorrente do valioso trabalho empírico dos glosadores; esta dominada pelo tecnicismo institucional haurido na admirável experiência do Direito romano”.²⁷

É de suma importância ressaltar, que com base neste último princípio mencionado, seguindo como referência o artigo 334º do Código Civil Português, que o legislador brasileiro impõe o abuso do direito no ordenamento civil brasileiro, perpetuado no artigo 187º.

1.2.4 Julgados Sobre o Abuso do Direito no Sistema Jurídico Brasileiro

No Brasil, semelhante a Portugal, são inúmeros julgados que mencionam o instituto do abuso do direito como elemento de suma relevância para sua fundamentação. Seguem exemplos, a título de conhecimento:

- I. “Só há abuso de direito quando alguém ingressa em juízo sem motivos legítimos, de má-fé ou por erro tão ostensivo e leviandade tão manifesta que só o espírito de aventureiro ou a temeridade poderia explicar.” (TJSP – Ap.169.791 – Rel. Felizardo Calil – j.25.4.69 – *RJTJSP* 9/53.)²⁸

- II. “AÇÃO ORDINÁRIO DE INDENIZAÇÃO – Exercício abusivo do direito – Embora a alienação de imóvel a terceiro pelo credor hipotecário, depois de adjudicá-lo em execução, não constitua ato ilícito, pode caracterizar abuso do direito, quando feito com o propósito de prejudicar o promitente comprador, com quitação plena

²⁷ Miguel Reale *Apud*. Lautnschläger, Milton Flávio de Almeida Camargo, *Abuso do direito*, 2007, p. 71.

²⁸ Lautnschläger, Milton Flávio de Almeida Camargo, *Abuso do direito*, 2007. p.114.

da promessa. Apelação provida. Vencido o Des. Rebello de Mendonça.” (TJRJ – Apelação Cível nº 1990.001.397 – Segunda Câmara Cível – Relator: Des. Lindberg Montenegro – Julgado em 6.11.90.)

III. “CONTRATO DE COMPRA E VENDA – Safra Agrícola – Previsão de preço final por cotação internacional – Riscos do empreendimento pelo comprador – Inexistência de contrapartida para a vinculação do vendedor – Conteúdo de abuso do direito da cláusula – Recurso não provido. Em contrato de compra e venda de safra, a cláusula contratual, contendo previsão de preço final do produto, por meio de cotação em bolsa internacional de mercadorias, por envolver o vendedor nos riscos da atividade do comprador, sem contrapartida, por parte daquele, é considerada com conteúdo de abuso de direito, não vinculando o vendedor, por contrariar interesses gerais preponderantes, exercício do direito.” (TJSP – Apelação Cível nº 15.600-4 – Bebedouro – 8º Câmara de Direito Privado – Relator: Cesar Lacerda – 12.6.97 – V.U.)

IV. “INDENIZAÇÃO – Responsabilidade Civil – Abuso de direito – Caracterização – Contrato atípico de cessão de águas, sem prazo determinado – Denúncia vazia pelo cedente – Perda da safra pelo cessionário – Ocorrência de abuso do direito de desconstituição unilateral de contrato por prazo indeterminado – Indenização devida – Recurso parcialmente provido. Não era justo nem jurídico, nas circunstâncias, que houvessem aquelas denunciado o contrato, ao término do plantio, que os autores vieram a perder por falta de irrigação. Caracterizou-se exercício irregular do poder de denúncia, ou seja, abuso de direito.” (TJSP – Relator: Cezar Peluso – Apelação Cível nº 182.997-1 – Guaratinguetá – 1º.6.93.)

- V. “APELAÇÃO CÍVEL. Indenização. Reparação de danos. Alegação no sentido de ter sido o imóvel danificado em decorrência de obras realizadas pela Municipalidade. Desistência da ação ente a constatação de coisa julgada. Reconhecimento, de ofício, da litigância de má-fé e condenação da autora em honorários advocatícios a título de sanção. Inadmissibilidade. Inexistência de prova da culpa. Exegese do art. 17 do CPC. “Para a caracterização do abuso do direito de demandar ou da litigância de má-fé exige-se a comprovação de culpa *lato sensu* da parte, ou seja, a demonstração do elemento intencional ou culposo voltado ao propósito de obter vantagem processual indevida ou de prejudicar e causar gravame á outra parte. O mero equívoco ou simples erro escusável não empenha a imposição de sanção.” (TJSP – 3º C. Dir. Público – Ap. 111.876-5/0 – Rel. Rui Stoco – j. 31.7.2001 – Voto 2.786.)

Alguns desses julgados, prenunciam conceitos e fundamentos, no qual seriam fortalecidos de forma expressa após a vigência do atual Código Civil:

- VI. “DIREITO À IMAGEM – Cânone constitucional – Ato ilícito e tese do abuso de direito. O direito à imagem está elevado á categoria de garantia constitucional, ensejando indenização por sua violação, no plano material ou moral (art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal). Publicar a fotografia da pessoa de frente ou de dorso, para fim de propaganda comercial, sem qualquer autorização, se não chegar diretamente ao ato ilícito, constitui abuso de direito. Repele-se a reprodução da imagem do lesado, profissional de tênis, na montagem da fotografia, em uniforme de tênis, empunhando raquete em gesto característicos profissional, como que a recomendar o hotel e as suas quadras de tênis. A propaganda é lícita em seu objeto, mas seu exercício teve fim anti-social e ilícito, emergindo, daí, a obrigação de

indenizar. Recebimento dos embargos. Vencidos os Des. Moledo Sartori e Ellis Figueira.” (TJRJ – Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 1991.005.70 – I Grupo da Câmaras Cíveis – Relator: Des. Pedro Américo R. Gonçalves – Julgado em 13.11.1991.)

VII. “PLANO DE SAÚDE – Declaratória da senhora octogenária, objetivando manutenção de contrato vigente há longos anos e que a empresa prestadora de serviços, fundada em cláusula expressa facultando-lhe e não prorrogação, dá por cessado – Reconhecimento de ineficácia, por abuso de direito e aplicação dos princípios gerais de proteção da boa-fé e da equidade – Viabilidade e procedência da ação confirmadas – Apelação não provida.” (TJSP – Apelação Cível nº 1.042-4 – São Paulo – 2º Câmara de Direito Privado – Relator: J. Roberto Bedran – 27.5.97 – V.U.)

VIII. “ O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe á observância das partes. O litigante de má-fé – trata-se de parte pública ou de parte privada – deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo.” (STF – 2ºT. – ED 246.564-0 Rel. Celso de Mello – j. 19.10.99 – RTJ 270/72 e Bol. AASP 2200/180, 26.02 a 4.3.2001.)

O que concluímos após análise destas decisões, é que o direito deve ser aplicado de maneira regular, isto é, aplicabilidade esta, auferida nos limites para o qual ele foi criado, sob pena de materializar o abuso do direito.

1.3 A elaboração do Abuso do Direito

De acordo com o estudo em análise, a aceitabilidade do preceito abuso do direito, pelos ordenamentos jurídicos no qual foram estudados deu-se após ficar comprovado a necessidade de reativar o direito subjetivo. No entanto, até tal instituto auferir sua concepção atual, o abuso do direito foi teor de algumas doutrinas que sugeriram as mais diversas teorias com o preceito de definir um corpo jurídico aquele instituto.

O abuso do direito brota de inúmeras “manifestações periféricas”, onde o objetivo solucionar problemas concretos, assim, analisando inúmeras situações concretas onde se verifica problemáticas ligadas a tal “abuso” é que podemos preceituar tal instituto.²⁹

MENEZES CORDEIRO cita duas teorias de Wolfgang Siebert³⁰ no qual contrapõem o instituto do abuso do direito, teorias estas denominadas de teorias internas e teorias externas.

1.3.1 Teoria Interna

No entendimento das teorias internas, a elucidação do abuso do direito esta evidenciada no próprio conteúdo de cada direito subjetivo, ou seja, o abuso de direito seria aplicado aos seus titulares de determinado direito, impondo limites peculiares que teriam que ser respeitados, caso esses direitos entre as partes não fossem respeitados, ocasionaria o abuso do direito. Esta teoria é dividida em três doutrinas: a doutrina dos atos emulativos, funcionais e interpretativos³¹.

²⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 121.

²⁹ Ibidem. p.121.

³⁰ WOLFGANG SIEBERT, *Verwirkung und unzulässigkeit der rechtsausübung(1934)* apud MENEZES CORDEIRO, 2014, p. 121.

³¹ WOLFGANG SIEBERT, *Verwirkung und unzulässigkeit der rechtsausübung(1934)* apud MENEZES CORDEIRO, 2014. p.122-123.

1.3.1.1 Atos Emulativos

A doutrina dos atos emulativos refere-se ao intuito do titular do direito em prejudicar. “Sendo ela uma pura intenção maléfica de causar prejuízos, surgiria o abuso”³².

Isto ocorre, quando um há o uso foro do normal do direito, em que o detentor deste direito, usa-o com a finalidade exclusiva de causar dano a outrem, sem que haja qualquer vantagem, dano exercido de má-fé³³.

1.3.1.2 Atos Funcionais

As doutrinas funcionais, cuja autoria é de JOSSERAND, assenta que o direito subjetivo é complementado por uma função. No qual, seria no desrespeito a esta função que originaria o ato abusivo³⁴.

1.3.1.3 Atos Interpretativos

Os atos interpretativos, sequente a funcional, o autor em questão expõe que tendo em consideração a necessidade de respeitar as considerações funcionais alusivos ao direito ,em si, o abuso ocasionaria numa questão de compreensão do ato³⁵.

³² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*. Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 122.

³³ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forenses, 2004. p. 273. “Contudo, pode o titular obter vantagem pessoal com o uso do direito, às vezes grandes vantagens, só obtidas usando o direito de forma incompatível com o fim econômico ou social para o qual foi constituído. Nessa hipótese, o titular, formalmente, se matem dentro da lei, dela se afastando pelo escopo com que usa o direito. Aí, diz-se haver *abuso do direito*.”

³⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*. Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 122.

³⁵ *Ibidem*. p. 122-123.

1.3.2 Teoria Externa

No que se refere as teorias externas, em contraditório com a teoria supracitada, o abuso de direito aparece a partir do descumprimento as normas jurídicas alheias ao direito subjetivo. A teoria em discussão é dividida em três doutrinas: a doutrinas das normas específicas, a da contraposição entre a lei e o Direito e a da remissão para ordens extrajurídicas. A doutrina das normas específicas, explana o entendimento de que existem regras direcionadas aos titulares do direito subjetivo com proibições de certos exercícios. O abuso do direito assiste no desrespeito a tais proibições. Já a doutrina da contraposição entre a lei e o Direito, compreende-se que o ato abusivo é em conformidade com a lei, porém, diverso do direito. E por fim, a terceira doutrina, da remissão para ordens extrajurídicas, o abuso do direito é de acordo com direito, mas diversas a estas ordens. Temos como exemplo de ordem extrajurídica, a moral e o direito natural³⁶.

O abuso do direito é fruto da combinação destas teorias, em detrimento da insuficiência construtivo-teórica quando posto individualmente. Com relação, se analisarmos o atual ponto de vista do instituto, é de suma notarmos elementos das teorias.

1.4 A legitimação legal e os limites referentes ao abuso do direito

A manifestação do instituto abuso do direito advém dos artigos 187º e 334º, referentes as leis civis do Brasil e de Portugal, na devida ordem:

“**Artigo. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos costumes”.

³⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 125 a 127.

“**Artigo. 334.** É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Em conformidade com os artigos supracitados, fica claro a semelhança entre as normas. Fica claro a influência do artigo português sobre o artigo brasileiro. O legislador brasileiro confere até os mesmo limites. Todavia, no ordenamento jurídico português vem sedimentado na seção do exercício e tutelas dos direitos, ao mesmo tempo que o brasileiro está existente na seção dos atos ilícitos.

O doutrinador MENEZES CORDEIRO³⁷, entende como equivocada a intitulação de ato ilegítimo, tendo em vista o tradicional sentido deste termo, assim, o autor supracitado entende como a expressão mais adequada “ato ilícito”. Entretanto, temo discordar, pois ao analisarmos, o abuso de direito não integra ato ilícito. Uma vez que, que o agente no ato ilícito confronta a lei diretamente, no entanto, no abuso, o agente excede os limites na prática do direito.

Ao falarmos sobre os limites impostos, como já citado anteriormente com relação a semelhança entre os artigos constitui-se diretamente neste ponto. A eminente cópia do artigo 187º com referência ao artigo 334º se dá pelo uso da boa-fé, dos bons costumes os fins econômicos e sociais, fora o termo “manifestamente”. É oportuno enunciar que a boa-fé e os bons costumes são limites gerais, portanto tendo que sempre serem analisados, já os fins econômicos e sociais são limites específicos, pois geralmente os direitos apontam ou um fim social ou econômico.

Apesar que inúmeras vezes possa haver violação concomitante de um ou mais desses limites, o que normalmente acontece, existirá situações em que o agente, no exercício de seu direito, afronta apenas um desses limites. Assim, se faz necessário analisarmos cada em particular.

³⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p.133-134.

1.4.1 Da Boa-Fé

Quando se trata da Teoria Objetiva do Abuso do Direito, o Código Civil no seu artigo 187º, ao tempo que se refere a “boa-fé”, trata da boa-fé objetiva, no qual se refere a conduta do agente, e não a boa-fé subjetiva, que se refere á intenção do agente, á medida que esta é desnecessária para determinar o ato abusivo.

Contudo, esta pesquisa sobre a Teoria Objetiva do Abuso de Direito, ganha magnitude no Código Civil de 2002, pois está alusiva com a ideia de eticidade, concepção esta que serviu de parâmetro para a Composição de todo Código Civilista.

Aprofundaremos sobre o princípio da boa-fé mais adiante, pois trata de um princípio de suma importância para o tema da pesquisa, assim, de veras magnitude.

1.4.2 Dos Bons Costumes

A imposição do artigo 187º do Código Civil brasileiro, de que, na prática de um direito, se respeite aos bons costumes, que é o posicionamento máximo da importância da moral sobre o direito.

Contudo, os bons costumes se refere á moral de uma deliberada sociedade. Não se confunde com costumes, no qual tem relação ao direito consuetudinário, apenso á imagem de uso constante por determinado povo acreditando ele ser indispensável. A conceitualização dos bons costumes esta ligada aos princípios morais de uma comunidade.³⁸

Ao falarmos de contratos, se o objeto do mesmo ofender aos bons costumes, este contrato será considerado ilícito (em sentido estrito) e conseqüentemente viciado de nulidade. Entretanto, não se pode confundir o objeto do contrato com as ações praticadas pelas partes no exercício dos direitos que transcorrem desse mesmo contrato. Isto é, o desrespeito aos bons costumes que denota o ato abusivo deve ser averiguada no tocante ao exercício de direitos que decorrem do contrato, e não quanto ao seu objeto.

³⁸ LUDWIG, Marcos de Campos. Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo Código Civil. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. p. 149-151.

1.4.3 Dos Fins Econômicos e Sociais

Todo direito refere-se a um critério ideológico, grafar sobre o aspecto dos fins econômicos e sociais, por conseguinte, pressupõe sair do seu direito positivo, do meio jurídico, e procurar fundamentos na filosofia do direito.

Inquirir a finalidade econômica e o social de uma direito, significa ir atrás de algo que antecede ao próprio direito, algo que ocasionou a sua criação.

Podemos tomar como exemplo, o direito da propriedade, pois este direito dá-se para atender as necessidades humanas, sendo esta a sua finalidade econômica e social. Já se o proprietário desta propriedade empregar o direito que tem com a finalidade de desonestidade, mesmo que não tenha tirado vantagem, estará abusando de seu direito de propriedade. Dessa maneira, quando o proprietário, no seus direitos de atributos da propriedade, infringir a política de defesa do meio ambiente, de mesmo modo age em abuso de direito, pois falta com respeito com o fim social do direito á propriedade.³⁹

Temos como outro exemplo, o direito de social fundamental de grave dos trabalhadores, no qual, é exercido

O doutrinador MILTON LAUTENSCHLÄGER assegura que estes quatro elementos citados, não são os limites no qual o julgador tem q se moldar, ele entende que outros limites, como por exemplo o comportamento do agente em geral, pois muitas vezes, um comportamento que impõe benefícios para uma pessoa pode ocasionar desutilidade para a outra, situação esta, que ficará á mercê de uma interpretação jurisprudencial e/ou da doutrina pela julgador⁴⁰.

³⁹ O art. 5º, inc. XXIII, da Constituição Federal do Brasil elucida que “a propriedade atenderá a sua função social.” A própria Constituição conceitua função social da propriedade, prevendo no art. 182, § 2º, que a propriedade urbana atende a sua função social quando obedece às normas do plano diretor, e, no art. 186, que a função social da propriedade rural é atendida quando há o aproveitamento adequado e racional do solo e dos recursos naturais disponíveis, a preservação do meio ambiente, a obediência das normas do direito do trabalho e a exploração da propriedade favoreça o bem estar do proprietário e dos trabalhadores.

⁴⁰ Sobre o tema relatado e o entendimento do ilustríssimo doutrinador supracitado.

“Isso não significa dizer, contudo, que os julgadores estarão limitados, taxativamente, aos valores informados pelos conceitos de boa-fé, dos bons costumes e dos fins econômicos ou sociais, referidos expressamente pelo artigo 187. Ao nosso ver, repise-se uma vez mais, o aplicador do direito poderá identificar a ocorrência do abuso: (a) no comportamento emulativo (situação em que se presume a violação a todos os valores referidos); (b) no comportamento que, embora desprovido de caráter emulativo, não gera vantagem ao agente e vela-se desvantajoso ao terceiro (caso em que se presume ao menos infringência aos fins econômicos e sociais); e (c)

Estudando mais a fundo a analogia feita por MENEZES CORDEIRO, entre o abuso do direito e o princípio da boa-fé, conclui-se que o princípio da boa-fé de fato implementa papel fundamental para aferição dos atos abusivos, no tocante às relações contratuais. Esse entendimento tem apoio legal no art. 187 do Código Civil, que se configura como o *locus* de encontro entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva.

Assim, sempre que houver desrespeito ao princípio da boa-fé, se configurará o abuso do direito. A estreita relação estabelecida entre o abuso do direito e a boa-fé será objeto das próximas páginas, no qual se aprofundará o estudo sobre esse fundamental princípio que rege nossa pesquisa.

1.5 O Princípio da Boa-fé

A boa-fé, é um princípio fundamental no qual é visto atualmente como princípio no Direito Civil. Pois mostra um cuidado ao se tratar dos “valores éticos-jurídicos” da coletividade.⁴¹

Entretanto, é de suma importância delinear uma ideia sobre o princípio da boa-fé, sendo interessante expor um entendimento do excelentíssimo SÍLVIO VENOSA na aplicabilidade deste princípio no que se refere as relações contratuais, o autor supracitado fala que é “dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato” pois mesmo ao fim do contrato podem resta-lhes “efeitos residuais.”⁴²

Em relação a importância desempenhada pelo princípio da boa-fé, MENEZES CORDEIROS expressa uma nomenclatura alternativa ao abuso do direito, na qual o mesmo nomeia de “exercício inadmissível de posições jurídicas”. Sendo assim, sobressai o

no comportamento que, embora imponha utilidades para um e desutilidades para outro, se mostre, numa análise de jurisprudência e/ou doutrina pelo magistrado, contrário aos valores, princípios e máximas de condutas que compõem a “unidade conceitual e valorativa” do Código Civil, abrangidos aí, evidentemente, o fim econômico e social, os bons costumes e a boa-fé.” (Lautenschläger, Milton Flávio de Almeida Camargo, *Abuso do direito*, 2007, pgs. 96-97).

⁴¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Ed. Coimbra Editora, 2005. 124-125.

⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2. p. 378.

papel desempenhado pela boa-fé que possui, na visão do doutrinador, vocação específica para interceder em situações que relacionem duas ou mais pessoas como, por exemplo, as relações obrigacionais e contratuais. Conclui-se, ainda, erigindo o princípio da boa-fé como o mais importante critério para identificação do abuso, ou na terminologia do autor, da inadmissibilidade de qualquer posição jurídica. Suas próprias palavras não deixam dúvidas quanto a isso: “O essencial do exercício inadmissível de posições jurídicas é dado pela boa fé; aos bons costumes e à função social e económica dos direitos, incluídos no art. 334º, cabe um papel diferente”⁴³.

O princípio da boa-fé é importante, pois proíbe uma conduta que seja oposta á boa-fé, assim aparecendo em oposição àquela conduta de má-fé. A boa-fé deve ser analisada de um modo geral no que se refere as relações jurídicas, no código civil brasileiro, trata em vários trechos sobre a aplicabilidade deste princípio, no que se refere aos contratantes e seu dever de boa-fé, dispõe o artigo 422º.⁴⁴

MOTA PINTO, refere-se ao princípio da boa-fé, como um princípio de bastante relevância quando se trata de contratos, entretanto, princípio este que vive em “ permanente diálogo e contraponto com um outro princípio fundamental[...],[...] que é o da autonomia privada.”⁴⁵

⁴³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Livraria Almedina-Coimbra, 1997, p.901. Mais afundo, CORDEIRO explica sobre a boa-fé correlacionado com a abuso do direito: “Deve apontar-se, ainda, um papel particular de boa-fé, presente nas diversas regulações típicas do abuso do direito: o da metodologia por ela pressuposta. Em todos os casos da sua aplicação, depara-se com exigências particulares que, assentes, no princípio, num combate contra o formalismo ainda, em muitos pontos, actual, se vieram a prolongar através da necessidade de, em permanência, dar corpo a aspirações profundas do sistema, culminado no ponderar das consequências das decisões.Tudo isto é colorido, a nível fáctico, por uma vocação específica, da boa-fé, de intervir em conjunturas que relacionem duas ou mais pessoas. Nos cenários do exercício inadmissível de posições jurídicas, quer a protecção da confiança, quer o relevo de situações jurídicas materiais, operam na base de um contacto específico entre duas pessoas: trata-se de situações relativas, que a linguagem e a tradição jurídicas têm conectado com a boa-fé. Há outras conexões: a protecção da confiança prende-se, também, aos temas da aparência e da crença, com nível jurídico; o relevo de situações jurídicas materiais liga-se, de perto, com o movimento histórico no sentido da superação do formalismo: ambos os aspectos evocam, como é sabido, a boa-fé. Num campo em que, como este, jogue a possibilidade, cientificamente nova e muito produtiva, de uma remissão para o sistema, a boa fé torna-se, num acrecento aos fatores, já de si conclusivos, acima apontados, uma locução ideal: apreciativa, vaga, mas com conotações insofismáveis de voluntariedade na aplicação do Direito e capaz de, de imediato, recordar a imprescindibilidade da Ciência do Direito, a boa fé traduz, por excelência, a capacidade expansiva do sistema.”

⁴⁴ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁴⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4º Ed. Coimbra Editora, 2005, p. 124-125.

Em relação a aplicabilidade da boa-fé, o Ilustríssimo Doutor MENEZES CORDEIRO, entende que este é aplicado “ desde as fontes do Direito á sucessão testamentária, com incidência decisiva no negócio jurídico, nas obrigações, na posse e na constituição de direitos reais, a boa fé informa previsões normativas e nomina vectores importantes da ordem privada.”⁴⁶

Nesse sentido MIGUEL REALE, adverte que, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.⁴⁷

MANUEL CARNEIRO DA FRADA interpreta os artigos 762º nº 2 e o artigo 227º nº 1, do código civil português, no que se refere a função do princípio da boa-fé no que alude ao cumprimento de obrigação, com os seguintes ditames “ [...] o Código civil determina genericamente que as partes devem, tanto no cumprimento da obrigação, como no exercício do direito correspondente, proceder segundo a boa-fé, e vincula a idêntico procedimento, durante os preliminares ou na formação do contrato, os sujeitos que negociem a respectiva conclusão sob pena de indemnização dos danos causados.”⁴⁸

Os doutrinadores CARLOS ALBERTO MOTA PINTO e o MANUEL CARNEIRO DA FRADA, compartilham da ideia que o comportamento com base no princípio da boa-fé é uma conduta “ético-jurídico”^{49 50}, pois trata-se de uma conduta que deve mostrar credibilidade do agente, honestidade e confiança.

Nesse sentido, no direito privado e no direito obrigacional, as partes envolvidas tem o dever se portar segundo os “padrões éticos”, sem ocultar essencial da outra parte, e claro, sem ter um comportamento contraditório, o levando ao *venire contra factum proprium*, sem a finalidade de “locupletar-se indevidamente e sem cuasa, á custa alheia”⁵¹.

⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Livraria Almedina-Coimbra, 1997, p. 17.

⁴⁷ REALE, Migue. Um artigo chave do código civil. In.: *Historia do novo código civil*. São Paulo : Ed. RT, 2005, P. 240-243.

⁴⁸ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Edições Almedina, SA, 2007, p.432.

⁴⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4º Ed. Coimbra Editora, 2005, p. 124

⁵⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit, p. 447.

⁵¹ RODOVALHO, Thiago. *Abuso do direito e direitos subjetivos*. 2011. p. 73-74.

Assim, compete investigar o elemento subjetivo das partes, bem como a sua norma objetiva, distinguindo entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva trata-se, substancialmente, de um estado de ignorância, no qual será discutido no próximo tópico, já a boa-fé objetiva, no qual possui uma atenção especial para a presente investigação, pois liga diretamente as ações realizadas pelas pessoas, entretanto, o *venire contra factum proprium*, tem o enfoque em coibir o comportamento do contraditório.

1.5.1 A Boa-fé Subjetiva

Analisando de forma geral, a boa-fé subjetiva ergue-se de uma condição de ignorância daquele que se pressupõe titular de um direito, porém, é apenas dono de seu discernimento e de sua concepção.

JUDITH MARTINS-COSTA define a boa-fé subjetiva com os seguintes dizeres, “A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’, justamente porque, para a sua aplicação deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.”⁵²

Nota-se que a boa-fé subjetiva, demonstra um entendimento equivocado em erro que urdi o contratante. Respalda-se, dessa forma, em um estado de ignorância, similar ao erro negocial, uma vez que a pessoa não acredita estar em uma situação não regular, desse modo, atua como se fosse o titular do direito.

Sobre o entendimento da boa-fé subjetiva, MOTA PINTO, expõe que, “ [...] a boa-fé reporta-se a um estado *subjetivo*, tem em vista a situação de quem julga actuar em conformidade com o direito, por desconhecer ou ignorar, designadamente, qualquer vício ou circunstância anterior.”⁵³

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.411.

⁵³ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4º Ed. Coimbra Editora, 2005, p.125.

Entretanto, é analisado e entendido que este princípio não é mas conforme para o critério no qual alude as relações contratuais e em relação ao *venire contra factum proprium*, todavia, é de suma importância a investigação da boa-fé subjetiva, em que dispõe de traços pertinentes no estudo jurídico, como por exemplo no que se refere deliberações possessórias.

1.5.2 A Boa-fé Objetiva

A boa-fé objetiva é de suma importância para este trabalho em desenvolvimento, uma vez que trata os caminhos principais para a análise necessárias para a verificação do *venire contra factum proprium*.

SILVIO DE SALVO VENOSA expõe que para avaliarmos a importância da boa-fé objetiva, é primordial avaliarmos a boa-fé subjetiva, no entendimento deste, “ [...] a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como regra de conduta [...]”, assim sendo, uma obrigação de se comportar de acordo com deliberados “ [...] padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.”⁵⁴

MOTA PINTO doutrina sobre a boa-fé objetiva, fazendo uma análise de sua importância, “ [...] a lei recorre á boa-fé em sentido objetivo sendo este o sentido em que tal princípio revela, na actualidade, todo o seu imenso potencial *jurisgênico* e traduz a dimensão e *justiça social e materialmente fundada*[...]. Em sentido objetivo, pois, a boa-fé constitui uma *regra jurídica*, é um princípio normativo transpositivo e extra-legal para que o julgador é remetido a partir de cláusulas gerais.”⁵⁵

E em relação aplicabilidade deste princípio nos contratos, o doutrinador supracitado continua a expor que, “ Aplicado aos contratos, o princípio da boa-fé em sentido objetivo constitui uma regra de conduta segundo a qual os contraentes devem agir

⁵⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2. p.379.

⁵⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4º Ed. Coimbra Editora, p.125.

de modo *honesto, correcto e leal*, não só *impedindo* assim comportamentos *desleais* como *impondo* deveres de *colaboração* entre eles.”⁵⁶

A honestidade, a confiança e a lealdade estão conexos com a boa-fé objetiva, dado que, por meio desta, não é admitida que seja gorada as expectativas da parte negociante, pois ao contrario do exposto, estaria sob pena violação do referido princípio.

É esperado da pessoa no qual estar á realizar uma negócio jurídico que atue de forma confiável e de forma íntegra, se portando assim de acordo com o modelo social, desta forma, obtendo á confiança estabelecida entre as partes.

Diante da boa-fé objetiva proibisse o exercício do ponto jurídico inaceitável, assim, coibindo a ruptura da base do negócio jurídico, no qual, é uma das primordiais ideias a serem trabalhadas no *venire contra factum proprium*.

O comportamento de boa-fé, salvo previsto, deve surgir procedida de uma legítima ação de boa-fé.

A doutrinadora MARTINS-COSTA⁵⁷ propõe organizar os casos de aplicação da boa-fé em três grandes grupos: função de otimização do comportamento contratual, função de reequilíbrio do contrato e função de limite do exercício dos direitos subjetivos. Conforme a mesma autora, a aplicação da boa-fé objetiva no direito civil ocorre em três grandes áreas de abrangência:

- 1) como fonte de integração da norma;
- 2) como vetor interpretativo;
- 3) pela imposição de um dever geral de conduta.

Verificando-se falha na lei, é importante ressaltar, a não regulação de determinada situação fática que merece ser juridicizada, será necessária a sua integração. Perante tal circunstância, o operador do direito pode se valer da analogia, dos costumes e dos

⁵⁶ Ibidem. p.125.

⁵⁷ *A boa-fé como modelo* (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: MARTINSCOSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 199.

princípios gerais do direito, conforme prevê o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 44.657/1942). Destarte, como a boa-fé objetiva é um princípio geral do direito, desta forma, a lealdade, probidade e proteção à confiança, são tarefas que estão na consciência dos povos. Portanto, ao se preencher a lacuna da norma, é preciso dar uma solução ética para o caso concreto, no qual preencha-se aos preceitos da lealdade, da honestidade e da probidade.

A boa-fé objetiva é amplamente relevante como vetor interpretativo, já que, diante das interpretações possíveis, aplica-se aquela que esteja de acordo com a eticidade.

Isto posto, a boa-fé objetiva, no que se refere a sua conduta, impõe, a par dos deveres principais expressos no contrato, deveres anexos, como lealdade, probidade, eticidade, auxílio no cumprimento da obrigação, dever de informação, de confiança, dentre outros.

Não obstante, a boa-fé objetiva é um princípio poderoso, pois trata do equilíbrio nos contratos bilaterais e sinalagmáticos, é quebrado com a lesão subjetiva ou pela disparidade entre as prestações decorrentes de fato imprevisto e imprevisível.

A boa-fé objetiva leva em apreciação os interesses do aliado contratual, tutelando a sua confiança legítima, como elucida ANDERSON SCHREIBER, “ Com efeito, 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 amalgamados ao direito privado como um todo.”⁵⁸

No entendimento de MENEZES CORDEIRO, a boa-fé objetiva ainda depende de um traço subjetivo, como o mesmo explana: “A boa-fé sofre, na actualidade, as consequências do divórcio entre os discursos metodológicos oficiais e a dogmática

⁵⁸SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pgs. 89-90. “[...]o reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos fáticos da sua adoção. Passa-se da obsessão pelo sujeito e pela sua vontade individual, como fonte primordial das obrigações, para uma visão que, solidária, se faz atenta á repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centros de interesses, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade o da intenção do sujeito que os praticou.”

jurídica. E de modo agravado: noção vaga, carregada de história rica em implicações emotivas e objecto de utilização alargada, embora de contornos pouco conhecidos, ela presta-se, por excelência, a desenvolvimentos verbais, numa aporética dominada por uma linguagem grandiloquente e vazia de conteúdo. Há uma mitificação da boa-fé.”⁵⁹

Neste aspecto, o *venire contra factum proprium* realiza uma relevância de suma importância, pois dispõe de fundamentos definidos, e pode ser exercido sem o parecer de critério tão somente subjetivo do magistrado, assim, permitindo absoluta segurança jurídica a julgamento proferido

1.6 A Litigância de má-fé

Existem outros meios legais no qual se destinam a regular o comportamento das partes no processo tendo em vista a correta aplicação da justiça. No qual figura o instituto da litigância de má fé.

A princípio, importa destacar que esse é um instituto tipicamente português⁶⁰, no Brasil, a figura da má-fé surgiu pela primeira vez, no de 1939, no primeiro CPC Brasileiro, que estabelecia no seu artigo 63º uma repulsão a litigância de má-fé. Portanto, cumpre mencionar, ainda de forma breve, a evolução deste que hoje é aclamado nos ordenamentos em estudo.

⁵⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Livraria Almedina-Coimbra, 1997, p.41.

⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 45.

1.6.1 Desenvolvimento Histórico

Assim, semelhante ao abuso do direito, já existia no direito romano uma doutrina que coibia a má fé processual, onde era denominada *temeritas* processual. Tecer o caminho trilhado detalhadamente desde a origem romana até a explicação atual não seria oportuno. Não obstante, o desenvolvimento deste instituto foi forma gradual e vagarosa, trespassando por vários momentos, desde as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, pelas Reformas Judiciárias até aos Códigos⁶¹.

Importou-se de Roma pelo legislador português o instituto processual do *juramentum calumniae*, ou seja, juramento de calúnia⁶². Fundava-se numa declaração feita por autor e réu, onde ponderavam agir no processo com justa razão e boa fé, sem intento malicioso. O juramento era indispensável. Se o autor prestasse o juramento, conseqüentemente ocorreria a perda da ação. No que se refere ao réu, se o mesmo não prestasse o juramento, implicaria na confissão do pedido.

Juramento no qual esteve presente nas leis anteriores às Ordenações até a Novíssima Reforma Judiciárias, no qual antecedeu o primeiro Código de Processo Civil, de 1876. Entretanto, vale ressaltar no momento das Ordenações, que o juramento de calúnia era geral, e poderia ser cabível a qualquer ação, sumária ou ordinária. No entanto no período das Reformas, sua aplicação passou a ser especial, sendo tão somente empregada nas situações caracterizadas em lei⁶³.

É suma importância destacar um dado existente nas Ordenações Filipinas, que trata das reponsabilidade dos Advogados e procuradores. A lei da Boa Razão, de 1769, onde acarretaria sanções severas para os mandatários que atuavam de maneira frívola: I- se fosse surpreendido praticando atos de má fé pela primeira vez, levariam uma multa de 50

⁶¹ COSTA E SILVA, A litigância de má fé, 2008, p. 186-190; No qual as Ordenações Afonsinas em 1832, as Ordenações Manuelinas em 1837, denominada “A nova Reforma Judiciária”; e as Ordenações Filipinas, denominada “A novíssimas Reforma Judiciária”; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. pgs. 45-47.

⁶² ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo : a responsabilidade por pedido infundado de declaração de situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*, 2006. p. 30.

⁶³ COSTA E SILVA. *A litigância de má fé*, 2008. p. 189.

mil réis para a Relação, mais seis meses de suspensão; II- já na segunda vez, acarretaria na perda de graus obtidos na Universidade; e III- na terceira vez, 5 anos de reclusão na Angola. Contudo, para que seja aplicada estas penas, era necessário convencimento do dolo⁶⁴.

O Código de Processo Civil Português, de 1876, trouxe importantes alterações em detrimento a relação processual. Onde, neste Código, foi criado um sistema especial para o litigante de má-fé. Disposição prevista nos artigos 121º, 122º e 126º. O artigo 121º determinava que a parte vencida que litigou de má-fé, pagaria 10% a título de multa, sobre o valor da causa. No que concerne o artigo 122º, este punia a litigância no transcorrer das ações executórias.

Já o artigo 126º, parágrafo 1º, deliberava que a indenização não poderia exceder o dobro das custas. Esta foi uma ascensão na nova legislação, pois, anteriormente nenhum corpo jurídico fez menção a uma indenização em benefício da parte lesada pelo ato malicioso⁶⁵.

Mais adiante no tempo, analisaremos a Reforma mais significativa, que foi a de 1995. Nesta reforma, a litigância de má-fé iria passar a ser empregada inclusive nas condutas negligentemente graves, acrescendo cada vez mais o campo de incidência do instituto. Ademais, um novo tipo de conduta ,foi inserido, classificando-se de má-fé processual, o da omissão do dever de cooperação(boa-fé processual)⁶⁶.

A respeito do ordenamento brasileiro, no período de império, por ser colônia de Portugal, tinha o regimento legal sistematizado pelas Ordenações Filipinas. Por seguinte, com a sua independência, preservou as Ordenações Filipinas em vigor, com exceção das cláusulas que estivessem em contrariedade com a sua soberania. No ano de 1850, com a publicação do Código Comercial, na época, o legislador editou o Regulamento n.373, que referia-se sobre o processo comercial⁶⁷.

⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa "In Agendo"*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 49-50.

⁶⁵ Ibidem. p. 53-54.

⁶⁶ COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, 2008. p.264.

⁶⁷ GOUVEIA, *A litigância de má fé no processo civil brasileiro*.2002. p.84 e ss..

Já em 1871, o Governo Imperial solicitou ao Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, que reunisse as leis correntes ao tempo, Ordenações Filipinas, e leis complementares, num só corpo, assim, ocasionando na Consolidação das Leis de Processo Civil, que tinha força de lei⁶⁸. Esta Consolidação administrava o processo civil até a proclamação da república, quando o decreto n.763, estabeleceu a aplicação do Regulamento n.737 ao processo civil⁶⁹.

Com o surgimento da Constituição de 1934, unidade processual foi reestabelecida. Com o passar de anos, mais especificamente em 1939, eclode o primeiro CPC Brasileiro, que estabelecia no seu artigo 63º uma repulsão a litigância de má-fé, condenando em custas.

Chegando no ano de 1973, foi editado um “novo” Código de Processo Civil, que estava em vigor até meados de 2014/2015, pois estava tramitando no Congresso Nacional o projeto de novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar no dia 18 de março de 2016, todavia, não houve modificações significativas quanto aos deveres das partes e da própria responsabilização por condutas comissivas e omissivas, que atrapalhem o devido andamento do processo legal, não divergindo quanto à particularização da litigância de má-fé.

1.6.2 Características da litigância de má-fé

O instituto da litigância de má-fé é prestigiado nos ordenamentos em estudo. A previsão legal elucida-se nos artigos 542º a 545º do Código de Processo Civil português e nos artigos 79º a 81º do Código de Processo Civil brasileiro. Sendo assim, prescrevem:

⁶⁸ FERNANDES DE SOUZA, *Abuso de Direito Processual*.2005, p.85.

⁶⁹ GOUVEIA, Loc. Cit.

“Artigo.542. Noção de litigância de má fé

- 1) Tendo litigado de má fé, a parte será condenada em multa e numa indenização á parte, se esta pedir.
- 2) Diz-se litigantes de má fé que, com dolo ou negligência grave:
 - a) tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) alterado a verdade dos fatos ou omitido fatos relevantes para a decisão de causa; c) tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; d) tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da Justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.”

“Artigo.79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.”

“Artigo.80. Considera-se litigante de má-fé aquele:

- I- deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II- alterar a verdade dos fatos; III- usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV- opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V- proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI- provocar incidente manifestamente infundado; VII- interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”

“Artigo.81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar

com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.”

Analisando os dispositivos, é notória uma semelhança normativa, inclusive no tocante aos comportamentos tipificados. Portanto, desta definição extraímos os aspectos que caracterizam o instituto.

Nas palavras de PEDRO ALBUQUERQUE, referente ao tema litigância de má-fé, elucida que a má-fé é o instrumento utilizado para proteger o processo no qual foi resultado de “violação dos deveres e posições jurídicas sentidos exclusivamente ao nível do processo, com independência e autonomia relativamente às posições de direito material”⁷⁰.

Quando o autor se refere aos deveres, são os decorrentes do respeito aos princípios da cooperação, da boa-fé e a correlação jurídica⁷¹. Quando se fala no princípio da cooperação, se refere ao dever que os intervenientes processuais têm em prestar suas cooperações, com a intenção de conseguir com celeridade e eficácia, a devida composição do litígio. No que se refere a boa-fé, além do que já foi mencionado neste trabalho, deve ser baseada no respeito aos deveres definidos no princípio de cooperação. A correlação recíproca, atende ao dever de urbanidade.

Embora, a importância da má-fé no processo, esta pode se dar por meio de uma ação substancial ou processual. Conforme MENEZES CORDEIRO⁷², as alíneas *a*, *b* e *c* refere-se à atuação substancial, ao passo que a alínea *d*) estaria ligada da conduta processual, no que se subdividiria em três subcondutas: conseguir um objetivo legal; impedir a descoberta da verdade; protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

⁷⁰ ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo : a responsabilidade por pedido infundado de declaração de situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*, 2006. p. 59.

⁷¹ Cf. Artigos 7,8,9 do CPC de Portugal e artigos 5, 322, 489 do CPC do Brasil.

⁷² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 63-65.

Em outro sentido, tem quem entenda ser a alínea c) pressuposto de atuação processual⁷³. Em razão de que na redação do princípio(art.8), arrebatam-se deveres e instrumentais e matérias.

Em relação a natureza jurídica da litigância de má-fé, é um instrumento processual público. Não obstante, age de forma oficiosa e pode ser suscitada a qualquer momento no processo. No qual, tem como requisito a violação do comportamento processual, seguindo um dos comportamentos tipificados nos artigos anteriormente aludidos. Para tal, além da conduta já pré-estabelecida, outro requisito de suma, é a existência de dolo ou de negligência grave. No que se refere á negligência grave, a jurisprudência portuguesa “restringe” onde ocorra má-fé substancial. Na má-fé processual só importa a atuação dolosa⁷⁴.

Outrossim, o instituto da litigância da má-fé, objetiva punir exclusivamente a conduta processual, não sendo pressuposto a existência de resultado⁷⁵. A má-fé processual provoca dois efeitos: o da sanção penal, que equivale a uma multa arbitrada de ofício á parte ardilosa, tomando como apoio o valor das custas; e uma indenização, a pedido da outra parte. Já no ordenamento jurídico brasileiro, a indenização também pode ser atribuída de ofício, de acordo com o artigo 81º.

É interessante analisarmos também que no ordenamento jurídico português, além da sanção designada a parte, ainda, faz alusão aos procuradores e representantes que da mesma forma, podem agir com má-fé. MENEZES CORDEIRO⁷⁶, faz uma crítica quanto

⁷³ ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo : a responsabilidade por pedido infundado de declaração de situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*, 2006. p.49; e ALMEIDA, *Direito Processual Civil*, 2010, p.299.

⁷⁴ MENEZES CORDEIRO, MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 66-68.

⁷⁵ Segundo ALBUQUERQUE: “Decisivo não é nunca o atingir de posições jurídicas subjetivas materiais. Trata-se, como sempre sucedeu desde Roma, de uma ilicitude baseada na violação de posições e deveres processuais que, a serem atingidos, geram de imediato uma ilicitude sancionável independentemente da existência ou lesão de qualquer ilícito de direito substantivo”, 2006, p.52.

⁷⁶ Conforme MENEZES CORDEIRO: ”Como é sabido, as pessoas coletivas são, em geral, responsabilizáveis, quer civil, quer mesmo penalmente, por atos que, pela natureza das coisas, são necessariamente praticados pelos seus representantes. A regra processual relativa á litigância de má-fé ia em total contraciclo: apenas se explica pelas apontadas razões históricas. Mas já faria sentido quando se entendesse que a pessoas coletiva podia ser condenada, bem como o representante, desde que cumprido o contraditório.”, (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 69).

aos representantes, pois contrariando as regras presentes no código civil e o das sociedades comerciais, ao punir apenas o representante, ao invés da pessoa coletiva. No que se refere ao procurador, o julgador não pode condená-lo pela má-fé, sendo esta competência do órgão de ética da Ordem dos Advogados(art.545º).

Como referido anteriormente, a inexistência de resultado não impede a condenação da parte, até no estado de desistir da ação, conforme o acórdão a seguir:

STJ 20/03/2014 I- A desistência do pedido não obsta á condenação da parte como litigante de má fé. II- A lide temerária pode ser hoje sancionada como litigância de má fé visto que, desde a revisão de 1995/1996 do Código de Processo Civil (artigo 456º do C.P.C./61), passou a ser possível a condenação como litigante de má fé do litigante de agiu com negligência grave.(Processo 1063/11.9TVLSB.L.1.S1).

Apesar do instituto ter relevo teórico, sendo mais desenvolvido no CPC, quanto a impedir as condutas processuais disfuncionais, na prática não tem mostrado boa aplicação. Porém, os requisitos do dolo ou negligência grave são bastante rigorosos. Nisto, as condenações, no tocante a litigância de má-fé tem cunho exclusivamente compensatório, quanto deveriam ser indenizatórios.

Por exemplo, a justiça brasileira. Na atualidade, uma ação dura em média três anos. Se o autor ajuíza uma ação com o único propósito de prejudicar o réu, este passará os próximos quatro anos sofrendo com a aflição de poder vir a ser condenado. Ao passo que autor, exercendo seu direito de ação, fará mal uso do processo e, ao fim, caso perca, pagará apenas as custas e honorários do réu, e caso seja condenado por má-fé, será penalizado com multa e indenização com base no valor das custas processuais, tal qual, valor este geralmente irrelevante.

Portanto, as mudanças evolutivas que se deram ao longo dos tempos com o abuso de direito, agora devem tocar a litigância de má-fé, e claro, e o protagonista nesse processo é o juiz. Atualmente, sua aplicabilidade é limitada e esta cada vez menos frequente na *práxis* judiciária, em consequência, o abuso de direito de ação vem se mostrando como uma nova forma de dificultar os atos abusivos.

1.7 Comparativo entre o abuso do direito e a litigância de má-fé

Com base no que já delineamos no decorrer deste estudo, podemos neste momento comparar os institutos que são fundamentais no que se refere ao *venire contra factum proprium*. Pois bem, já mencionamos que, mesmo que os institutos do abuso do direito e da litigância de má-fé sejam semelhantes, estes não se confundem. Entretanto, já se confundiram.

Antes da vigência do Código de Vaz Serra em 1966, abuso do direito ainda não tinha previsão legal, apesar da doutrina e jurisprudência logo apontarem aversão ao direito subjetivo absoluto. Nesse momento, o abuso que consistia no exercício do direito com o propósito malicioso, se confundia com a litigância de má fé⁷⁷, até a introdução do referido código, onde os estudos tomam vertentes opostas.

É verdade que na atualidade essa confusão já está superada. O abuso do direito, em conformidade com o que estudamos, é um instituto privado de conceito indeterminado, todavia, presente em todo sistema jurídico, brotando sempre que uma ação esteja em desconformidade com o sistema, nomeadamente da boa-fé, respeitada pelos princípios da tutela da confiança e da materialidade subjacente, tendo em vista a sua normatização legal no artigo 334º do CC português e no artigo 187º do CC brasileiro.

Não depende de culpa, ou seja, para se materializar, é suficiente uma análise objetiva de atuação do sujeito de direito. Além do que, é condição a existência do dano, o

⁷⁷ COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*. 2008. p. 618-619.

investimento de confiança e outros. Para mais, atua oficiosamente, desde que dentro do pedido de ação⁷⁸.

Em relação às consequências do ato abusivo, busca-se, de forma imediata, a cessação da conduta do abuso do direito, e manutenção da posição jurídica. E no mesmo instante, o dever de restituir, seja em espécie ou similar, e o dever de indenizar, no momento em que houver dano.

Noutro sentido, dispõe-se a litigância de má-fé, que constitui num instituto de direito público na esfera do processo, que surge como meio para proteger o processo, nomeadamente, na atuação das partes. Por ter natureza pública, seu conhecimento é oficioso, ou seja, podendo ser arguida a qualquer tempo no processo.

Com o suporte legal, os artigos 542º a 545º e 79º a 81º dos Códigos de Processo Civil Português e Brasileiro, estabelecem um rol exaustivo, pois limita a aplicação do instituto somente naquelas situações, além de exigir a existência de dolo ou negligência grave. Em contrapartida, não é necessário a existência de dano, bastando a conduta do sujeito processual.

A litigância de má-fé tem como consequência uma sanção penal, no qual resultará numa multa. Apoiado no que estudamos, esta já se faz presente desde o tempo das Ordenações, contudo, já que a lei impõe que o *quantum* sancionatório tem como base nas custas, quase sempre os valores são irrisórios, o que não apavora a parte maliciosa a deixar de agir com intenção diversa daquela que se espera. Há a sanção civil que apoia-se na indenização, entretanto, esta fica a depender do pedido de lesado (nesta caso, no ordenamento Português). Já no Brasil, esta pode ser reconhecida de ofício.

Por esse ângulo, tiramos que, apensar da litigância de má-fé ter limite pelos motivos já expostos, o abuso do direito completa e compreende as circunstâncias que não recaiam na incidência do instituto, ora pela ausência do elemento subjetivo, ou seja, por não coincidir com alguma das hipóteses dos artigos 542º ou do artigo 79º.

⁷⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa "In Agendo"*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 205-206.

CAPÍTULO II

O VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

2. Contexto histórico do *venire contra factum proprium*

Ao iniciarmos é de suma importância abordamos, ainda que de forma breve, a origem do instituto tema da pesquisa.

Os romanos, estes que foram os grandes juristas da antiguidade⁷⁹, no qual implementaram um sistema jurídico célebre, quanto no que tange do direito privado, como no direito público⁸⁰. Para adentrarmos ao estudo sobre o *venire contra factum proprium*, temos que saber que foi no conhecido Direito Romano, direito este que influenciou a maiorias dos países da Europa ocidental⁸¹, que foi de suma importância para o desenvolvimento do *venire contra factum proprium*.

Porém, foi no século XII, influenciado pela escola de Bolonha, que prosseguiram com o estudo científico do direito, com base nos textos do direito romano, como o *Digesto* e as *Institutas*⁸². Escola esta que propagou a metodologia dos glosadores⁸³, que foram os

⁷⁹ GILISSEN, Jonh. *Introdução histórica ao Direito*. 4.ed. Lisboa: Função Calouste gulbenkian, 2003. P. 18.

⁸⁰ Ibidem. p. 18

⁸¹ Ibidem. p. 20. Estas influencias “Provieram, na sua maior parte, da ciência romanística do direito que se desenvolveu nas universidades dos países latinos e também dos países germânicos. Em virtude da importância destes últimos países no desenvolvimento da ciência jurídica no fim da Idade Média, na época moderna e no séc. XIX, os autores (nomeadamente René David) chamam frequentemente a esta família de direitos, a família romano-germânica. A quase totalidade dos direitos dos países europeus pertence á família romanista, salvo o direito inglês (o *common law*) e o irlandês e salvo, também, o direito dos países de tendência comunista da Europa oriental, onde se formou, desde há algumas dezenas de anos, u sistema de direito socialista.”

⁸² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 19

⁸³ “A glosa – explicação breve de um passo do *Corpus Iuris* obscuro ou que suscitasse dificuldades – era, portanto, o modelo básico do trabalho desta escola. No entanto, ela cultivou uma gama muito variada de tipos literários: desde a simples glosa interpretativa ou remissiva até curto tratado sintetizando um título ou um instituto (*summa*), passando pela formulação de regras doutriniais (*brocarda, regulae*), pela discussão de questões jurídicas controversas (*dissensiones doctorum, quaestiones vexatae ou disputae*), pela listagem dos argumentos utilizáveis nas discussões jurídicas (*argumenta*), pela análise de casos prático (*casus*). Em alguns destes tipos literários as preocupações de síntese e de sistematização já são sensíveis. De qualquer modo, cabe aos glosadores o mérito de terem recriado, na Europa Ocidental, uma linguagem técnica sobre o direito. Não se trata mais de descrever ou reproduzir algumas normas ou fórmulas de direito romano, com intuitos

responsáveis pelo estudo do “*Corpus Iuris Civilis*”, neste momento aparece pela primeira vez o “*venire contra factum proprium nulli conceditur*” traduzindo, “a ninguém é concedido vir contra o próprio ato”⁸⁴, sendo este instituto parte da obra de Azo, este que foi um dos principais nomes da época.

Para explicar este brocardo, Azo reposta-se as previsões dos textos romanos em que a contradição ao próprio comportamento era particularmente vedada. Todavia, Azo reconhece que no direito romana havia textos que consentiam a contradição, até de forma expressa⁸⁵.

Portanto, era plausível concluir que o “o *venire contra factum proprium nulli conceditur*” tivesse assim, desde sua origem, uma validade contestável como princípio geral, porque muito embora pudesse ser extraído de previsões específicas, outras da mesma importância existiam nos textos clássicos que autorizavam o comportamento contraditório”⁸⁶.

Por diante, surgiram os pós-glosadores, no qual, estavam mais envolvidos que seus antecessores com a “construção de um sistema aplicável á realidade medieval”⁸⁷.

O século XVIII foi importante, pois adveio o Iluminismo, momento vivido de “ampla revolução intelectual”, onde a razão era única fonte da verdade e do conhecimento⁸⁸.

Não obstante, no período do Iluminismo, como os das grandes Codificações⁸⁹, observa-se uma abertura na aplicabilidade do *venire contra factum proprium*, como consequências das ideologias liberais e individualistas da época, qual não permitiam qualquer meio que fosse capaz de controlar a legitimidade da atuação privada. “ Ao

exclusivamente práticos, como tinha sido relativamente comum em algumas chancelarias eclesiásticas ou seculares. Trata-se, agora, de começar a fixar uma terminologia técnica e um conjunto de categorias e conceitos específicos de um novo saber especializado” (António M. Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 99-100).

⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 20-21.

⁸⁵ Ibidem. p. 21.

⁸⁶ Ibidem. p. 21.

⁸⁷ Ibidem. p. 21.

⁸⁸ Ibidem. p. 26.

⁸⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 13-14. Expressão esta que se refere ao *Code Napoléon*, França, do ano de 1804, e o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil Alemão, do ano de 1900, no qual refere-se aos grandes paradigmas de codificação oitocentista, sem nos esquecermos dos demais.

contrário, o que o jusracionalismo pretendia como reação ao próprio período anterior, era assegurar aos particulares a maior liberdade de conduta possível”⁹⁰.

Já adentrando ao direito contemporâneo, na Alemanha, no ano de 1912, Erwin Riezler, professor da Universidade de Freiburg elaborou e potencializou um trabalho de suma importância acerca deste tema, denominado de “*Venire contra factum proprium – Studien im römischen, englischen und deutschem Zivilrecht*”, no qual busca nas fontes romanas e na obra dos glosadores e dos pós-glosadores a concepção de proibição do comportamento contraditório⁹¹.

Para Riezler, o *venire contra factum proprium* “não constitui um princípio que retire de si próprio, como postulado ético, uma justificação jurídico-política, e daí tenha uma pretensão de validade geral”⁹².

No discorrer de suas pesquisas sobre casos típicos, Riezler⁹³ descobre quatro situações específicas, que são elas: 1) O negócio jurídico inválido é cumprido voluntariamente, sendo a repetição difícil; 2) Por decisão de uma pessoa, em regra do tipo potestativo, constitui-se uma situação jurídica; 3) Alguém cria uma aparência jurídica na qual pessoas confiam; 4) Alguém cria uma situação de risco conexa a uma relação jurídica⁹⁴.

Assim, diante desta breve explanação histórica, com estas controvérsias que rodeiam o instituto do *venire contra factum proprium*, não se constituíram obstáculo para sua aplicação.

Em Portugal, a fundamentação do *venire contra factum proprium*, foi baseado na Doutrina da confiança que os autores colheram a fundamentação deste instituto, no qual, se

⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 28.

⁹¹ Ibidem. p. 61. “A partir deste marco inicial, a doutrina germânica se esforçaria por elevar o brocardo *nemo potest venire contra factum proprium* à categoria de um princípio jurídico segundo o qual a ninguém é dado contrariar os próprios atos. Os esforços, e os seus resultados, se difundiriam pelos demais ordenamentos da Europa continental.”

⁹² MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 743.

⁹³ Ibidem. p. 744.

⁹⁴ Em obra subsequente à de Riezler, “LEHMANN aperfeiçoaria dogmaticamente certos contornos do *vcfp*[...]. L. afirma que os comportamentos contraditórios podem ser agrupados numa fórmula dupla: ninguém pode fazer valer um poder em contradição com o seu comportamento anterior, quando este comportamento, à luz da lei, dos bons costumes ou da boa fé, se deva entender como renúncia concomitante ao poder ou quando o exercício posterior do poder contunda com a lei, os bons costumes ou a da boa fé.” (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 744.)

destacam obras como a de Menezes Cordeiro⁹⁵, Manuel Carneiro da Frada⁹⁶ e Paulo Mota Pinto⁹⁷. Doutrinadores estes que mencionamos anteriormente e estudaremos a seguir.

Já no tocante ordenamento jurídico brasileiro, temos no novo Código Civil Brasileiro, de 2002, a previsão expressa no seu artigo 422º e do abuso do direito no seu artigo 187º, a falta de um norma específica, que expressasse claramente o objeto em estudo, não impediu a aplicação do instituto nas decisões do tribunais brasileiros. Decisões que delinearemos mais a fundo no terceiro capítulo deste brocardo.

2.1 Venire Contra Factum Proprium

Observa-se na doutrina portuguesa, a vedação do *venire contra factum proprium*, posto que o mesma se classifica como “abuso de direito”⁹⁸, no qual, encontrou respaldo nas jurisprudências, “provavelmente pelo indiscutível apelo de que tal princípio se reveste enquanto *topos argumentativo*”⁹⁹.

O *Venire Contra Factum Proprium* tutela ligação não somente com o princípio da boa-fé, entretanto, tutela com o princípio da solidariedade social, no qual esta prevista na Carta Maior, uma vez que não “se poderia conceber que um determinado direito subjetivo, qualquer que seja tal direito, pudesse ter sido criado com a finalidade de frustrar as expectativas legitimamente criadas pela contraparte”¹⁰⁰

No direito contemporâneo o *venire contra factum proprium* encontra destaque, uma vez que “a incoerência já não é mais vista como expressão invulnerável de uma liberdade individual ilimitada”¹⁰¹

⁹⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015 ; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Livraria Almedina-Coimbra, 1997.

⁹⁶ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Edições Almedina, SA, 2007.

⁹⁷ MOTA PINTO, Paulo. *Boletim da Faculdade de Direito: Volume Comemorativo*. Universidade de Coimbra, 2002.

⁹⁸ Ibidem. p. 23.

⁹⁹ Ibidem. p. 26.

¹⁰⁰ DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé*, 2008. P.237.

¹⁰¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 61.”Na forma, a valorização dos princípios e das

Em outras palavras, a vedação do comportamento contraditório, é um desacordo entre duas condutas do mesmo agente. No qual, em determinado momento anterior, o sujeito pratica determinada conduta. Entretanto, este mesmo sujeito regressa contra seus próprios atos, aderindo a um comportamento que não é compatível com o anteriormente exposto, assim sendo, aquele que lhe confiou uma confiança, agora se ver ludibriado. Assim é o entendimento de MENEZES CORDEIRO: “Venire contra factum proprium postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – factum proprium – é, porém, contrariado pelo segundo”.¹⁰²

O doutrinador supracitado ainda elucida sobre a configuração do tema em questão, na posição de que o “O venire contra factum proprium, porque dotado de carga ética, psicológica e sociológica negativa atenta, necessariamente, contra a boa-fé, conceito portador de representação cultural apreciativa e que, para mais, está na tradição romanística do *Corpus Iuris Civilis*, num estado de diluição que a torna omnipresente. O recurso puro e simples a uma boa-fé despida de quaisquer precisões, torna-se, perante essa relação de necessidade, num expediente insatisfatório para a Ciência do Direito e insuficiente para a prática jurídica: não explica as soluções encontradas, e não permite, por si, solucionar casos concretos novos”¹⁰³. Entretanto MENEZES CORDEIRO, emite que a boa-fé, neste termos aqui mencionados, atua como “apoio linguísticos” para remédios que são vistos com apoio em outros juízos.¹⁰⁴

Isto é, a expressão *venire contra factum proprium* advém de uma conduta no qual uma pessoa ocasiona na outra, a própria confiança de que realizará deliberado ato, num caminho de efetivação da boa-fé, resultante de uma clara congruência de seus atos.

É importante destacar que o *venire contra factum proprium* imbuir-se de pertinente importância, apontando assim, que não se deve admitir a boa-fé como

clausulas gerais permite, ao menos em tese, que se procure identificar um princípio de proibição ao comportamento incoerente, mesmo á margem de previsão legal específica.”

¹⁰¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Livraria Almedina-Coimbra, 1997. p. 745.

¹⁰² Ibidem. p. 753

¹⁰³ Ibidem. p. 753. Uma breve entendimento referindo-se a boa fé, pelo autor aqui exposto. “ No fundo, a boa fé funciona, aí, como apoio linguístico para soluções encontradas com base noutros raciocínios – ou pura efectividade – ou como esquema privilegiado de conseguir amparo numa disposição legal – a que consagra a boa fé – para a solução definida”.

componente único para o contentamento de uma resposta jurídica, até porque, se observado um comportamento contraditório á boa-fé, não é suficiente para tratar todos os casos viventes, pois a violação da boa-fé, em regra não gera por si só a nulidade do negócio jurídico, assim existindo outros componentes para resolver os casos reais.

Realizando um paradigma ao tema supracitado, relata DANTAS JUNIOR, “[...] o máximo que se pode fazer além de realçar que a atuação jurídica do princípio da boa-fé não constitui causa de nulidade dos negócios jurídicos, é a indicação e a análise das consequências mais comuns do descumprimento do princípio da boa-fé, assim como qual seria o melhor modo de intervenção com o escopo de proteção a essa mesma boa-fé, sendo, no entanto, impossível uma sistematização capaz de traçar linhas mestras para todas as hipóteses possíveis de ocorrência em situações concretas.”¹⁰⁵

Visto, que o tema em estudo tem o objetivo de proteger as pessoas com base na boa-fé, confiança, lealdade e na conformidade, destacando como inaceitável, intolerável e ilegal o comportamento contraditório aos atos antes praticados, por assim, aprofundaremos mais o brocardo em discussão, para que possamos esclarecer algumas lacunas pendentes.

2.2 Requisitos do Venire Contra Factum Proprium

Entretanto para caracterizar a ocorrência do *nemo potest venire contra factum proprium* é primordial a congregação de alguns requisitos: I- o factum proprium; II- a legítima confiança de outrém; III- a contradição ao factum proprium em sentido objetivo e IV- a ocorrência de dano real ou potencial.¹⁰⁶

¹⁰⁵ DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé. Curitiba: Juruá, 2008. p. 237.

¹⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 124.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 125-126.

2.2.1 *Factum proprium*

O primeiro requisito, o *factum proprium* é “derivado” de uma atitude humana inicial¹⁰⁷. Conduta esta, que recusa ser juridicamente vinculante, visto que, se fosse mesmo uma conduta vinculante, seria desnecessária a investigação da confiança e seria feito uso automático das disposições civis específicas.¹⁰⁸ A vinculação aqui presente, só irá acontecer no instante em que a confiança alheia for provocada, assim sendo, o sujeito está obrigado a se manter de acordo com o comportamento inicial.¹⁰⁹ Ou seja, o *factum proprium* é a ação inicial que este agente, no futuro, virá a contrariar.¹¹⁰

2.2.2 A legítima confiança de outrem

Para que se aplique a proibição de *venire contra factum proprium*, é necessário que seja aguçada em outrem uma confiança que seja reconhecida, uma confiança legítima, para que em consequência, se conserve o comportamento inicial em sentido objetivo.¹¹¹

¹⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 126.”

¹⁰⁸ Ibidem. p. 126-127. “O *factum proprium* é, por definição, uma conduta não-vinculante. Torna-se vinculante apenas porque e na medida em que, despertando a confiança de outrem, atrai a incidência do princípio da proibição do comportamento contraditório e impõe ao seu praticante a conservação do seu sentido objetivo. O *factum proprium* não consiste em ato jurídico, no sentido tradicional; passa produzir efeitos jurídicos somente por força da necessidade de tutelar a confiança legítima depositada por outrem. Em síntese, não é jurídico, torna-se jurídico.”

¹⁰⁹ “O *nemo potest venire contra factum proprium* é resultado imediato da constatação contemporânea de que o direito estritamente positivo é insuficiente para solucionar os conflitos e para atender aos anseios que decorrem de uma sociedade caracterizada por relações de massa e por interações sociais cada vez mais dinâmicas e complexas. Tal insuficiência do positivismo jurídico e das categorias dogmáticas tradicionais – insuficiência, em última análise, do próprio jusracionalismo positivista – dá ensejo a comportamentos cuja repercussão fático – social não é acompanhada por uma correspondente repercussão jurídica. E é exatamente sobre estes comportamentos, mantidos à margem das categorias vinculantes do direito positivo (notadamente, o ato jurídico e o negócio jurídico), que vem incidir o princípio de não-contradição, como meio de tutela da confiança.”(SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. p. 126).

¹¹⁰ Ibidem, p. 127.

PAULO MOTA PINTO expõe com clareza sobre as hipóteses do tema em discussão, assim explica. “Para estarmos perante uma hipóteses de *venire contra factum proprium* – e não apenas de qualquer outra forma de tutela da confiança –, terá de se poder afirmar a *contrariedade directa* entre o anterior e o actual comportamento. Será o caso, designadamente, quando a confiança foi dirigida a uma determinada situação jurídica – por exemplo, à validade ou eficácia de uma vinculação negocial ou á sua não invocação – ou a uma conduta futura do agente (uma realização de uma prestação, a celebração do contrato, etc.), que vem a ser contrariada pela sua posterior atitude.”¹¹²

ANDERSON SCHREIBER elucida em sua explanação alguns exemplos de *factum proprium*. “São exemplos de *factum proprium* o comportamento concreto de uma das partes á margem das disposições contratuais, a sustentação de uma certo sentido na interpretação de uma norma qualquer, as negociações preliminares a um contrato e qualquer outra conduta que não seja em si declarada vinculante pelo ordenamento jurídico positivo.”¹¹³ No entanto a celebração de um contrato, não é explicitamente um *factum proprium*, pois já são “considerados vinculantes pelo direito positivo.”¹¹⁴

Para MENEZES CORDEIRO¹¹⁵, o princípio da confiança, origina-se da correlação entre a boa-fé e o caso concreto. “Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas”.

¹¹² MOTA PINTO, Paulo. *Boletim da Faculdade de Direito: Volume Comemorativo*. Universidade de Coimbra, 2002. p. 36.

¹¹³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. p. 127.

¹¹⁴ Ibidem. p.129. “O *factum proprium* é, portanto, uma conduta não-vinculante, á luz do direito positivo, compreendido em sentido do estrito. Passa a ser vinculante apenas se e a medida em que gera uma confiança legítima na sua conservação.”

¹¹⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 107.

2.2.3 A contradição ao *factum proprium* em sentido objetivo

É preciso que haja uma contradição concreta ao *factum proprium*, suficiente a gerar a confiança legítima.¹¹⁶ MENEZES CORDEIRO elucida que “só se considera como venire contra factum proprium a contradição direta entre a situação jurídica originada pelo factum proprium e o segundo comportamento do autor”¹¹⁷

2.2.4 A ocorrência de dano real ou potencial

Na problematização relacionado ao dano real ou potencial, ANDERSON SCHREIBER explana que, “O que se visa impedir com o *nemo potest venire contra factum proprium* é que uma pessoa, que legitimamente confiou na conservação do sentido objetivo de um comportamento inicial, venha a sofrer um prejuízo a partir da ruptura desta confiança pela adoção de um comportamento contraditório. Disto se extrai que a aplicação do princípio de proibição do comportamento contraditório somente se justifica na presença de um dano, ou de uma ameaça de dano, a outrem.”¹¹⁸

Ou seja, tem que existir um dano real ou potencial, para que se aplique o *venire contra factum proprium*, assim sendo, suscetível de invocação tanto para prevenir danos, como também para agir em relação ao ressarcimento dos prejuízos causados pela conduta não coerente, que verdadeiramente, provocou a confiança de outrem.

¹¹⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Livraria Almedina-Coimbra, 1997. p. 746.

¹¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 145.

2.3 Condutas das Partes

É interessante destacar que o *factum proprium* pode suceder-se de uma ação ou omissão, uma vez que a expectativa pode consistir de uma conduta ativa ou passiva, além do que, não se obriga um conduta explícita, assim, permitindo ser uma conjectura tácita. Assim entende FACHIN: “A valorização da confiança corresponde a dar primazia à pessoa que está criando vínculos jurídicos, e propicia verificar que desencadeando esse processo, a chegada à conclusão de um contrato pode ser exteriorizada através de diversos modos, não sendo exigível, necessariamente, a formulação escrita, bastando o consentimento por atos e mesmo omissões juridicamente relevantes, pois o próprio silêncio pode apresentar valor jurídico quando a parte privar-se do dever de falar.”¹¹⁹

O *venire* não pode se basear em um simples descumprimento derivado do *factum proprium*, em razão de que nesta situação evidencia mero inadimplemento de obrigação.¹²⁰

Portanto, a tutela no qual o *venire contra factum proprium* dispõe, se refere a correlação das ações praticadas por uma pessoa, isto posto, tratando de feitos no qual sejam independentes entre si.

2.3.1 Identificação das partes

É necessário o mesmo agente praticar ambas as condutas, para que assim seja configurado a figura do *venire contra factum proprium*, vale complementar que a outra parte da relação, aquela parte no qual depositou inteira confiança no *factum proprium*, e

¹¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial*. 1998. p. 17.

¹¹⁹ DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 318.

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. “*A ilicitude derivada do exercício do contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*.” *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 376, nov./dez. 2004. p. 121.

¹²⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Livraria Almedina-Coimbra, 1997. p. 755.

posteriormente se ver violada pelo *venire*, igualmente precisa ser a mesma pessoa em ambas as condutas.¹²¹

Complemento este que se baseia na legítima confiança que ali se depositou, confiança esta que só pode ser referente á pessoa que ali se encontra enleada ao primeiro comportamento.

2.3.2 A confiança no sentido objetivo

Não obstante, como já exposto anteriormente, a correlação da confiança está regrado especialmente na boa-fé objetiva, o que impõe que o estudo deste princípio da confiança deva ser investigada.¹²²

Ressalta MENEZES CORDEIRO, no que se refere a vinculação do *venire contra factum proprium* á regra da confiança, fato que “[...] revela um estágio elevado nas tarefas ascendentes, da sistematização da casuística gerada em torno dos comportamentos contraditórios e descendente, da concretização da boa-fé.”¹²³

¹²² Digno de nota é a exposição por MENEZES CORDEIRO:

“Na verdade, o princípio da confiança surge como uma mediação entra a boa-fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas. Várias razões depõem nesse sentido. Em termos antropológicos e sociológicos, podemos dizer que, desde a sedentarização, a espécie humana organiza-se na base de relacionamentos estáveis, a respeitar. No campo ético, cada um deve ser coerente, não mudando arbitrariamente de condutas, com isso prejudicando o seu semelhante. Juridicamente, a tutela da confiança acaba por desaguar no grande oceano do princípio da igualdade e da necessidade de harmonia, daí resultante: tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença. Ora, a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser vista como se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual”.(MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014, pgs. 107).

¹²³ No tocante ao Direito Civil Português, no que se refere a princípios no qual possibilitem analisar a presença de “um facto gerador de confiança” elucida Menezes Cordeiro (1997, p. 758-759). “[...] o *quantum* de credibilidade necessário para integrar uma previsão de confiança, por parte de *factum proprium*, é pois função do necessário para convencer uma pessoa normal, colocada na posição de confiante e do razoável, tendo em conta o esforço realizado pelo mesmo confiante na obtenção do fator a que se entrega. Obtem-se, assim, o enquadramento objetivo da situação de confiança. Requerer-se, porém, ainda um elemento subjetivo: o de que o confiante adira, na realidade, ao facto gerador da confiança, que o beneficiário em potência, por razões específicas, não tivesse, de facto, confiado na situação que se oferecia. Não cabe, então, conceder-lhe a protecção jurídica.

MARTINS-COSTA, instrui o que se tenciona coibir com o *venire contra factum proprium*: “A coibição é à deslealdade impregnada no ato contraditório e o *telos* é a proteção da parte que *confiou fundamentadamente* na primeira conduta (*o factum*).”¹²⁴

Todavia, com embasamento na boa-fé objetiva, a verdadeira e legítima confiança não deve ser averiguada em sintonia com a subjetividade de quem pratica a conduta, isto é, não é suficiente que o agente acredite que sua ação é certa, pois a mesma deve se portar de acordo com as circunstâncias, com embasamento no bons costumes e a boa-fé.

2.4 Aplicabilidade do Venire Contra Factum Proprium nos Vários Ramos do Direito

O emprego do *venire contra factum proprium*, no qual, em virtude das suas características, possui enorme campo de ação, deve ser aprofundada para mostrar a sua aplicabilidade nos variados ramos do Direito.

O emprego do axioma em estudo enraizasse na boa-fé objetiva, estabelecendo-se como elemento modificador de todo o Direito Obrigacional, no qual se reflete por todo o conjunto jurídico, atingindo os demais ramos do direito.¹²⁵

Entretanto, antes de iniciarmos os exemplos de fatos possíveis no qual impliquem no instituto do *venire contra factum proprium*, é de suma, clarear que na maioria dos atos implica em um *factum proprium* comissivo ou omissivo, e a conduta contraditória se intitula o seu oposto. Quer dizer que, a regra é que o titular de um direito expresse a intenção de exercer, ou de não exercer, um direito potestativo ou subjetivo, e em outra situação futura, se comporte de maneira contraditória, ficando em falta com esse direito.

A área no qual o *venire contra factum proprium* tem maior veemência, é o Direito Civil sendo, a propósito, de origem civilista o princípio da boa-fé, no qual se

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício do contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*.” Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, v. 376, nov./dez. 2004. p. 120.

¹²⁵ SILVA, Michael César e DE MATOS, Vanessa Santiago Fernandes. *Lineamentos do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo: uma releitura na perspectiva civil-constitucional*. Revista Jurídica. Porto Alegre: Editora Notadez, ano 58, nº 398, Dez. 2010. p. 75.

representa como o primordial princípio ao qual está conectado ao *venire contra factum proprium*, e foi no Direito Civil que foram esboçados os conhecimentos primitivos sobre o tema em estudo.

No direito das obrigações também notamos uma vasta aplicabilidade do brocardo. Todavia, é importante fazer algumas observações desta aérea.

Em primeiro lugar, acata destacar que havendo respostas expressivas previstas nas leis ou nos contratos para as ações objetivamente contraditórias, os fatos ali presentes não serão analisados com o intuito de ser aplicado o *venire contra factum proprium*. Em outras palavras, quer dizer que o referido enunciado dispõe contornos supletivos ou residuais.

Na jurisdição brasileira, indicam algumas elucidações para a presença de fatos contraditórios, como esta exposto no Código Civil, no seu artigo 619¹²⁶, no qual, está previsto a inadmissibilidade de indenização, por meio de aumento no preço, pelo empreiteiro que se delegou de desempenhar modificações no projeto, sem instruções peculiares do dono da obra, salvo nos casos de determinações em contrário, ou sem caso do dono da obra efetuar continuadas visitas e, incapaz de desprezar o que estava se passando, ter deixado de protestar pelas modificações tempo devido.

Apesar disso, tais esclarecimentos não excluem o vasto campo de aplicação do *venire contra factum proprium* nos Direitos das obrigações, como elucida a jurisprudência a seguir:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONSENTIMENTO DA MULHER. ATOS POSTERIORES. "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". BOA-FE. PREPARO. FERIAS. 1. TENDO A PARTE PROTOCOLADO SEU RECURSO E, DEPOIS DISSO, RECOLHIDO A IMPORTANCIA RELATIVA AO PREPARO, TUDO NO PERIODO DE FERIAS FORENSES,

¹²⁶ “Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra. Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.”

NÃO SE PODE DIZER QUE DESCUMPRIU O DISPOSTO NO ARTIGO 511 DO CPC. VOTOS VENCIDOS. 2. A MULHER QUE DEIXA DE ASSINAR O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA JUNTAMENTE COM O MARIDO, MAS DEPOIS DISSO, EM JUÍZO, EXPRESSAMENTE ADMITE A EXISTÊNCIA E VALIDADE DO CONTRATO, FUNDAMENTO PARA A DENÚNCIAÇÃO DE OUTRA LIDE, E NADA IMPUGNA CONTRA A EXECUÇÃO DO CONTRATO DURANTE MAIS DE 17 ANOS, TEMPO EM QUE OS PROMISSÁRIOS COMPRADORES EXERCERAM PACIFICAMENTE A POSSE SOBRE O IMÓVEL, NÃO PODE DEPOIS SE OPOR AO PEDIDO DE FORNECIMENTO DE ESCRITURA DEFINITIVA. DOUTRINA DOS ATOS PRÓPRIOS. ART. 132 DO CC. 3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.¹²⁷

Outro do ramo do direito, no qual o *venire contra factum proprium*, merece uma atenção especial, é no direito do consumidor (direito este, esboçado de forma breve no capítulo anterior), em detrimento da uniformização das negociações, bem como, em razão da vulnerabilidade do consumidor, pois o consumidor é aquela pessoa física presumidamente vulnerável que retira os produtos da cadeia de produção para consumo pessoal ou familiar. Algumas empresas poderosas economicamente, passam a levar os consumidores a perpetrar determinados atos indesejados.

LUIZ ANTÔNIO RIZZATTO NUNES¹²⁸ entende que “[...] o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Quarta Turma. REsp 95.539/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 03/09/1996.

¹²⁸ Luiz Antônio Rizzatto Nunes. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.193.

administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.”

Assim sendo, estas empresas podem persuadir os consumidores a acreditar que determinadas atitudes serão cumpridas, porém, posteriormente resulta um descumprimento por parte daquelas, até mesmo em razão da postura favorável exercida em relação aos consumidores no geral.

Estes pressupostos são comuns e podem motivar ainda em situações casuais como no exemplo dado por MARTINS-COSTAS em que “*a vendedora concede benefício ao comprador, mas, depois, retira imotivadamente a situação de vantagem que lhe concedera, comprometendo a finalidade econômica-social do contrato.*”¹²⁹

O doutrinador DANTAS JUNIOR refere-se como exemplo no direito trabalhista, a posição de uma empresa que entra em acordo com um empregado para que este empregado realize um curso fora do país por um extenso período de tempo, todo este curso patrocinado pela empresa, com a finalidade de que o empregado tenha uma eficácia para assumir um cargo de maior expressão na empresa, ao regressar ao país, o empregado aceita a proposta de emprego de outra empresa, por assim, deixando de assumir o cargo prometido. É de suma, que o empregado tem o direito de assumir outro emprego, protegendo-se o direito ao exercício de qualquer trabalho ou profissão (CF, art. 7º, XIII)¹³⁰ e o (ART. 47º CRP)¹³¹, entretanto, é admissível o ressarcimento de danos a empresa que subsidiou o seu curso para que o mesmo fosse devidamente qualificado e capacitado para assumir determinada função, onde foi repelida para assumir o mesmo cargo em outra

¹²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício do contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium.” Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, v. 376, nov./dez. 2004. p. 116.

¹³⁰ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem á melhoria de sua condição social:[...]XIII-duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; [...]”

¹³¹ “ Artigo 47º-Liberdade de escolha de profissão e acesso á função pública

1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes á sua própria capacidade.2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso á função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.”

empresa, no qual é concorrente. Assim, o empregado ludibria esperança criada na empresa.¹³²

Logo, este exemplo acima, poderia prontamente ser aplicado de forma contrária se a empresa tivesse empregado todos estes valores, suscitando uma expectativa em seu empregado, e logo após o seu retorno, invés de colocá-lo na função para o qual o ele foi treinado, não o contratasse, e sim contratasse outro, sem nenhum motivo plausível.

Apesar do *venire contra factum proprium* se tratar de uma norma de direito de origem privada, no qual advindo principalmente do princípio da boa-fé, eclusa ampla aplicação no ramo do direito público, em especial por ser muito natural que o Estado obtenha vantagem de sua condição de soberania, além disso, da presunção de legalidade dos atos administrativos que ocasionem danos aos particulares.

Podemos expor com veemência um exemplo de larga de repercussão, no qual diz respeito a um caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em que um Município ajuizou uma ação de anulação de contrato de compromisso de compra e venda celebrado com um cidadão, pois o Município, em detrimento da falta de regularidade do letramento, tinha a pretensão de desfazer o negócio firmado. O loteamento, no qual tinha como de fato a venda de terrenos aos cidadãos, era um loteamento ilegal, por motivo de sua proximidade com o aeroporto municipal. Portanto, o Município frustrou a devida expectativa gerada pela comprador, pois foi implantado o loteamento, e posteriormente foi revogado a licença, e em consequência, a revogação dos contratos. Julgado a seguir:

LOTEAMENTO. MUNICIPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FE. ATOS PROPRIOS. - TENDO O MUNICIPIO CELEBRADO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE LOCALIZADO EM IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE, DESCABE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS, SE POSSÍVEL A REGULARIZAÇÃO

¹³² DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 341-343.

DO LOTEAMENTO QUE ELE MESMO ESTA PROMOVENDO. ART. 40 DA LEI 6.766/79. - A TEORIA DOS ATOS PROPRIOS IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PUBLICA RETORNE SOBRE OS PROPRIOS PASSOS, PREJUDICANDO OS TERCEIROS QUE CONFIARAM NA REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO.¹³³

Em natureza processual, o *venire contra factum proprium* é de suma importância, pois restringe atos a serem praticados pelas partes, como no caso a seguir delineado, no qual a parte autoriza a juntada de registro de ligações telefônicas realizado por ela mesma, com o propósito de provocar prova em contrario, todavia, posteriormente entra com uma ação pleiteando indenização por violação do direito a privacidade.

PROCESSUAL CIVIL. DOCUMENTO. JUNTADA. LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES. SIGILO TELEFÔNICO. REGISTRO DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS. USO AUTORIZADO COMO PROVA. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO PARA JUNTADA DE DOCUMENTO PESSOAL. ATOS POSTERIORES. "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". SEGREDO DE JUSTIÇA. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HIPÓTESES. ROL EXEMPLIFICATIVO. DEFESA DA INTIMIDADE. POSSIBILIDADE. - A juntada de documento contendo o registro de ligações telefônicas de uma das partes, autorizada por essa e com a finalidade de fazer prova de fato contrário alegado por essa, não enseja quebra de sigilo telefônico nem violação do direito à privacidade, sendo ato lícito nos termos do art. 72, § 1.º, da Lei n.º

¹³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - Sétima Câmara Cível. Apelação Cível 0611174-4. Rel.: Juíza Substituta de 2º Grau Denise Hammerschmidt – por maioria. Julgado em 16/03/2010.

9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações). - Parte que autoriza a juntada, pela parte contrária, de documento contendo informações pessoais suas, não pode depois ingressar com ação pedindo indenização, alegando violação do direito à privacidade pelo fato da juntada do documento. Doutrina dos atos próprios. - O rol das hipóteses de segredo de justiça não é taxativo, sendo autorizado o segredo quando houver a necessidade de defesa da intimidade. Recurso especial conhecido e provido.¹³⁴

Observando os exemplos supracitados, independente de não ter sido volvida toda a amplitude que o *venire contra factum proprium* envolve, foram indicados exemplos desejando demonstrar a grande abrangência do mesmo, bem como os elementos delimitadores, propiciando a possibilidade de um uso técnico e propício do brocardo em estudo.

2.5 Das Inalegalidade Formais, *Suppressio*, *Tu Quoque* e Desequilíbrio no Exercício de Posições Jurídicas

Quando adentramos no tema do referido trabalho em discussão, não podemos deixar de falar sobre as inalegalidades formais, *suppressio*, *tu quoque* e desequilíbrio no exercício de posições jurídicas.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Terceira Turma. REsp 605.687/AM. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 02/06/2005.

2.5.1 Da Inalegabilidade Formal

No que concerne sobre à inalegabilidade formal, o objetivo deste instituto é represar o abuso do direito praticado na alegação de uma nulidade formal pela parte que, ao saber da presença do defeito, a mesma não valeu-se desta informação quando deveria, aproveitando-se deste defeito para posteriormente invocá-la, assim, havendo um comportamento contrário a boa-fé e a confiança¹³⁵.

É o que observamos no seguintes acórdãos, proferidos pelos tribunais de Portugal e do Brasil:

RP 10/07/2013: I – A invocação da nulidade do contrato de arrendamento após a cessação do mesmo e depois de se ter usado o local durante algum tempo integra uma situação de abuso de direito.

II – Caso o contrato cesse por acordo das partes não é devido o pagamento das rendas correspondentes ao período de pré-aviso em falta (Porto).

TJ-MG 19/03/2014 APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE – DIVERSAS EMPRESAS DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICO – INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE DE CONVOCAÇÃO – VÍCIO MATERIAS – DEVER DE LEALDADE E BOA-FÉ – PRINCÍPIO DA CONFIANÇA – VEDAÇÃO AO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM (AC 10702100537456006 MG)

¹³⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p.110.

Ainda que precisamente, esta decisão do tribunal brasileiro faça referência ao *venire*, todavia, este caso trata-se de uma situação de inalegabilidade formal. A similitude entre os tipos aparece de forma mais clara quando se extrai os pressupostos para que seja aplicada. De acordo com MENEZES CORDEIRO¹³⁶, este tipo intenta os pressupostos da confiança que mencionamos quanto ao *venire*, devem estar em discussão somente os interesses das partes envolvidas, e claro, a posição de confiança dever ser imputável à pessoa a responsabilizar, e o investimento de confiança de mostrar-se vulnerável.

2.5.2 *Suppressio*

Quanto ao *suppressio*(supressão), conforme CUNHA DE SÁ¹³⁷, “trata-se de proibir que, no âmbito de uma relação pré-existente, o titular de um direito o venha fazer valer em contradição com a própria conduta anterior, por tal se afigurar inadmissível perante os deveres de correção e de boa-fé vigentes na relação, que seriam violados por tal exercício – nomeadamente, se a conduta anterior do titular, objetivamente interpretada, legitimava a convicção de que o direito já não seria exercido”.

O instituto da *suppressio*, se refere ao comportamento do agente, comportamento no qual seja comprovado a sua contradição, enseja ser punido, por assim, instituto este, que intenta a proteção do “beneficiário”¹³⁸.

¹³⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p. 106-108.

¹³⁷ CUNHA DE SÁ, 1997, p.65: O autor em questão denominou esta instituto com o termo “exercício inadmissível do direito”.

¹³⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p.113. Uma breve explanação histórica de Ilustríssimo autor, no que concerne a *suppressio* “ A *suppressio* teve a sua origem na prática da jurisprudência comercial alemã dos finais do século XIX, tendo-se intensificado com a guerra de 1914-18 e com o subsequente período de grande inflação. No cerne do problema, verificou-se que o exercício retardado de certos direitos, em conjunturas de instabilidade, podia dar azo a graves injustiças. Na base da jurisprudência alemã, foram-se elaborando diversas proposições que dariam corpo ao seu regime. São elas: - todos os direitos e posições similares lhe estariam sujeitos; - exige-se um decurso do tempo sem exercício, decurso esse que varia com as circunstâncias; - requerem-se, ainda, indícios objetivos de que a posição em causa não irá ser exercida.”

É de suma importância, após observamos os apontamentos dos autores supracitados, destacarmos que a *supressio* além do mais é disciplinada na tutela da confiança e nas suas conjecturas, não obstante, seja individualizada pelo fator temporal. Isto é, a *suppressio*, respalda-se na perda de um direito por aquele que não exerce durante determinado espaço de tempo e, ao mesmo tempo, brota um direito no elemento confiante de boa-fé, no qual denomina-se *surrectio*(surgimento). Aqui duas jurisprudências em destaque:

*STJ 11/12/2013: I – A inércia, omissão ou não-exercício do direito por um período prolongado, sem que possa sê-lo tardiamente se confundir com os limites impostos pela boa-fé, constitui uma expressão ou modalidade especial do ‘venire contra factum proprium’, conhecida por *supressio*. (629/10.9TTBRG.P2.S1) (Lisboa)*

*TJ-DF 07/03/2012. 1. Não merece prosperar o pleito de herdeiro que impugna esboço de partilha apresentado pelo inventariante somente após a sentença de procedência, quando, durante o inventário, que tramitou pro quase duas décadas, o insurgente, mesmo instado, não se manifestou em sentido contrário. 3.Incidência da teoria da *surrectio*. (APL 195052220118070001)*

2.5.3 *Tu quoque*

Tu quoque (também tu!), este comportamento abusivo consiste na proibição, de uma pessoa violar uma norma jurídica, e depois se prevalecer da situação jurídica

decorrente, ou exercer a posição jurídica violada pelo próprio, ou exigir a outrem que acate a situação já violada¹³⁹.

O *tu quoque* não caracteriza um abuso do direito a partir da ruptura com a confiança do sujeito de boa-fé. O desempenho de posições jurídicas pode transformar a relação substancial entre as partes, e assim, retrocedendo a uma situação como se nada tivesse acontecido, apesar de em conformidade com a lei, externa-se distinta á boa-fé. Portanto origina-se outro princípio concretizador da boa-fé: o da materialidade subjacente, onde se busca manter e respeitar o cenário ético-jurídico, que foi alterado pelo comportamento anterior e inadequado¹⁴⁰.

Em outro sentido, ANDERSON SCHREIBER explana que pelo contexto histórico deste instituto, alguns autores entendem que “quando não dá ao instituto um caráter subjetivista”, o que importa mais é a sanção de quem praticou determinado abuso, do que a confiança ensejado na outra pessoa. Assim, abraçando esta ideia, originaria entre o *tu quoque* e o *venire contra factum proprium* separação um tanto considerável de ambas figuras, sem poder associa-la pelo fato da “incoerência de critérios valorativos”¹⁴¹.

Mais dois julgados elucidativos, com o propósito de clarear o tema discorrido:

TJ-DF 26/02/2014: Configura violação ao princípio da boa fé objetiva, na modalidade específica do “tu quoque”, a conduta da parte que pleiteia a resolução do contrato, quando sequer cumpriu sua obrigação contratual. (APC 20130110941769)

STJ 10/01/2008: Incorre em *tu quoque* o sucessor do *de cuius* que invoca a violação, pelo cônjuge do falecido, de uma convenção antenupcial nula, por ambos subscrita. (Proc. 07B3972)

¹³⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p.116.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 117.

¹⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Pgs. 177-178. Assim, “Insistindo-se, todavia, em uma concepção do *tu quoque* voltada também á tutela objetiva da confiança, como parecer ser mais adequado á contemporânea preocupação com o reflexo social dos comportamentos, o instituto se converte em uma subespécie o hipótese especial de *venire contra factum proprium*.”

Por ultimo, há de se falar do desequilíbrio no exercício de posições jurídica. Em suma, o doutrinador MENEZES CORDEIRO, discorre que este instituto, no qual, o mesmo tem origem do abuso do direito, abrange outros subtipos, do qual o autor faz menção a três, que são: o exercício danoso inútil, o *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* e a desproporção grave entre o benefício do titular exercente e o sacrifício por ele imposto a outrem¹⁴². Do mesmo modo releva na materialidade subjacente. O exemplo mais comum é o da desproporção grave, frequentemente nas relações de arrendamento:

RLx 06/12/2012: 2) Existe manifesta desproporcionalidade entre o valor das obras exigidas pelo inquilino e os rendimentos obtidos pelos senhorios, respeitantes a rendimento habitacional com mais de 30 anos, sendo o valor da renda de 321,26 euros, sendo o valor das obras 270.00. (5687/10.3T2SNT.L1-8)

Ao fim da explanação dos comportamentos, e antes de nos debruçarmos de fato sobre as jurisprudências e temas correlacionados, há de finalizar cometendo menção as consequências do abuso do direito.

Pois bem, as consequências, ou sanções, diferem-se em detrimento do tipo de abuso. No qual podemos destacar como consequência objetiva, o *venire contra factum proprium*, a supressão do direito, o desfazimento do ato abusivo, a cessão do exercício abusivo e a manutenção da posição jurídica. No que se refere as consequência subjetivas, temos o dever de indenizar, o dever de restituir, que pode ser em espécie ou compatível, quando houver dano.

No que se refere ao dano, na doutrina brasileira há contenda sobre a necessidade ou não deste requisito para configurar dano, em razão da tradição doutrinária oriundo do CC/16 que relaciona o instituto com o conceito de culpa, e claro, ao dever de reparação.

¹⁴² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa "In Agendo"*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014. p.118.

Conquanto, essa questão deva ser suplantada considerando a evolução do instituto e dos motivos já aludidos.

CAPÍTULO III

JURISPRUDÊNCIAS E TEMAS CORRELACIONADOS

3. Jurisprudência

A nomenclatura *jurisprudência* tem acepções diferentes na linguagem jurídica. Pode assinalar a “ciência do direito”, em sentido estrito, igualmente chamada “dogmática jurídica”; pode referir-se ao aglomerado de sentenças uniformes; ou pode significar um aglomerado de sentenças dos Tribunais, sem sentido amplo, compreendendo tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória.¹⁴³

No ordenamento jurídico brasileiro, o *venire contra factum proprium*, veio a surgir pela primeira vez em um leading, caso este que foi proferido pelo Tribunal Federal, ocorrido em 20 de setembro de 1978, no qual a Corte Suprema posicionou-se sobre o tema Direito da Família, analisando mais minuciosamente do tema casamento. No caso a ser elucidado, trata-se de uma pessoa que se casou no Uruguai, e mais tarde, alegou, a nulidade do matrimônio, no entanto, sem a existência de um impedimento legal para casar no Brasil, no caso, não existia na época a previsão para que ocorresse o divórcio.¹⁴⁴

¹⁴³ Lautnschläger, Milton Flávio de Almeida Camargo, *Abuso do direito*, 2007, p. 96-97.

¹⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma. RE 86787. Rel: Min. Leitaó de Abreu. Julgado em 20/10/1978. Publicado no Diário Oficial de Justiça em 04/05/1984. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 29 de abril de 2015.

CASAMENTO. REGIME DE BENS. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 7., PAR-4., DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. 1) NUBENTES QUE, SEM IMPEDIMENTO PARA CASAR, CONTRAEM MATRIMONIO NO URUGUAI, DEPOIS DE PREENCHER, PELA LEI URUGUAIA, OS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A FIXAÇÃO DE DOMICILIO NESSE PAIS. DECISÃO ONDE SE RECONHECE QUE O DOMICILIO SE ESTABELECEU NO LUGAR DO CASAMENTO TAMBÉM SEGUNDO A LEI BRASILEIRA. CONCLUSÃO QUE ASSENTOU, NESTE PONTO, NO EXAME DA PROVA, SENDO, POIS, IRREVISIVEL EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO (SÚMULA 279). INEXISTÊNCIA, POIS, DE OFENSA AO ARTIGO 7., PAR-4., DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. 2) DA INTERPRETAÇÃO RAZOAVEL, POR OUTRO LADO, A ESSE DISPOSITIVO LEGAL, O ARESTO IMPUGNADO, QUANDO SUSTENTA QUE NÃO IMPORTA OFENSA AO ALUDIDO PRECEITO DA LEI DE INTRODUÇÃO, NO QUE TOCA AO REGIME DE BENS, CASAMENTO EFETUADO NO ESTRANGEIRO, SEGUNDO A LEI LOCAL, PARA QUE INCIDA DETERMINADO REGIME DE

Na norma brasileira, é expressa algumas soluções em destaque para a existência no que se refere a comportamentos contraditórios, como expõe no Código Civil brasileiro no seu art. 619¹⁴⁵, no qual prevê que, mediante acréscimo de preço, pelo empreiteiro que se encarregou de realizar determinada obra e no qual, efetuou modificações no projeto, se autorização ou instruções específicas do dono da obra, é inadmissível a indenização, todavia, salvo em estipulação em contrário.

No meio de inúmeros julgados, há alguns que se destacam referente ao instituto do abuso do direito e a expressão *venire contra factum proprium*:

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (número convencional118406/10.9YIPRT.L1-1; Relator Manuel Marques. Data do Acórdão: 05/22/2012): Constitui abuso do direito, na modalidade *venire*, a invocação pelos réus da nulidade do contrato de mediação, após a conclusão do negócio visado pelo exercício da mediação, numa altura em que já se tinham aproveitado das vantagens do trabalho desenvolvido pela mediadora, para não terem que pagar a remuneração contratualmente estabelecida, em contraste com a sua anterior atitude. (Lisboa)

STJ – REsp. 13/11/2012: Recurso Especial. Direito Cambiário. Ação Declaratória de nulidade de Título de Crédito. Assinatura escaneada. Descabimento. Invocação do vício por quem deu a a

BENS, QUANDO ESTE E ADMITIDO, TAMBÉM, PELA LEI BRASILEIRA. NO CASO, O MATRIMONIO EFETUOUSE NO URUGUAI, ONDE O REGIME COMUM E O DA SEPARAÇÃO DE BENS, PARA QUE ESTE FOSSE O REGIME DO CASAMENTO, REGIME TAMBÉM ADMITIDO PELO NOSSO DIREITO. 3) INFRAÇÃO AO PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO SEGUNDO O QUAL NÃO PODE A PARTE "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

¹⁴⁵ “Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.

Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.”

causa. Ofensa ao princípio da boa fé objetiva. Aplicação da teoria dos atos própriossintetizada nos brocardos latinos “*venire contra factum proprium e tu quoque*”. (Brasil)

Vale ressaltar, que a compreensão dos tribunais sobre o instituto do *venire contra factum proprium*, nem sempre são aplicados, mesmo sendo os tribunais os maiores concretizadores do instituto, as vezes é possível nos defrontarmos com decisões que se baseiam tanto na tutela da confiança como no princípio da boa-fé, como por exemplo:

Supremo Tribunal de Justiça (número convencional JSTJ00007B1964; Relator Gil Roque. Data do Acórdão: 28/06/2007)

(...)

O abuso de direito, na modalidade de “*venire contra factum proprium*”, caracteriza-se pelo exercício de uma posição jurídica em contradição com uma conduta antes assumida ou proclama pelo agente.

(...)

Uma conduta para ser integrado do “*venire*” terá de, objectivamente, trair o “investimento de confiança” feito pela contraparte, impondo que os factos demonstrem que o resultado de tal conduta constituiu em si, uma clara injustiça.

(...)

O abuso do direito na sua vertente de “*venire contra factum proprium*” pressupõe que aquele em quem se confiou viole com a sua conduta os princípios da boa fé e da confiança em que aquele que se sente lesado assentou a sua expectativa relativamente ao comportamento alheio.

(...)

Não resulta da matéria assente que os recorridos tenham de algum modo violado os princípios da boa fé e da confiança que os recorrentes neles depositaram, designadamente contribuindo para a morosidade no cumprimento do contrato, para beneficiar da valorização do imóvel prometido vender.

(...)

Da conduta dos recorridos, não se pode inferir que eles actuaram de má fé, com abuso do direito, nem há motivos para se entender que eles que lhes criaram expectativas e confiança que depois frustraram com a presente acção, abusando do seu direito na vertente da sub-figura “*venire contra factum proprium*”.

Um outro exemplo de *venire contra factum proprium*, no ordenamento jurídico Português, trata-se de caso julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça em 02 de março de 1978, no qual três irmãos tinham composto uma sociedade, sociedade esta composta por escritura pública, no ano de 1940, todavia, posteriormente, conforme estava previsto no pacto social, um quarto irmão veio a compor esta sociedade. Para desenvolver os seus negócios, esta sociedade em suma, contraiu um terreno onde se construiu um prédio urbano, no qual, ficou reservado em parte á habitação dos sócios. Mais tarde, com o imóvel já terminado, os sócios/irmãos escolheram os andares concernentes, tendo a sua ocupação sido pactuada entre eles sem que tivesse realizado qualquer ponderação social nesse sentido registrada em ata, no entanto, o assunto supracitado, foi analisado e questionado e aprovado pelos então ainda apenas três sócios. Porém, por discordância da cunho familiar, e independente de qualquer intenção de defesa do seu interesse, a sociedade, proposta por dois irmãos, veio pedir a desocupação de dos sócios iniciais desta sociedade no ano de 1975. O Supremo Tribunal de Justiça rejeitou a acção com fundamento no abuso de direito.

Em meio processual, o *venire contra factum proprium* dispõe de um valoroso dever, restringindo condutas a serem realizadas pelas partes, como no caso em que uma

parte outorga a junta de histórico de ligações telefônicas efetuadas pela mesma, com o fim de frutificar prova em contrário, e determinado momento processual propõe uma ação litigando indenização por crime de violação do direito a privacidade.¹⁴⁶

Portanto, no que tange não ter feito referência a toda abrangência no qual o *venire contra factum proprium* engloba, foram elucidados alguns exemplos que tem como objetivo evidenciar a ampla dimensão do mesmo.

3.1 A Aplicabilidade da Teoria da Perda uma Chance Correlacionada com o *Venire Contra Factum Proprium*

Segundo o Excelentíssimo Senhor NUNO SANTOS ROCHA¹⁴⁷, a teoria da perda de uma chance no direito Português, começou a se destacar em meados do Século XXI, teoria esta que sempre andou distante da aplicação dos tribunais, no entanto, encontra-se algumas decisões eventuais, no qual, não impõe diretamente o uso da teoria da perda de uma chance, se fundamentam em seus princípios, assim o doutor acima citado, expõe que: “No entanto, nos últimos anos e especialmente a partir de 2006, temos vindo a assistir a uma tendência cada vez maior dos tribunais, de convocarem a noção de <<perda de uma

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Terceira Turma. REsp 605.687/AM. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 02/06/2005. Publicado no Diário Oficial de Justiça em 20/06/2005. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 29 de abril de 2015.

PROCESSUAL CIVIL. DOCUMENTO. JUNTADA. LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES. SIGILO TELEFÔNICO. REGISTRO DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS. USO AUTORIZADO COMO PROVA. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO PARA JUNTADA DE DOCUMENTO PESSOAL. ATOS POSTERIORES. "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". SEGREDO DE JUSTIÇA. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HIPÓTESES. ROL EXEMPLIFICATIVO. DEFESA DA INTIMIDADE. POSSIBILIDADE. - A juntada de documento contendo o registro de ligações telefônicas de uma das partes, autorizada por essa e com a finalidade de fazer prova de fato contrário alegado por essa, não enseja quebra de sigilo telefônico nem violação do direito à privacidade, sendo ato lícito nos termos do art. 72, § 1.º, da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações). - Parte que autoriza a juntada, pela parte contrária, de documento contendo informações pessoais suas, não pode depois ingressar com ação pedindo indenização, alegando violação do direito à privacidade pelo fato da juntada do documento. Doutrina dos atos próprios. - O rol das hipóteses de segredo de justiça não é taxativo, sendo autorizado o segredo quando houver a necessidade de defesa da intimidade. Recurso especial conhecido e provido.

¹⁴⁷ NUNO SANTOS ROCHA. *A Perda de Chance- Como uma Espécie de Dano*, Tese de Mestrado, Almedina, Coimbra, p. 35.

chance>> para fundamentarem alguma das suas decisões, ora aceitando a ressarcibilidade face ao ordenamento português, ora rejeitando-a expressamente e criticando a sua aplicação.”

No Brasil esta teoria é impreterivelmente nova e vem ganhando muitos seguidores, têm sido fundamentada na doutrina e na jurisprudência, visto que o Código Civil Brasileiro de 2002 não traz referência quanto a sua imposição.

Um dos requisitos que compõem a figura da teoria da perda de uma chance é o Nexo Causal e o Dano.

A ciência do nexo causal tem recebido uma concentração crescente, principalmente pela ascensão da teoria do risco, na qual deriva de culpa, assim, sobrando toda discussão sobre a responsabilidade civil para o dano e o nexo causal.

O nexo causal é um dos principais requisitos para ingressar com uma ação indenizatória de perda de uma chance, pois analisa a ligação de causa e efeito entre a ação ou a falta do agente e o dano sofrido pela vítima.

O nexos da causalidade é muito de debatido e muito defendido em casos de responsabilidade pela perda de uma chance na área médica, fazendo com que as formalidade da causalidade clássica sejam amenizados e concedam, dessa forma, a própria retratação do prejuízo final.

Jacques Boré¹⁴⁸ retrata a causalidade da seguinte forma: “Entretanto, alguns doutrinadores foram ainda mais longe, propugnando por uma aplicação mais ousada da causalidade. Com efeito, essa corrente não acredita que a solução mais adequada seja a atenuação dos requisitos probatórios do nexo causal, possibilitando uma reparação facilitada do dano final. Por outro lado, também não acredita na autonomia do dano representado pela perda de uma chance em relação ao dano final. Assim afirmam que as chances perdidas são calculadas de acordo com a proporção de causalidade entre o ato ou omissão do réu e o dano final.”

¹⁴⁸ Nesse sentido BORÉ, Jacques, apud SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20-21.

Apesar desta teoria receber bastante crítica, a mais considerável é a de que durante a sua aplicabilidade se estaria a abrir uma solução entre os planos do dano e da causalidade.

3.1.1 Dano

No ordenamento jurídico brasileiro a ação ilícita apenas gerará uma indenização caso ocorra um dano indevido a um terceiro. Para que um dano seja alvo de ressarcimento, contudo, é indispensável que haja violação a um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial e que seja certo e implícito, isto é, ao instante de pedido em juízo de uma provável reparação, é necessário que o dano ainda subsista.

A figura do dano podem advir da violação a bens jurídicos de ordem patrimonial e extrapatrimonial, originando assim, duas categorias de dano, que são o dano moral ou extrapatrimonial e o material ou patrimonial.

O dano moral, abarca uma lesão a bens jurídicos não relacionados a dinheiro, mas sim aqueles bens relacionados às questões de ordem moral e psíquica da vítima.

O doutrinador CARLOS ROBERTO GONÇALVES¹⁴⁹, ao conceituar o dano moral expõe que o “Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.”

¹⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, pg.359.

Já o dano patrimonial se refere aos danos avaliáveis em dinheiro, porém, passível de reparação pelo causador do dano.

A partir da leitura do artigo 402º do Código Civil brasileiro de 2002, infere-se que o dano patrimonial compreende o dano emergente e os lucros cessantes (“Art. 402º. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”)

O dano emergente engloba o real prejuízo suportado pelo ofendido, o qual lhe gerou uma redução patrimonial. Já os lucros cessantes equivale a tudo que a vítima de maneira razoável deixou de lograr em decorrência do dano sofrido.

No direito português, não há um posicionamento consensual em relação à admissão da figura da perda de uma chance como dano autônomo. Verdade seja dita, mesmo a sua adoção está constantemente restrita aos danos não patrimoniais, perante pena de se conceder à indenização efeitos punitivos, perante à ambiguidade e impossibilidade de apuramento de lucros cessantes e danos emergentes. No entanto, notamos uma rejeição em todo desta figura, completando pela sua irrelevância em relutância da incerteza em garantir que aquele mal não fosse comportamento do lesante, falhando assim o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, ainda assim, competia ao lesado provar sem deixar dúvidas que aquele dano derivou daquela ação.

ÁLVARO DIAS¹⁵⁰, entende que a perda de uma chance é uma lesão tão digna de reparação como qualquer outro meio de responsabilidade civil, todavia, provando, sem deixar dúvidas que aquela ação é merecedora de tal indenização. “Se configurarmos a perda de chance como uma lesão do direito à integridade ou incolumidade do património do respectivo titular, facilmente nos damos conta que a mesma se nos depara como um dano certo (salvo quanto ao seu montante) onde acaba por emergir a perda de uma possibilidade actual, e não de um resultado futuro. A possibilidade perdida configura-se assim como um bem patrimonial, uma entidade económica e juridicamente avaliável, cuja perda produz um dano actual e ressarcível”.

¹⁵⁰ ÁLVARO DIAS, João António, apud Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, 2004, fls. 250-255.

O doutrinador JÚLIO GOMES¹⁵¹, expõe o seu julgamento sobre a teoria da perda de uma chance, entendendo que “O reconhecimento do dano de perda de chance insere-se numa tendência para a ampliação gradual do dano ressarcível, mas coloca um sem número de problemas, quer ao nível prático. Em primeiro lugar, não é claro se o dano de perda de chance deve ser concebido como uma modalidade de dano emergente ou de lucro cessante. Em segundo lugar, mesmo para quem o considera autónomo na sua existência, o prejuízo da perda de chance não é completamente autónomo na sua avaliação, e isto porque o prejuízo da perda de chance se insere num processo dinâmico que iria, eventualmente, desembocar num outro prejuízo definitivo. Mas o problema conceptual mais grave consiste em saber até que ponto é que, por detrás desta fachada unitária, a chamada “perda de chance” não encobre, no fundo, questões distintas que se situam em dois planos, que importa separar, ainda que interfiram entre si: o plano do dano e o plano da causalidade. Ao nível prático, todos os sistemas que admitem o dano da perda de chance têm que colocar exigências quanto ao tipo de chance que estão dispostos a tutelar: como se verá, terá de tratar-se de uma chance séria ou de uma expectativa que não poderá ser meramente fática”.

O autor acima citado, expõe de início uma dúvida a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, para o mesmo esta teoria tem que ser melhor definida, e não ser algo sintético, no entanto a aplicabilidade a perda de uma chance, insere-se ao que o mesmo chama de “ampliação gradual do dano ressarcível”, mesmo assim não apontando minuciosamente a que ponto deve ser ressarcido determinado dano, assim verifica-se uma problemática a ser resolvida.

PAULO MOTA PINTO¹⁵² explica que quando a perda de uma chance é provocada, a pessoa “invoca a *perda de oportunidades* de realizar um ganho, ou de evitar um prejuízo, *sem que seja possível, porém, apurar se esse ganho teria sido evitado, apenas*

¹⁵¹GOMES, Júlio “*Em torno do dano da perda de chance – Algumas reflexões*”, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor A. Castanheira Neves, II, Coimbra, 2008. p.305.

¹⁵² MOTA PINTO, Paulo. *Revistas de Legislação e de Jurisprudência*. Nº 3997, Ano 145. Coimbra editora, 2016. p. 174. O autor em exposição questiona sobre a incerteza da chance: “De notar-se, por outro lado, que no problema da perda de chances não existe apenas uma incerteza sobre o futuro, sobre se o dano se virá a concretizar.[...] Pelo contrário, nos casos de perda de chance essa *incerteza mantém-se* mesmo no futuro: uma incerteza mesmo *ex post* sobre a concretização da oportunidade, e, portanto, sobre qual teria sido a situação sem evento lesivo.” (Ibidem. p. 177).

se sabendo que o lesado viu *frustradas* “*chances*” ou oportunidades correspondentes”.

O autor supracitado conclui que para a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, tem que ser uma chance séria e real.¹⁵³

É notório o trabalho jurisprudencial que tem sido realizado em relação a perda de uma chance. Entretanto, afora os perceptíveis progressos, a teoria ainda se depara com obstáculos para se tornar consagrada no ordenamento jurídico português. O número ínfimo de decisões nos tribunais, além da incerteza em relação ao tipo de dano que tende a indenizar, e o caso de existir muitas críticas e objeções sobre a sua aplicabilidade, impondo assim, a carência de criação de um pilar, pilar este, para que seja melhor definida a sua natureza jurídica e seus pressupostos, para que a teoria da perda de uma chance atue sem tantas dúvidas sobre a sua aplicação.

Portanto, é considerado que perder uma chance é o mesmo que perder um tanto de direito que já tinha. Entretanto, é importante salientar novamente, que não é uma mera perda de uma chance, ao ser considerada pelo ordenamento jurídico, que tenha direito a uma indenização. Deste modo, tem que reconhecer e valorizar a capacidade que a parte tinha de auferir o resultado, se são importantes e pertinentes para a justiça.

3.1.2 Posicionamento do Tribunal

É de suma importância para aclarar ainda sobre a correlação entre a teoria da perda de uma chance e o instituto do *venire contra factum proprium*, é trazeremos decisões de tribunais para melhor exemplificar. Um julgado da Corte brasileira do Rio Grande do Sul, no qual trata de uma promessa de compra e venda de bem imóvel, caso este em que

¹⁵³ Ibidem. p. 199. “ As ‘*chances*’ ou oportunidades perdidas só serão, pois, relevantes na medida em que se prove que o lesado teria obtido benefícios (ou evitado um prejuízo) em consequência da sua verificação, ou em que as partes tenham estipulado a sua ressarcibilidade (liquidando antecipadamente a indenização).p. 200.

que a teoria da perda de uma chance foi aplicada conjuntamente com o *venire contra factum proprium*.¹⁵⁴

Outro caso que trata dos institutos narrados, expõe um situação no qual a autora, foi aprovada em procedimento de seleção realizado pela parte reclamada, sendo habilitada a ocupar uma das vagas de técnico em enfermagem, inclusive com a realização dos exames admissionais, porém, a mesma trabalhava em outra empresa, que teria conseqüentemente que se desligar dela por considerar certa a sua contratação. Destarte, mesmo sendo aprovada no exame e apta para o exercício das atribuições do cargo, a sua contratação não foi concluída em virtude de uma mudança da direção do hospital, assim, a autora ficou desempregada, havendo nitidamente uma violação do princípio da boa e da confiança por parte do hospital¹⁵⁵¹⁵⁶.

¹⁵⁴ "Apelações cíveis e agravo retido. Promessa de compra e venda do imóvel. Questão preliminar de deficiência da representação. Exceção de prescrição. Mérito. Perdimento do valor pago de entrada pela construtora promitente-compradora que não pagou nem realizou o empreendimento, dando causa ao inadimplemento. Compensação pela posse indevida por dez anos e perda da chance durante o período, até a transmissão da posse a outro adquirente. A representação processual da parte demandante é feita pelo diretor da empresa demandante, conforme o Estatuto Social. Diante dos documentos juntados pela parte demandante, deveria a parte demandada e agravante fazer prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, de modo a demonstrar as suas alegações, prova esta que não produziu. O prazo prescricional aplicável à presente demanda é vintenário, conforme a lei civil vigente à época da celebração do contrato e ajuizamento. Interrompendo-se a fluência do prazo pela citação de um dos demandados no litisconsórcio passivo, interrompem-se para os demais devedores solidários demandados. A promessa de compra e venda de terreno celebrada entre as partes previa o pagamento de valor de entrada em dinheiro, correspondente a menos de um por cento do preço, mais dação de apartamentos aos proprietários, correspondendo à maioria absoluta do preço. A venda não se perfectibilizou porque a construtora promitente-compradora não entregou os apartamentos no prazo do contrato, alienando-os a terceiros e, com isso, impedindo a conclusão do negócio, porém ficando na posse do imóvel por mais de dez anos, opondo-se à resolução do negócio jurídico. Nesse contexto, a postura da construtora, em postular desfazimento do contrato, com devolução da entrada, caracteriza *venire contra factum proprium*, vedado pelo direito. Se a construtora demandante deixou de pagar a maioria absoluta do preço e inviabilizou a conclusão do contrato, alienando os apartamentos prometidos a terceiros, por descumprir o que se obrigara, no prazo assinado em contrato, incidiu em mora e deu causa à não conclusão do negócio, devendo responder pelos prejuízos acarretados e pela impossibilidade da prestação. O valor de entrada pago na promessa de compra e venda do imóvel deve ser pedido a título de perdas e danos, durante dez anos que se ficou na posse do imóvel, utilizando-o indevidamente durante a posse. A empresa usufruiu o imóvel por 10 anos, porém jamais complementou o pagamento do preço. O mesmo ocorre com o decréscimo patrimonial, quando da alienação da posse à outra construtora, depois do tempo que a demandante detinha o imóvel de forma indevida, diante da instabilidade decorrente da titulação, decorrente da permanência da promessa de compra que não foi resolvida, indenizado pelo perdimento do valor pago a título de entrada em favor dos promitentes vendedores." (TJRS, AC 70053352258, 20ª C.Cív., Rel. Carlos Cini Marchionatti, J. 10.04.2013).

¹⁵⁵ "A injusta frustração de uma expectativa razoável na futura conclusão do contrato é fato jurígeno do dano moral (art. 427 do CCB). Não é necessário, portanto, a prova da violação da boa-fé subjetiva, bastando, para fins de delineamento do dano moral e material, a ruptura às figuras parcelares da boa-fé objetiva (teoria dos atos próprios), notadamente do *venire contra factum proprium*, que veda atos contraditórios dos sujeitos nas negociações, como forma de coibir o abuso de direito. (TRT da 15ª Região, processo nº 0000413-35.2010.5.15.0029-RO, Relatora Des. Federal do Trabalho Mariane Khayat, 1ª turma, 2ª câmara, publicado em 11.3.2011)".

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.

¹⁵⁶ RECURSO ORDINÁRIO. PRÉ-CONTRATO. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. Demonstrado nos autos não só a promessa de emprego por parte da empresa, como também, a prática de ato que levou a autora a uma legítima expectativa de contratação, em estrita violação ao princípio da boa-fé objetiva, correto o deferimento de indenização pela perda de uma chance, a qual deverá reparar os danos sofridos pela demandante quanto à perda da oportunidade de concretização da vitória esperada, in casu, a contratação e prestação de serviços em prol da Reclamada. PROCESSO: RO 00104031520145010283 RJ. Relator: Leonardo Dias Borges

CONCLUSÃO

Muito embora o instituto do *venire* não esteja regulado expressamente por nenhum diploma normativo vigente no Brasil, a falta de lei não implica a conclusão da não existência do princípio do *venire contra factum proprium*. Com efeito, tendo em vista que o pensamento jurídico é atualmente marcado pela pós-modernidade ou pós-positivismo – em virtude do abandono histórico do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo jurídico associado à Modernidade – abriu-se espaço para novas reflexões no campo do Direito, onde se incluem a atribuição de normatividade aos princípios, e a definição de sua relação com os valores e regras.

A realidade no que se refere a condutas contraditórias pela coletividade em geral, lamentavelmente, é que tal comportamento tem se evidenciado como uma atitude normal, comum e frequente, se mostrando em desacordo com o princípio da boa-fé.

Princípio este que pode defrontar-se com limitações à sua finalidade, por não constar na lei, como meios essenciais que dificultem o exercício à prática de atos contraditórios, deste modo, coligado com princípio da boa-fé subjetiva dificulta o controle destes comportamentos.

O propósito do princípio em questão não é propriamente o nexos entre os comportamentos, mas, sim, a confiança que a conduta inicial causou, preservando-se a lealdade entre o agente e o destinatário da conduta.

O abuso do direito, instituto que está previsto no artigo 334º do Código Civil, foi de máxima relevância para prosseguirmos com a pesquisa do tema em questão, pois em uma de suas concretizações, encontra-se a instituto do *venire contra factum proprium*, que tem como critério a vedação de um comportamento contraditório, que age limitando a ação contradita da parte.

Logo, o abuso do direito não quer impedir a prática de um ato, mas sim impor limites até onde esta prática pode ir.

Não obstante, no que se refere à segurança jurídica, tema este que possui particularidade relevante para interpretar e definir que o assunto em discussão só deve ser justaposto quando evidenciado as condições fundamentais, pois, não existindo uma definição legal sobre o mesmo, o seu cumprimento deve se fundamentar as características peculiares, no qual, devem ser elucidadas por amparo da doutrina, onde realiza um trabalho de suma importância na elaboração de conceitos e requisitos, entretanto, as jurisprudências devem ser observadas e com devida atenção ao se tratar do tema em discussão.

A jurisprudência e doutrina portuguesa (a doutrina brasileira se direciona no mesmo sentido) já mitigaram o entendimento de que o abuso do direito, no seu aspecto de *venire contra factum proprium* implica que aquele em que se foi depositada uma confiança, viole com a sua conduta as expectativas que foram geradas pela outra parte, como consequência do princípio da boa-fé.

Assim, ao nos depararmos com o *venire contra factum proprium*, verificamos que trata-se, em uma elucidação breve, de uma vedação ao comportamento contraditório. Entretanto, para que seja configurado o *venire contra factum proprium*, devem existir pressupostos que visam assegurar não o cuidado de um comportamento coerente, mas sim as legítimas expectativas do sujeito a quem é atribuída a conduta, de forma a não ludibriá-lo em sua confiança. Vale ressaltar, que além desses pressupostos, devem assistir as doutrinas, no qual como já citado anteriormente, as jurisprudências já tem utilizado como padrão normativo.

Menezes Cordeiro, no que se refere ao importante posicionamento da doutrina, bem como a magnitude do *venire contra factum proprium*, o mesmo expõe que, “A existência de princípios contraditórios – neste caso, a proibição de 'venire contra factum proprium' – não deve confundir: é conquista da Ciência do Direito moderna a possibilidade de oposições deste tipo, sem ruptura do sistema e sem quebra de validade para nenhum dos princípios em presença”.¹⁵⁷

¹⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Livraria Almedina-Coimbra, 1997. p. 756.

As delimitações referidas são inescusáveis para assegurar que os arbitramentos judiciais sejam adequadamente fundamentadas, assim, propondo às partes, garantias ao contraditório e à ampla defesa.

Portanto, conclui-se que por meio do conceito e da máxima que é expressa pela pesquisa, observamos estes elementos como sendo a prática de duas condutas, que são: o *factum proprium* e a conduta contraditória, cuja a utilização destas condutas de ser efetuada concomitantemente com os pressupostos, com a finalidade de tipificar com exatidão a sua configuração no caso real.

REFERÊNCIAS

ABREU, J. M. COUTINHO DE. *Do Abuso de Direito*, Coimbra, 2006

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo : a responsabilidade por pedido infundado de declaração de situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*, 2006, Almedina.

ALMEIDA, Francisco Manuel Pereira de. *Direito Processual Civil*, vol.I, 2010, Almedina.

Anderson Schreiber. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONATTI PERES, Tatiana. *Abuso do Direito*, 2010, Revistas de Direito Privado, nº43, Editora Revistas dos Tribunais.

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 25 de setembro de 2015.

_____. Código Civil (1916). Código Civil e legislação em vigor. Organizações do texto: Theotonio Negrão, 13º ed., São Paulo, Malheiros, 1994.

_____. Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 12 novembro de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompiladohtm> Acesso em: 12 de novembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma. RE 86787. Rel. Min. Leito de Abreu. Julgado em 20/10/1978. Publicado no Diário Oficial de Justiça em 04/05/1984. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em 04 de setembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma. ED 246.564-0. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 19/10/1999. Publicado no Diário Oficial de Justiça em 04/03/2001. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em 04 de setembro de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça - Terceira Turma. REsp 605.687/AM. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 02/06/2005. Publicado no Diário Oficial de Justiça em 20/06/2005. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de março de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça - Quarta Turma. REsp 95.539/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 03/09/1996 <www.stj.jus.br>. Acesso em 22 de março de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - Sétima Câmara Cível. Apelação Cível 0611174-4. Rel.: Juíza Substituta de 2º Grau Denise Hammerschmidt – por maioria. Julgado em 16/03/2010. Disponível em <www.stj.jus.br> . Acesso em 04 de abril de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – 37º Vara Civil. Apelação Cível 1990.001.397. Rel.: Lindberg Montenegro–. Julgado em 06/11/1990. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/>> . Acesso em 06 de abril de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo– 8º Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 15.600-4. Rel.: Cesar Lacerda–. Julgado em 12/06/1997. Disponível em <www.stj.jus.br> . Acesso em 06 de abril de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo–. Apelação Cível 182.997-1. Rel.: Cesar Peluso–. Julgado em 01/06/1993. Disponível em <www.stj.jus.br> . Acesso em 06 de abril de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo– 3º Câmara de Direito Público. Apelação Cível 111.876-5/0. Rel.: Rui Stoco–. Julgado em 31/07/2001. Disponível em < www.stj.jus.br > . Acesso em 06 de abril de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – I Grupo da Câmara Cíveis. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 1991.005.70. Rel.: Des. Pedra A mérico R. Gonçalves. Julgado em 13/11/1991. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/>> . Acesso em 06 de abril de 2016

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo– 2º Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 1.042-4. Rel.: J. Roberto Bedran–. Julgado em 27/05/1997. Disponível em < www.stj.jus.br > . Acesso em 06 de abril de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça - Terceira Turma. REsp 605.687/AM. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 02/06/2005. Publicado no Diário Oficial de Justiça em 20/06/2005. Disponível em . Acesso em 04 de abril de 2016.

Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4º Ed. Coimbra Editora, 2005.

CALCINI, Fábio Pallaretti. *Abuso do Direito e o Novo Código Civil*, 2004, Revista de Direito Privado, nº 830, Editora Revistas dos Tribunais.

CORDEIRO DA COSTA, Patrícia Helena Leal. Dano de Perda de Chance e sua Perspectiva no Direito Português. Juíza de Direito, Dissertação de Mestrado da Universidade de Coimbra - Coimbra, 2010.

CUNHA DE SÁ, Fernando. *Abuso do Direito*. Reimpressão 1997, Almedina.

DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé*. Curitiba: Juruá, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança comercial*. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/11273/10038> >. Acesso em 27 de abril 2015.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Edições Almedina, SA, 2007.

GOMES, Júlio, “*Em torno do dano da perda de chance – Algumas reflexões*”, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor A. Castanheira Neves, II, Coimbra, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *A Litigância de má fé no processo civil Brasileiro*, 2002, Dissertação do doutorado em Ciências Jurídicas apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

GILISSEN, Jonh. *Introdução histórica ao Direito*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forenses, 2004.

WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

HESPANHA, António M. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.

LAUTNSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito* – São Paulo: Atlas 2007.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo Código Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé como modelo* (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2002.

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

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

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

_____. *Litigância de Má-Fé, abuso de Direito de ação e Culpa “In Agendo”*, Livraria Almedina-Coimbra, 2014.

MENEZES CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4º Ed. Coimbra Editora, 2005.

MOTA PINTO, Paulo. *Revistas de Legislação e de Jurisprudência*. Nº 3997, Ano 145. Coimbra editora, 2016.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 35º ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Abuso do exercício do direito : responsabilidade pessoal*. 2. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2015.

NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 8º ed. Rev. e atualizada, - João Pessoa: Edições Linhas d' Água, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNO SANTOS ROCHA, A Perda de Chance- Como uma Espécie de Dano, Tese de Mestrado, Almedina, Coimbra, 2011.

PORTUGAL. *Código Civil*. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2015.

PORTUGAL. *Código Processo Civil*. 16º Ed. Organização: Miguel Mesquita. Coimbra: Almedina, 2016.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <www.parlamento.pt/legislação/Paginas/ConstituicaoRepublicaPotuguesa.aspx>. Acesso em 14 de março de 2016.

REALE, Migue. Um artigo chave do código civil. In: _____. *Historia do novo código civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

Revistas dos Tribunais: RT, v.93, n. 830, dez.2004.

RODALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais,2011.

SILVA, Michael César e DE MATOS, Vanessa Santiago Fernandes. *Lineamentos do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo: uma releitura na*

perspectiva civil constitucional. Revista Jurídica. Porto Alegre: Editora Notadez, ano 58, nº 398, Dez. 2010.

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*, 2008, Coimbra Editora.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de Direito Processual: Uma teoria Pragmática*, 2005, Editora Revistas dos Tribunais.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Método, 2009.

Tribunal de Justiça – MG – Apelação Cível: AC10702100537456006 MG. Julgado em 19/03/2014. Publicado em 25/03/2014. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso 25 de março de 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.