



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU  
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**TALITA MACEDO ROMEU**

**A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO  
APLICADA AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Salvador

2012

**TALITA MACEDO ROMEU**

**A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO  
APLICADA AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Mestrado em Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior

Salvador

2012

**TALITA MACEDO ROMEU**

**A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO  
APLICADA AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em  
Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca  
examinadora:

---

Nome: Dr. Fredie Souza Didier Júnior  
Instituição: Universidade Federal da Bahia

---

Nome: Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges  
Instituição: Universidade Federal da Bahia

---

Nome: Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira  
Instituição: Universidade Federal de Alagoas

Salvador, 08 de outubro de 2012

*A vovó Nice, pela saudade enorme e por todos os domingos em que tentava me convencer a deixar os livros para passear.*

## **AGRADECIMENTOS**

Airí Romeu

Antônio Presídio

Chico Buarque

Ciro Sales

Daniela Bomfim

Eduardo Sodré

Flávia Smarcevscki

Fredie Didier Jr.

Guilherme Grillo

Joana Machado

Lara Neves

Layanna Piáu

Lia Macedo

Luiz Seixas

Maiana Romeu

Natália Dantas

Rafael Oliveira

Raul Seixas

Ricardo Belmonte

Sara Tavares

Tatiana Dourado

Tiago Nery

Turma B

Ulla Macedo

*“Já de saída a minha estrada entortou  
Mas vou até o fim”*  
(Chico Buarque)

## RESUMO

A aplicação da boa-fé objetiva ao processo civil conduz à revalorização dos princípios da cooperação e da lealdade, inerentes à realização do contraditório, impondo aos sujeitos do processo o dever de atuar conforme o padrão de confiança esperado em dada relação jurídica. Quando o comportamento adotado por um sujeito processual (partes ou juiz) for contraditório ao seu comportamento anterior, é necessário investigar se tal conduta revela deslealdade, capaz de frustrar as expectativas legítimas suscitadas nos demais sujeitos quanto à conservação do comportamento inicial.

Verificada a quebra de confiança e a frustração de expectativas legítimas, deve-se aplicar à relação jurídica processual o princípio da boa-fé, especificamente a regra da vedação ao *venire contra factum proprium*. A incidência desta regra proíbe o exercício contraditório de situações jurídicas, o que somente pode ser concretizado por meio de um juízo de ponderação entre os valores que justificam a preservação do formalismo processual e a proteção da confiança entre os sujeitos do processo.

Este trabalho tem por objetivo analisar a incidência do princípio da boa-fé no âmbito do Direito Processual Civil e a aplicação da proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) à atuação dos sujeitos do processo. Fixadas as premissas, no último capítulo, analisamos cinco hipóteses de aplicação concreta da proibição de comportamento contraditório, a partir das quais se demonstra a possibilidade de extinção de situações jurídicas processuais com fundamento no princípio da boa-fé. As hipóteses escolhidas revelam situações em que a aparente licitude da atuação do sujeito, amparada em questões formais, subtrai do processo a sua função instrumental.

**Palavras-chave:** Processo civil. Boa-fé objetiva. *Venire contra factum proprium*.

## ABSTRACT

The good faith principle application to the Civil Procedure leads to the re-estimation of the cooperation and loyalty principles, inherent to the *audi alteram partem* principle constitution, establishing to the procedural parties the duty of acting in accordance with the fairness standard expected in a juridical relation. When the behavior taken by a procedural part become inconsistent with its previous behavior, it is necessary to investigate if such conduct reveals any disloyalty able to frustrate legitimate expectations given rise to among the other parties concerning the maintenance of the initial behavior.

Once the breach of trust and frustration of legitimate expectations is verified, the principle of the good faith must be applied to the procedural relation, specifically the prohibition rule of *venire contra factum proprium*. The incidence of this rule forbids the contradictory practice of juridical situations, which can only be accomplished by means of judiciousness between values that justify the maintenance of the procedural formalism and protection of trust between the procedural parties.

This work takes aim at the analysis of the principle of the good faith incidence on the Civil Procedure and the application of the contradictory behavior prohibition rule concerned to the procedural parties actuation (*venire contra factum proprium*). Settled the premises, in the last chapter, we analyze five hypothesis of concrete application of the *venire contra factum proprium*, from which it is demonstrated the possibility of extinguishing juridical relations well-founded on the principle of the good faith. The chosen hypothesis reveal situations in which the apparent lawfulness of a procedural part's act, supported by questions of form, takes away the instrumental function of the procedure.

**Keywords:** Civil procedure. Good faith principle. *Venire contra factum proprium*.



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.....</b>	<b>13</b>
2.1. DISTINÇÃO ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E BOA-FÉ SUBJETIVA.....	13
2.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.....	14
2.3. A TRÍPLICE FUNÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	17
<b>2.3.1. Função hermenêutica-integrativa.....</b>	<b>18</b>
<b>2.3.2. Função de norma criadora de deveres jurídicos.....</b>	<b>19</b>
2.3.2.1. Dever de proteção.....	23
2.3.2.2. Dever de esclarecimento.....	24
2.3.2.3. Dever de lealdade.....	25
<b>2.3.3. Função de norma limitadora ao exercício de direitos subjetivos.....</b>	<b>26</b>
<b>3. A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO.....</b>	<b>29</b>
3.1. CONCEITO E FUNDAMENTO JURÍDICO.....	29
3.2. A CONTRADIÇÃO PROIBIDA PELO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.....	30
3.3. PRESSUPOSTOS DA PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO.....	35
3.4. O <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> ENTRE A BOA-FÉ OBJETIVA E O ABUSO DE DIREITO.....	38
<b>3.4.1. O princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito.....</b>	<b>38</b>
<b>3.4.2. Enquadramento teórico do <i>venire contra factum proprium</i>.....</b>	<b>42</b>
3.5. A EFICÁCIA DA VEDAÇÃO AO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> .....	43
3.6. DERIVAÇÕES DA VEDAÇÃO AO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> .....	46
<b>3.6.1. <i>Tu quoque</i>.....</b>	<b>46</b>
<b>3.6.2. <i>Suppressio (Verwirkung)</i> e <i>surrectio (Erwirkung)</i>.....</b>	<b>52</b>
<b>3.6.3. Inelegabilidade de invalidades.....</b>	<b>60</b>
<b>4. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ AO PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>65</b>

4.1. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL.....	65
4.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL: O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	68
4.3. A BOA-FÉ OBJETIVA, O CONTRADITÓRIO E A COOPERAÇÃO ENTRE OS SUJEITOS PROCESSUAIS.....	69
4.4. PRECLUSÃO COMO TÉCNICA DE REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.....	76
4.4.1. A estruturação do procedimento.....	76
4.4.2. A proibição de comportamento contraditório por meio da preclusão.....	79
4.4.3. A <i>suppressio</i> processual.....	82
<b>5. ALGUMAS HIPÓTESES DA PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO APLICADA À RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL.....</b>	<b>87</b>
5.1. A <i>SUPPRESSIO</i> DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO.....	88
5.2. A AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA DO DIREITO DO AUTOR COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA.....	96
5.3. A UTILIZAÇÃO DE DEFESA HETEROTÓPICA PELO EXECUTADO APÓS O PRAZO PARA OFERECIMENTO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO...	99
5.4. A <i>SUPPRESSIO</i> DO DIREITO DE REMIR.....	104
5.5. OFERECIMENTO DE BEM À PENHORA E POSTERIOR ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE PELO EXECUTADO.....	108
<b>6. CONCLUSÕES.....</b>	<b>114</b>
<b>7. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>119</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O princípio da boa-fé é norma de conduta, materializada num padrão de comportamento que imprime eticidade às relações jurídicas. Sua adoção no âmbito do Direito Processual Civil conduz à revalorização dos princípios da cooperação e do contraditório, decorrentes do devido processo legal, impondo aos sujeitos o dever de atuar em conformidade com os ditames da lealdade e da proteção da confiança.

A boa-fé objetiva destaca-se como fonte limitadora de direitos, obstando o exercício de condutas desleais e incoerentes, independentemente da intenção do sujeito atuante. Por meio da vedação ao *venire contra factum proprium*, o princípio da boa-fé proíbe os comportamentos contraditórios violadores da confiança minimamente necessária às relações jurídicas. Trata-se de modalidade de exercício inadmissível de direitos, que reprime a prática de uma situação jurídica ativa por contrariar a conduta anteriormente assumida por seu titular, suficiente para gerar uma previsão de confiança na contraparte.

A utilização destes conceitos concentra-se no âmbito do direito privado, sobretudo no Direito das Obrigações e no Direito dos Contratos, sendo pouco desenvolvidos pela Dogmática Processual Civil, não obstante seja este um campo fértil para o estudo da proteção da confiança, estreitamente ligada aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da cooperação entre os sujeitos processuais.

Quando a parte ou o juiz adota comportamento contraditório ao que havia externado em momento anterior e, com isso, frustra uma legítima expectativa suscitada nos demais atores do processo, age de forma desleal. Sob a ótica da boa-fé objetiva, em respeito ao dever de lealdade processual, não se pode admitir que a conduta inicial de um sujeito seja por ele contrariada, rompendo a previsão de confiança despertada nos outros quanto à conservação do seu comportamento.

A vedação ao *venire contra factum proprium* está intimamente relacionada ao instituto da preclusão, destacadamente a preclusão lógica, que consiste na perda de um poder processual devido à incompatibilidade existente entre o seu exercício e a postura assumida pelo titular durante a marcha do processo. Nesse contexto,

analisa-se a possibilidade de extinção de situações jurídicas processuais em razão do exercício de condutas contraditórias, violadoras de expectativas legítimas, ensejando uma preclusão lógica com fundamento na boa-fé objetiva.

Este trabalho tem por objetivo analisar a incidência do princípio da boa-fé no âmbito do Direito Processual Civil e a aplicação da proibição de comportamento contraditório, enquanto modalidade de exercício inadmissível de direitos, à atuação dos sujeitos do processo. A partir dessas premissas, sustentamos a possibilidade de extinção de situações jurídicas processuais, fundada na vedação ao *venire contra factum proprium*, como resultado do juízo de ponderação entre os valores que justificam a preservação do formalismo processual e a proteção da confiança entre os sujeitos do processo.

Ao final, com base nos conceitos desenvolvidos ao longo de três capítulos, analisamos cinco hipóteses de aplicação concreta da proibição de comportamento contraditório, a partir das quais se demonstra a possibilidade de extinção de situações jurídicas processuais com fundamento no princípio da boa-fé. As hipóteses escolhidas revelam situações em que a aparente licitude da atuação do sujeito, amparada em questões formais, subtrai do processo a sua função instrumental, sem a necessária ponderação de valores no caso concreto.

Propomos, em síntese, a reflexão da relação jurídica processual sob uma perspectiva pautada na ética e na lealdade entre os sujeitos do processo, destacando-se a necessidade de ponderação entre o formalismo processual e a proteção da confiança. Com isso, buscamos afirmar a aplicabilidade do princípio da boa-fé e da regra de vedação ao *venire contra factum proprium* à teoria contemporânea do processo, como forma de se permitir alcançar uma tutela jurisdicional de melhor qualidade.

## 2. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

### 2.1. DISTINÇÃO ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E BOA-FÉ SUBJETIVA

No ordenamento jurídico brasileiro, expressiva parcela das disposições referentes à boa-fé reporta-se a estados de ciência ou de ignorância do sujeito. Esta concepção corresponde à boa-fé subjetiva, que traduz um estado de fato psicológico, por meio do qual o indivíduo acredita ser titular de um direito ou ignora determinada realidade, como a lesão à esfera jurídica alheia<sup>1</sup>. Como sintetiza Judith Martins-Costa, “diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios”<sup>2</sup>. Trata-se da noção naturalista da boa-fé, que se opõe à má-fé do sujeito.

Outros preceitos, contudo, referem-se à boa-fé como um elemento exterior ao sujeito, como algo que se lhe impõe<sup>3</sup>. Trata-se do *princípio da boa-fé* ou da *boa-fé objetiva*, que se revela como norma de conduta, como padrão de comportamento leal, honesto e de colaboração, traduzindo um modelo de eticização das relações jurídicas<sup>4</sup>. A incidência deste princípio parte de uma análise externa ao sujeito, porque seu foco se situa na proteção da confiança suscitada na contraparte pelo comportamento do indivíduo atuante.

A boa-fé objetiva não se confunde com a boa-fé subjetiva, que consiste na análise das intenções ou do estado de consciência do sujeito, portanto, de uma situação ou de um fato psicológico. A vertente objetiva da boa-fé constitui autêntica norma de conduta, da qual decorrem deveres para os sujeitos atuantes, sob a perspectiva da cooperação, considerando-se os interesses recíprocos para se alcançar o efeito

---

<sup>1</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79. Como exemplos de previsão da boa-fé subjetiva no ordenamento jurídico, o autor cita os arts. 1.201, 1.214, 1.219 e 1.561, todos do Código Civil.

<sup>2</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. II, p. 33.

<sup>3</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 23-24.

<sup>4</sup> Godoy, Cláudio Luiz Bueno de. “O princípio da boa-fé objetiva”. *Principais controvérsias no Novo Código Civil*. Débora Gozzo, José Carlos Moreira Alves e Miguel Reale (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

prático que justifica a existência da relação jurídica<sup>5</sup>. Ainda que um sujeito ignore ser indevida determinada conduta (*boa-fé subjetiva*), ao praticá-la, poderá estar agindo em desacordo com o padrão de comportamento correto que se espera numa dada relação jurídica, de modo a frustrar as expectativas legítimas geradas por seu próprio atuar (*boa-fé objetiva*)<sup>6</sup>.

A boa-fé objetiva incide nas relações jurídicas em que o comportamento do exercente reúne elementos suficientes para criar uma previsão de confiança nos demais sujeitos, impedindo que sejam frustradas as expectativas legítimas geradas por ele, independentemente de sua intenção<sup>7</sup>. Portanto, a aplicação do princípio da boa-fé leva em consideração as circunstâncias objetivas do caso concreto, aferindo qual deva ser o comportamento confiável e leal segundo os padrões culturais de cada época e lugar.

## 2.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Segundo Nelson Rosendal, o princípio da boa-fé introduz certa dose de moralização na criação e no desenvolvimento das relações jurídicas, propiciando a consideração de valores demandados pela consciência social, ainda que não estejam positivados no ordenamento jurídico<sup>8</sup>. Seu fundamento estaria no interesse coletivo de que as pessoas tenham o comportamento pautado na cooperação e na

---

<sup>5</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 122-123. Segundo relaciona a autora, no direito positivo brasileiro, a boa-fé objetiva recebeu consagração expressa pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo definida como fundamento de nulidade de cláusula contratual (art. 51, IV, CDC). A previsão do princípio no referido diploma relaciona-se diretamente com os valores constitucionais (arts. 5º, XXXII, e 170, V, CF), com destaque para a Política Nacional de Relações de Consumo, que encontra no princípio da boa-fé uma de suas diretrizes (art. 4º, III, CDC). Em seguida, o Código Civil de 2002 também positivou a boa-fé objetiva como cláusula geral, referindo-se à interpretação dos negócios jurídicos (art. 113, CC), à limitação do exercício de direitos subjetivos (art. 187, CC) e à imposição de norma de conduta aos contratantes (art. 422, CC). (op. cit., p. 125-128)

<sup>6</sup> Para uma perfeita compreensão do tema, a definição de Judith Martins-Costa: “Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional.” (*A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412)

<sup>7</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 80-83.

<sup>8</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 83.

retidão, realizando os valores constitucionais de solidariedade e de justiça social<sup>9</sup>. Sob esta perspectiva, imprime-se novo colorido ao tráfego jurídico, transcendendo-se os vínculos meramente formais com a criação de deveres e com a consequente limitação de direitos, ambas extraídas do princípio da boa-fé.

Teresa Negreiros sustenta que a boa-fé objetiva representa o valor da ética no modelo atual de contrato, porquanto compõem o seu substrato a lealdade, a correção e a veracidade, repudiando-se o abuso da liberdade contratual decorrente da perspectiva individualista e voluntarista da relação jurídica. Para a autora, o fundamento constitucional do princípio da boa-fé é extraído da cláusula geral de tutela da pessoa humana, segundo a qual o indivíduo não é considerado isoladamente, mas como parte integrante da comunidade. O princípio também encontra fundamento no preceito constitucional que determina, como objetivo fundamental da nação, a construção de uma sociedade solidária. Nesse contexto, a autora observa que a valorização da dignidade humana substitui o dogma da autonomia individual, na medida em que as relações obrigacionais passam a ser encaradas como espaço de cooperação e de solidariedade<sup>10</sup>.

O princípio da boa-fé se destaca, então, como orientador da colaboração intersubjetiva, proporcionando terreno fértil para a concretização da confiança, que é pressuposto da ordem jurídica e amparo da convivência social<sup>11</sup>. Ressalta-se que a ideia de colaboração nada tem de ingênua quanto à atuação cooperativa dos sujeitos de direito – sobretudo se eles forem titulares de interesses contrapostos –, pois a preocupação com o *alter* revela-se como um componente ético das relações jurídicas, tornando-os responsáveis pelas expectativas legítimas suscitadas por seus próprios atos, independentemente da realização de uma conduta juridicamente vinculante.

A boa-fé objetiva é prevista sob a forma de cláusula geral, da qual se pode extrair a solução do caso concreto em função do comportamento dos sujeitos de determinada

---

<sup>9</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 81.

<sup>10</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 116-117.

<sup>11</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 29.

relação jurídica<sup>12</sup>. Efetivamente, o apelo às cláusulas gerais permite ao aplicador do Direito “descer do plano das abstrações ao terreno rico e multiforme do concreto”<sup>13</sup>. Por meio destes conceitos flexíveis, pode-se chegar à tutela jurídica adequada a cada situação, porque eles revelam a diversidade material que lhe é subjacente, permitindo, portanto, uma maior aproximação do aplicador do Direito às circunstâncias concretas<sup>14</sup>.

Por essa razão, o mencionado princípio encontrou na atividade judicante um campo fértil para a sua atuação, contribuindo para a quebra de velhos paradigmas positivistas, porque a boa-fé objetiva se apresentava ao magistrado como uma saída para os conflitos cuja solução não emergia satisfatoriamente da literalidade da lei e/ou do contrato. Como ressalta Clóvis do Couto e Silva, o princípio da boa-fé desempenha um papel harmonizador no sistema positivista, na medida em que é capaz de conciliar seu tradicional rigor lógico-dedutivo com as exigências éticas da atualidade<sup>15</sup>. Nesse sentido, Menezes Cordeiro conclui que a boa-fé objetiva garante a reprodução do sistema, “seja conquistando para o seu seio áreas que ganham a característica da juridicidade, seja adaptando à nova realidade, científica ou social, dispositivos arcaicos, seja, por fim, realizando, na vida real, um projecto que o legislador deixou a meio ou, apenas, indiciou”<sup>16</sup>.

Como vetor de proteção à lealdade e à confiança nas relações jurídicas, o princípio da boa-fé se revela como fonte criadora de deveres e limitadora de direitos, ora exigindo uma postura ativa do sujeito, ora restringindo sua esfera de atuação<sup>17</sup>. Para o desenvolvimento do tema proposto, interessa-nos a boa-fé enquanto fonte

---

<sup>12</sup> A propósito, destaca-se a doutrina de Fredie Didier Jr.: “A opção por uma cláusula geral de boa fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal.” (*Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 80-81)

<sup>13</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 8.

<sup>14</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 9-10.

<sup>15</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 42.

<sup>16</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 46.

<sup>17</sup> MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 33.



limitadora de direitos, invocando-se a teoria dos atos próprios para explicar a proibição de comportamento contraditório no âmbito da relação jurídica processual.

### 2.3. A TRÍPLICE FUNÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Costuma-se atribuir à boa-fé objetiva três funções: a função hermenêutica-integrativa, a função de norma criadora de deveres jurídicos e a função de norma limitadora ao exercício de direitos<sup>18</sup>.

Essa tripartição de funções, do ponto de vista didático, é útil para a análise das possibilidades de aplicação da boa-fé objetiva, bem como da evolução traçada por ela até alcançar o status de norma jurídica. As três funções, analisadas separadamente nos itens seguintes, não se definem nem se apresentam de maneira estanque, mas se complementam quando aplicado o princípio da boa-fé aos casos concretos<sup>19</sup>.

Num primeiro momento, a boa-fé se dissocia da concepção subjetivista tradicional e passa a ser reconhecida como um padrão de comportamento ético e leal, que independe da intenção dos sujeitos atuantes. Sua aplicação, todavia, ainda se limita ao preenchimento de lacunas do ordenamento jurídico, ao cumprimento de uma função hermenêutico-integrativa, “servindo como recurso para a interpretação flexibilizadora da vontade das partes, bem como para a integração de lacunas legais”<sup>20</sup>.

Em seguida, observa-se que a boa-fé objetiva passa a assumir novas funções, de natureza nitidamente normativas, seja para criar deveres não previstos expressamente na lei ou no contrato – cumprindo a função de norma criadora de deveres jurídicos –, seja para limitar o exercício de direitos pelos sujeitos da relação jurídica – cumprindo a função de norma limitadora ao exercício de direitos. A boa-fé

---

<sup>18</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 428. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 86.

<sup>19</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 140.

<sup>20</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 31.

objetiva, então, passa a ser reconhecida como norma jurídica – especificamente, como princípio –, capaz de restringir e de criar direitos em favor dos sujeitos de uma relação jurídica concreta<sup>21</sup>.

### 2.3.1. Função hermenêutica-integrativa

Na esfera contratual, a primeira função é a mais conhecida, tratando-se do preenchimento de lacunas pelo princípio da boa-fé, uma vez que a relação jurídica desenvolve-se em contextos nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes. Assim, para que haja uma produção coerente dos efeitos do negócio jurídico, em certas situações, tornam-se exigíveis das partes comportamentos que não decorrem diretamente da lei nem do contrato, mas que são essenciais à realização do programa contratual objetivamente posto<sup>22</sup>.

Essa função hermenêutica foi prevista expressamente no art. 113 do Código Civil, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé”. A interpretação passa a privilegiar, portanto, o significado mais honesto e leal que se possa atribuir à norma contratual, afastando-se aqueles que se revelem prejudiciais à contraparte e que provoquem o desequilíbrio da relação jurídica<sup>23</sup>. Sob essa perspectiva, não se admitem soluções que, embora formal e aparentemente amparadas na lei ou no contrato, sejam contrárias ao ideal de proteção da confiança imposto pela boa-fé objetiva.

Como ressalva Judith Martins-Costa, a boa-fé não atua somente como recurso para a interpretação flexibilizadora, mas também está ligada à integração de lacunas<sup>24</sup>. As situações não previstas na lei ou no contrato – ou cujo enquadramento viole a confiança e o equilíbrio da relação jurídica – deverão ser solucionadas de acordo com o princípio da boa-fé, que realizará sua função hermenêutica-integrativa. A solução surgirá, pois, diante do caso concreto, para o qual não haja disciplina legal

---

<sup>21</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*, op. cit., p. 31-32.

<sup>22</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 428-437, *passim*.

<sup>23</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 87.

<sup>24</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 429.

ou contratual prevista – ou cuja aplicação, se houver norma expressa, viole a confiança e o equilíbrio entre as partes, revelando-se como uma solução adequada apenas do ponto de vista formal.

Vista a relação obrigacional como processo<sup>25</sup>, além de considerar o conjunto das disposições que formaram o contrato durante sua vigência, a integração de lacunas norteia-se pelas “*circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual*” visualizadas como um todo<sup>26</sup>. A relação jurídica é regida, então, por normas extraídas do contrato e/ou da lei, bem como do histórico criado e desenvolvido pelo comportamento dos sujeitos, com base nos quais o princípio da boa-fé exerce sua função hermenêutica-integrativa.

### **2.3.2. Função de norma criadora de deveres jurídicos**

A função de norma criadora de deveres jurídicos é um desdobramento da função hermenêutica-integrativa do princípio da boa-fé. Trata-se da imposição de deveres não previstos expressamente na lei ou no contrato, mas essenciais para a realização da materialidade subjacente à relação jurídica. Não basta que os sujeitos observem o que lhes foi imposto de forma direta e literal nos instrumentos normativos, devendo comportar-se em conformidade com os próprios fins da relação jurídica para viabilizar o desenvolvimento equilibrado e a realização do seu objeto<sup>27</sup>.

Toda relação jurídica impõe deveres que compõem o seu núcleo e cujo cumprimento conduz à realização dos seus fins. Num contrato de compra e venda, por exemplo, é certo que ao vendedor seja imposto o dever de entregar a coisa; ao comprador, o dever de pagar o preço. Tais deveres compõem a essência dessa relação contratual, são os chamados *deveres principais* ou *deveres primários de prestação*. Todavia, o exclusivo cumprimento desses deveres não garante o desenvolvimento

---

<sup>25</sup> Nesse sentido, amplamente, Clovis V. do Couto e Silva: “A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.” (*A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 19)

<sup>26</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 430.

<sup>27</sup> Para Judith Martins-Costa, “a boa-fé, ao ensejar a criação de deveres instrumentais, torna efetivamente exigível a prestação e coerentemente exercitáveis os direitos que derivam do contrato”. (*A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 443)

equilibrado da relação jurídica, razão pela qual o princípio da boa-fé impõe a observância de outro deveres, considerados *laterais, anexos* ou *instrumentais*<sup>28-29</sup>. Segundo Nelson Rosenthal, “os deveres de conduta são emprestados pela boa-fé ao negócio jurídico, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra”<sup>30</sup>.

Os deveres criados pelo princípio da boa-fé exercem uma finalidade negativa, especificamente, a de reprimir comportamentos desleais que possam prejudicar o “processamento” da relação jurídica. Essa finalidade negativa é meio para atingir a finalidade positiva dos deveres anexos: a condução da relação jurídica sem desvios ou desequilíbrios, cumprindo-se o programa material que lhe é subjacente<sup>31</sup>. Consequentemente, enquanto perdure a relação jurídica – em alguns casos, mesmo após a extinção da obrigação principal –, as partes estão obrigadas a evitar que sejam causados danos recíprocos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios<sup>32</sup>. Segundo Teresa Negreiros, “o vínculo obrigacional deve traduzir uma ordem de cooperação, exigindo-se de ambos os obrigados que atuem em favor da consecução da finalidade que, afinal, justificou a formação daquele vínculo”<sup>33</sup>.

Ainda que se trate de uma relação negocial entre particulares, os deveres anexos independem da vontade dos sujeitos atuantes na relação jurídica (podem, aliás, surgir contra essa vontade), pois sua origem se encontra no princípio da boa-fé<sup>34</sup>. Sobre esses deveres, observa Clóvis do Couto e Silva: “surgem desvinculados da

---

<sup>28</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 437-438.

<sup>29</sup> Segundo Teresa Negreiros, “são denominados deveres instrumentais por forma a enfatizar a sua serventia como meio para garantir a consecução do fim do contrato”. (*Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 150)

<sup>30</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 94. Nesse sentido, Anderson Schreiber: “No que tange à segunda função, a boa-fé exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Assim, impõe às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato, como o dever de informação, o dever de segurança, o dever de sigilo, o dever de colaboração para o integral cumprimento dos fins contratuais, e assim por diante.” (*A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 87)

<sup>31</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 103.

<sup>32</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 604.

<sup>33</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 150.

<sup>34</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 88. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 438-439.

vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados aos deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo vida autônoma”<sup>35</sup>.

Os deveres anexos somente terão seu conteúdo definido diante do caso concreto, em conformidade com as circunstâncias de cada relação jurídica. É inviável, portanto, buscar-se uma tipificação abstrata desses deveres<sup>36</sup>. Segundo Judith Martins-Costa, trata-se de “*deveres de adoção de determinados comportamentos*, impostos pela boa-fé, tendo em vista o fim do contrato, em razão da relação de objetiva confiança que o contrato fundamenta, comportamentos estes, porém, variáveis segundo as circunstâncias concretas da situação”<sup>37</sup>.

Quanto à integração da relação jurídica pelos deveres anexos, será variável a incidência da boa-fé objetiva, nem sempre aplicável com a mesma intensidade. Deverá atender à dinâmica da relação, buscando conservar o equilíbrio e a materialidade a ela subjacente, com base nas circunstâncias concretas e no próprio comportamento dos sujeitos atuantes. Justamente por se tratar de um princípio, cuja aplicação depende da ponderação com outros princípios do ordenamento jurídico, a eficácia da boa-fé será variável conforme o contexto<sup>38</sup>. Esse traço, além de inviabilizar qualquer tentativa de tipificação dos deveres anexos, conserva o caráter aberto da boa-fé objetiva enquanto cláusula geral<sup>39</sup>.

Por isso é que se afirma que os deveres instrumentais não representam elementos existentes desde a formação da relação jurídica e com conteúdo pré-determinado. Sua existência e a intensidade de sua eficácia somente poderão ser verificadas no caso concreto, em conformidade com os fins da relação jurídica. Do mesmo modo, também o descumprimento desses deveres terá sua gravidade valorada sempre de acordo com as circunstâncias concretas<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, op. cit., p. 38.

<sup>36</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 87-88.

<sup>37</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 449.

<sup>38</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 103.

<sup>39</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 87-88.

<sup>40</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 449-450.

Para a compreensão dos deveres anexos, a obrigação precisa ser entendida enquanto relação jurídica em sua totalidade. Sob essa perspectiva, “credor e devedor compartilharão de lealdade e confiança para, recusando a posição clássica de ‘antagonistas’, assumirem uma postura colaboracionista rumo ao adimplemento e ao bem comum, como finalidade que polariza todo o ‘processo’ da obrigação”<sup>41</sup>. O ponto de contato entre o princípio da boa-fé – tradicionalmente vinculado aos estudos de direito privado – e o processo civil está nesta perspectiva de obrigação como totalidade. Partindo-se dessa ideia, de relação jurídica obrigacional como processo, é viável transpor para a relação jurídica processual as funções exercidas pelo princípio da boa-fé, inclusive a função criadora de deveres jurídicos.

Os deveres anexos não estão diretamente ligados ao cumprimento dos deveres principais. Destinam-se a regular a relação jurídica de modo global, exatamente sob a ótica de totalidade já referida, para atender aos fins perseguidos pelos sujeitos atuantes nesse processo obrigacional, “constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente”<sup>42</sup>.

A partir da noção de obrigação como processo, torna-se mais clara a impossibilidade de definição abstrata dos deveres anexos, que apenas surgem à medida que se desenvolve a relação jurídica, de acordo com as circunstâncias concretas, principalmente os atos praticados pelos sujeitos envolvidos<sup>43</sup>. A propósito, conclui Clóvis do Couto e Silva: “A conformidade ou desconformidade do procedimento dos sujeitos da relação com a boa-fé é, por igual, verificável apenas *in concreto*, examinando-se o fato sobre o qual o princípio incide, e daí induzindo o seu significado.”<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 93. Nesse sentido, Judith Martins-Costa: “A concretização dos deveres instrumentais só restará evidenciada para o julgador – possibilitando a correção das desigualdades substanciais que se manifestam primordialmente nos contratos firmados por adesão, mas não apenas nestes – se bem compreendida a perspectiva da obrigação como uma totalidade e como um processo [...]”<sup>41</sup> (*A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 453)

<sup>42</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 439-440.

<sup>43</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 443.

<sup>44</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, op. cit., p. 38.

Finalmente, como será detalhado nos próximos itens, os deveres anexos criados pelo princípio da boa-fé, cujo descumprimento revela-se como ilícito no âmbito da relação jurídica, costumam ser apresentados sob três enfoques: proteção, esclarecimento e lealdade<sup>45</sup>.

#### 2.3.2.1. Dever de proteção

Os chamados deveres de proteção abrangem, de forma genérica, o cuidado recíproco que o princípio da boa-fé impõe aos sujeitos de uma relação jurídica. Objetivam a proteção do patrimônio e da integridade física desses sujeitos enquanto houver desdobramentos da relação jurídica estabelecida, evitando os riscos que podem ser gerados entre eles<sup>46</sup>. Como conclui Menezes Cordeiro, “visam, na verdade, obstar a que, na ocasião do efetivar das prestações e dadas as possibilidades reais de agressão e ingerência provocadas por essa conjuntura, as partes se venham a infligir danos mútuos”<sup>47</sup>.

Segundo Menezes Cordeiro, os deveres anexos de proteção não se confundem com a regulação contratual e com a sua execução fiel pelas partes. Esses deveres são alheios à autonomia privada: radicam em diversos níveis da ordem jurídica, mas não são orientados pelas disposições contratuais<sup>48</sup>. Como já mencionado, extraímos os deveres anexos do princípio da boa-fé – especificamente, de sua função de norma criadora de deveres jurídicos –, que impõe aos sujeitos da relação jurídica condutas positivas e negativas para a manutenção do equilíbrio e o alcance da finalidade material subjacente.

Na relação jurídica processual, o dever de proteção estará relacionado com o dever de não causar danos processuais, seja pelas partes, seja pelo juiz. Como será abordado em momento oportuno, os sujeitos do processo devem atuar de acordo

---

<sup>45</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 604.

<sup>46</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 104. Segundo o autor, trata-se do dever de consideração ou de cooperação para com o outro, cujo fundamento está na solidariedade prevista no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal. (op. cit., p. 110)

<sup>47</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 615.

<sup>48</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 615.

com o padrão de comportamento ético imposto pela boa-fé objetiva, sem subtrair do processo o seu caráter instrumental em relação ao direito material objeto do litígio.

### 2.3.2.2. Dever de esclarecimento

O dever anexo de esclarecimento também costuma ser designado como dever de informação. Determina que os sujeitos de uma relação jurídica prestem informações recíprocas a respeito do seu objeto e dos seus fins. Qualquer dado relevante quanto ao desenvolvimento e aos efeitos decorrentes da relação deve ser compartilhado entre os sujeitos atuantes<sup>49</sup>. Este dever anexo, portanto, impõe-se em favor da contraparte, tornando clara certa circunstância ignorada ou de que tenha conhecimento imperfeito ou errôneo<sup>50</sup>.

O dever de informação encontra previsão expressa em alguns dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo dos arts. 12, 14, 18, 20, 30, 31, 33, 34, 46, 48, 52 e 54<sup>51</sup>. Embora não fosse necessário, já que se trata de dever anexo extraído do princípio da boa-fé, a opção legislativa justifica-se como política de afirmação dos direitos do consumidor, reconhecido enquanto sujeito vulnerável, enfatizando-se o dever de esclarecimento do fornecedor para garantir o equilíbrio material da relação jurídica<sup>52</sup>.

No processo civil, veremos que esse dever anexo decorrerá, a um só tempo, dos princípios da boa-fé e da cooperação, normas que objetivam o desenvolvimento da relação jurídica processual de maneira leal e colaborativa<sup>53</sup>. Impõe-se ao juiz conduzir um diálogo transparente entre os sujeitos do processo, esclarecendo,

---

<sup>49</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 605.

<sup>50</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, op. cit., p. 94.

<sup>51</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>52</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 88.

<sup>53</sup> Para Fredie Didier Jr., “O *dever de consulta*, também identificado como conteúdo do princípio da cooperação, é variante processual do *dever de informar*, aspecto do *dever de esclarecimento*, compreendido em sentido amplo.” (*Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, op. cit., p. 101)



consultando ou prevenindo as partes e seus advogados acerca de questões essenciais à solução do litígio<sup>54</sup>.

### 2.3.2.3. Dever de lealdade

O dever anexo de lealdade, criado pelo princípio da boa-fé, revela um comando de cooperação recíproca<sup>55</sup>. Considerada a relação jurídica em sua totalidade, como um processo direcionado à realização de fins determinados, os sujeitos devem observar um padrão de respeito mútuo, afastando-se os comportamentos desleais e contraditórios tendentes a desequilibrar a relação jurídica e a romper a confiança gerada na contraparte. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “a ‘lealdade’ em jogo transcende o respeito pelo contrato; corporiza, antes, parâmetros diversos do sistema que afloram a pretexto do contrato”<sup>56</sup>.

Naturalmente, em se tratando de um comando de cooperação, o dever de lealdade não impõe apenas condutas omissivas aos sujeitos da relação jurídica, no sentido de não criarem óbices ao cumprimento dos deveres principais, expressos na lei ou no contrato<sup>57</sup>. Inibe-se os comportamentos capazes de desequilibrar a relação jurídica ou de desviá-la dos seus objetivos. Contudo, a inércia dos sujeitos não basta ao princípio da boa-fé, que prescreve comportamentos colaborativos para garantir a marcha do processo obrigacional em direção à realização dos seus fins. Os deveres de lealdade, portanto, também são deveres de atuação positiva<sup>58</sup>. Como observa Menezes Cordeiro: “Esses deveres hão-de imputar-se à boa fé e não ao próprio contrato em si, quando não resultem apenas da mera interpretação contratual, mas antes das exigências do sistema, face ao contrato considerado.”<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> DIDIER Jr., Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 127, p. 77.

<sup>55</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 106.

<sup>56</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 615-616.

<sup>57</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 107.

<sup>58</sup> O dever de esclarecimento, por exemplo, impõe conduta ativa indispensável à transparência e ao equilíbrio da relação jurídica, portanto, sendo abrangido pelo dever de lealdade.

<sup>59</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 607.

No Código de Processo Civil, há previsão expressa do dever de lealdade, que impõe aos sujeitos processuais (partes e juiz) o dever de atuação conforme o padrão de ética e de cooperação essencial à instrumentalidade do processo (art. 14, II, CPC).

### **2.3.3. Função de norma limitadora ao exercício de direitos subjetivos**

A terceira função atribuída ao princípio da boa-fé é a de norma limitadora ao exercício de direitos subjetivos, comumente relacionada à categoria de *exercício inadmissível de direitos*. Sob essa ótica, objetiva impedir a atuação desleal, que viole a confiança e as expectativas geradas reciprocamente entre os sujeitos da relação jurídica. Segundo Anderson Schreiber, “trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos *standards* impostos pela cláusula geral”<sup>60</sup>.

Em síntese, ao integrar lacunas (função hermenêutica-integrativa), a boa-fé objetiva ora atua positivamente, criando deveres anexos (função de norma criadora de deveres jurídicos), ora atua negativamente, impedindo a realização de condutas que, embora formalmente de acordo com o ordenamento legal ou contratual, violam a confiança e provocam o desequilíbrio da relação jurídica (função de norma limitadora ao exercício de direitos subjetivos)<sup>61</sup>.

A função de norma limitadora conforma a atuação dos sujeitos ao padrão de correção e de lealdade imposto pelo princípio da boa-fé. Ainda que aparentemente lícitas, são vedadas as condutas contrárias a esse padrão, de modo que a relação jurídica revela-se disciplinada não apenas pelo programa legal ou contratual incidente no caso concreto, mas também pela própria dinâmica da relação jurídica, tornando cada sujeito responsável pelas expectativas geradas por seu comportamento objetivamente considerado.

---

<sup>60</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 89.

<sup>61</sup> Nesse sentido, Judith Martins-Costa: “Evidentemente, a função de criação de deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive de direitos formativos.” (*A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 454)

Ao analisar a função de norma limitadora, Teresa Negreiros observa que o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito se complementam, pois o exercício de um direito será abusivo quando gerar a quebra de confiança e a frustração de legítimas expectativas. A teoria do abuso de direito, segundo a autora, atua como parâmetro de valoração do comportamento dos sujeitos atuantes na relação jurídica. Em síntese: “o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica”<sup>62</sup>.

A teoria do abuso de direito está, portanto, diretamente relacionada com a função limitadora desempenhada pelo princípio da boa-fé. Por isso, Teresa Negreiros sugere que o art. 422 do Código Civil (“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”) seja interpretado em conjunto com o art. 187 do mesmo diploma (“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 bons costumes”)<sup>63</sup>.

O princípio da boa-fé é aplicado, assim, como limite ao exercício de direitos por seus titulares, como parâmetro para verificação de comportamentos abusivos. Ou seja, se o titular de um direito, cujo exercício seria lícito *a priori*, deixa de observar o padrão de conduta imposto pela boa-fé objetiva – por exemplo, com um comportamento contraditório que viole as expectativas legítimas geradas na contraparte –, sua atuação passa a ser considerada ilícita, configurando um abuso de direito<sup>64</sup>.

Foi essa função limitadora de direitos, especificamente, que originou a teoria dos atos próprios, por meio da qual se reconheceu “a existência de um dever por parte dos contratantes de adotar uma linha de conduta uniforme, proscrevendo a duplicidade de comportamento”<sup>65</sup>. E foi partir dessa função, desempenhada pela boa-fé objetiva, que se desenvolveram a proibição de comportamento contraditório

---

<sup>62</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 141.

<sup>63</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 140.

<sup>64</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 140-141.

<sup>65</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 142.

(*venire contra factum proprium*) e suas variações, objeto do presente trabalho e, portanto, de análise detalhada no próximo capítulo.

### 3. A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

#### 3.1. CONCEITO E FUNDAMENTO JURÍDICO

O princípio da boa-fé proíbe os comportamentos contraditórios e desleais nas relações jurídicas, não admitindo que a conduta anterior de um sujeito, que despertou confiança e justa expectativa, seja contrariada em prejuízo da contraparte. Trata-se da vedação ao *venire contra factum proprium*, traduzido como “o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”<sup>66</sup>.

A vedação ao *venire contra factum proprium* encontra fundamento na tutela da confiança, extraída da cláusula geral da boa-fé, que impõe o dever de lealdade recíproca entre as partes. A solidariedade social – valor consagrado no art. 3º da Constituição Federal de 1988 – também ampara a proibição de comportamento contraditório, porque destaca a importância do respeito aos interesses alheios, sentido ao qual é reconduzida a proteção da confiança<sup>67</sup>.

Como base legal da vedação ao *venire contra factum proprium*, Menezes Cordeiro identifica a *boa fé* enunciada no art. 334 do Código Civil português<sup>68</sup>, cujo texto normativo é bastante similar ao do art. 187 do diploma brasileiro<sup>69</sup>. Segundo o autor, as ideias de credibilidade, normalidade e equilíbrio, que orientam a proibição de comportamento contraditório, sempre estiveram associadas ao princípio da boa-fé, desde a remota *bona fides romana*<sup>70</sup>.

Enquanto expressão da boa-fé objetiva, a proibição de *venire contra factum proprium* dirige-se aos comportamentos contraditórios que violem a confiança

---

<sup>66</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 742.

<sup>67</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – teoria geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 475.

<sup>68</sup> “Art. 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 económico desse direito.”

<sup>69</sup> “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

<sup>70</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 760.

minimamente necessária às relações jurídicas, consistindo numa vedação genérica à deslealdade. Trata-se de regra que concretiza o princípio da boa-fé, porque objetiva tutelar a previsão de confiança gerada pela própria conduta, quando se cria, no *alter* ou em terceiros, a expectativa legítima de manutenção do comportamento assumido pelo titular de uma situação jurídica<sup>71</sup>.

### 3.2. A CONTRADIÇÃO PROIBIDA PELO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O *venire contra factum proprium* pressupõe dois comportamentos praticados pelo mesmo sujeito, lícitos em si e diferidos no tempo, de maneira que o primeiro – o *factum proprium* – é contrariado pelo segundo<sup>72</sup>. É um desvio de conduta em relação ao modo de comportamento assumido inicialmente pelo sujeito, com a quebra das expectativas legítimas geradas na contraparte<sup>73</sup>.

O *venire contra factum proprium* revela-se quando um sujeito, de forma que não vincule especificamente a sua conduta, manifesta a intenção de praticar determinado ato ou de abster-se em relação ao seu exercício, contrariando, em seguida, tal comportamento<sup>74</sup>. É interessante observar que o recurso à boa-fé decorre exatamente desta ausência de vinculação, pois, do contrário, bastaria recorrer-se ao cumprimento obrigacional, porquanto o comportamento contraditório consistiria em verdadeiro inadimplemento.

Assim, a vedação ao *venire contra factum proprium* acaba se destacando nas relações decorrentes de atos jurídicos inexistentes ou inválidos, ou seja, a contradição é reprimida apenas com fundamento na expectativa legítima criada na contraparte, o que mitiga eventuais argumentações relativas à inexistência ou à invalidade dos atos contrariados pelo sujeito<sup>75</sup>. Como esclarece Menezes Cordeiro,

---

<sup>71</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376, p. 110.

<sup>72</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 745.

<sup>73</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p., p. 146.

<sup>74</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 747.

<sup>75</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 749. Em sentido contrário, Judith Martins-Costa, para quem não se pode invocar a proibição de comportamento contraditório se o *factum proprium* for uma conduta inválida. (“A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 120)

se o *factum proprium* fosse um ato jurídico vinculante, violado pelo comportamento contraditório posterior, não seria necessária a aplicação do princípio da boa-fé, bastando invocar os pressupostos da responsabilidade obrigacional<sup>76</sup>.

O *factum proprium*, portanto, não configura uma conduta “juridicamente vinculante”, pois somente passa a condicionar o comportamento do exercente em razão da confiança que ele possa gerar na contraparte<sup>77</sup>. O que se exige deste comportamento inicial é a potencialidade fática e objetiva de transcender a esfera do seu titular, criando expectativas legítimas nos outros sujeitos quanto à sua conservação. Esta repercussão, embora não reconhecida formalmente pelo direito positivo, passa a ter relevância jurídica à medida que se fazem presentes os pressupostos para incidir a proteção da confiança, pela proibição de comportamento contraditório<sup>78</sup>. A propósito, arremata Anderson Schreiber: “Eis, aliás, o que há de mais sedutor no *nemo potest venire contra factum proprium*, e o que consiste na sua mais nobre função, qual seja, a de correção das injustiças provocadas pelo formalismo excessivo do sistema jurídico positivo.”<sup>79</sup>

Menezes Cordeiro noticia que surgiram duas fundamentações dogmáticas para explicar em que circunstâncias se proíbe o *venire contra factum proprium*: a) para as doutrinas da confiança, seria proibido quando violasse de modo inadmissível uma situação de confiança legítima gerada pelo *factum proprium*; b) para as doutrinas negociais, seria proibido em razão da vinculação do sujeito ao *factum proprium*, cuja violação representaria um descumprimento de negócio jurídico. O autor adverte, porém, que as teorias negociais encontram dificuldades práticas, pois a vedação ao *venire contra factum proprium* aplica-se exatamente aos casos em que não existe vínculo formal com o *factum proprium*, decorrendo a proibição de comportamento contraditório das construção em torno do boa-fé e do abuso de direito<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 746.

<sup>77</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 127.

<sup>78</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 131.

<sup>79</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 129-130.

<sup>80</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in eligendo*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 50-51.

De fato, se o direito positivo estabelece a vinculação do sujeito a determinada conduta, a proteção da confiança apresenta-se como um dado irrelevante para reprimir eventual comportamento contraditório, pois sua sanção já está expressa no ordenamento jurídico. Em muitos casos, é verdade que os vínculos previstos resultam da preocupação legislativa com a tutela da confiança, mas ela já se encontra presumida nas situações positivadas, tornando-se desnecessária a aplicação da regra de vedação ao *venire contra factum proprium* para proteger as expectativas legítimas da contraparte<sup>81</sup>.

A vedação ao *venire contra factum proprium* expressa de forma imediata a essência da obrigação de comportar-se conforme a boa-fé objetiva. A inadmissibilidade da contradição com a própria conduta se baseia na mesma exigência que impõe a manutenção da palavra (*pacta sunt servanda*). A concepção textual do vínculo deve ser substituída por uma concepção leal do vínculo – ao invés da letra, o espírito da obrigação. Constitui-se pela virtude da constância, da lealdade, mas não se confunde com o dever ético de verdade, nem pressupõe má-fé ou negligência culpável. Objetiva-se proteger a confiança gerada na contraparte pelo sujeito atuante, a quem se impõe a obrigação de não se afastar da significação que à própria conduta pode ser objetivamente atribuída<sup>82</sup>.

A vedação ao *venire contra factum proprium* não pretende, genericamente, estabelecer vínculos definitivos entre as pessoas e os comportamentos que elas assumem, pois o conteúdo desta modalidade de exercício inadmissível de direitos é definido em função da proteção da confiança. O que se quer, em verdade, é imputar ao sujeito a previsão de confiança gerada por sua conduta, sendo o fator relevante para a incidência do instituto a aquisição de uma situação jurídica pela contraparte,

---

<sup>81</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 126-128.

<sup>82</sup> WIEACKER, Franz. *El principio general de La buena fe*. Madrid: Civitas, 1977, p. 60-62, *passim*. Por oportuno, transcreve-se a conclusão do autor: “[...] No presupone necesariamente el que, de mala fe o con negligencia culpable, se cree una expectativa en la otra parte. La exigencia de confianza no es obligación de veracidad subjetiva, sino – como en la moderna teoría da la validez de la declaración de voluntad – el no separarse del valor de significación que a la propia conducta puede serle atribuido por la otra parte.” (*El principio general de La buena fe*, op. cit., p. 61)



não a mera repressão ao comportamento contraditório do titular do direito<sup>83</sup>. Por essa razão, “nem toda conduta contraditória constitui requisito suficiente para a invocação do princípio, nem há um dever de coerência absoluta que possa ser apreciado *in abstracto*”<sup>84</sup>.

A resistência à proibição de *venire contra factum proprium* decorreu desta concepção equivocada, que conduzia a “coerência” para o foco da discussão, como o valor a ser tutelado pelo instituto. Ocorre que, ao lado das normas que vedavam o comportamento contraditório, também estavam positivadas hipóteses em que ele era permitido, sendo mesmo razoável e legítima a sua admissão<sup>85</sup>. Por isso, considerava-se um contrassenso elevar ao status de norma a vedação ao *venire contra factum proprium*, já que os ordenamentos jurídicos permitiam, expressamente, a existência de condutas incoerentes. Finalmente, o impasse foi solucionado quando se buscou a essência da proibição de comportamento contraditório na proteção da confiança, situando seu fundamento normativo na cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no §242 do BGB alemão<sup>86</sup>.

Portanto, a contradição aos próprios atos apenas representa um modo por meio do qual se atenta contra a confiança. O objetivo da vedação ao *venire contra factum proprium* não é a manutenção da coerência em si, mas a repressão da quebra de expectativas legítimas despertadas no *alter*. Ausente a previsão de confiança motivada no outro pelo comportamento inicial do exercente, não há razão para incidir a proibição de comportamento contraditório<sup>87</sup>. Conforme Anderson Schreiber, “a tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que

---

<sup>83</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 756.

<sup>84</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 120.

<sup>85</sup> Como exemplos destas previsões normativas, os arts. 428, IV, 438, 791 e 1.969, todos do Código Civil brasileiro. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 72-74)

<sup>86</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 74-76.

<sup>87</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 90.

deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, *por meio* da incoerência”<sup>88</sup>.

A concretização da confiança ampara-se na ocorrência de um fato gerador de expectativas legítimas na contraparte, que adere a tal previsão, havendo um investimento de suas atividades em conformidade com o comportamento do exercente. Desse modo, o retorno das partes ao estado anterior, em razão do comportamento contraditório do titular da posição jurídica, provocaria uma situação de grande iniquidade para o confiante, sendo esta a justificativa para a proibição de *venire contra factum proprium*<sup>89</sup>.

Segundo Menezes Cordeiro, “o *factum proprium* impõe-se não como expressão da regra *pacta sunt servanda*, mas por exprimir, na sua continuidade, um factor acautelado pela concretização da boa fé”. O autor explica que a proibição de comportamento contraditório consiste numa reprovação aos exercícios inadmissíveis de direitos, concluindo que a ordem jurídica não objetiva a simples conservação das circunstâncias geradas pela conduta inicial, que sequer tem relevância em termos de vinculação. Busca-se, aliás, a proteção daquele que confiou, justificadamente, no comportamento do sujeito atuante<sup>90</sup>.

De acordo com o princípio da boa-fé, a contradição ao ato próprio independe da intenção do sujeito, pois a ilicitude de sua conduta emerge de circunstâncias objetivas, partindo da repercussão provocada na esfera jurídica alheia<sup>91</sup>. Observe-se que o comportamento contraditório apenas é vedado em razão da proteção da confiança, porque a ilicitude somente se configura quando podem ser frustradas as expectativas legítimas suscitadas pela posição inicialmente assumida pelo exercente. Como conclui Jose Puig Brutau, o fundamento desta norma está

---

<sup>88</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 95.

<sup>89</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 758-759.

<sup>90</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 769-770.

<sup>91</sup> Dessa forma, a culpa deixa de ser elemento do ato ilícito, o que marca a diferença entre o exercício irregular de situações jurídicas e a antiga figura do abuso de direito, influenciada pela concepção voluntarista de ilicitude. (MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 124-125)

estritamente relacionado à proteção da confiança depositada na aparência: representa um instrumento poderoso para aumentar o sentido de solidariedade e para dar coesão ao grupo social, pois cada membro vê refletido em seus próprios interesses o prejuízo que sua conduta poderia causar aos demais<sup>92</sup>.

Caso esta ilicitude fosse contemplada pelo direito positivo, sua sanção decorreria do próprio sistema, não havendo espaço para se invocar a proteção da confiança, assim como ocorre quando o *factum proprium* já é previsto como uma conduta juridicamente vinculante<sup>93</sup>, conforme ressaltamos acima. Por isso, a norma que veda o *venire contra factum proprium* apresenta “caráter residual”, haja vista que não incidirá quando o comportamento contraditório for expressamente reprimido pelo ordenamento jurídico<sup>94</sup>.

### 3.3. PRESSUPOSTOS DA PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

Humberto Ávila esclarece que o princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais quando o sujeito não está amparado por um direito adquirido ou por um ato jurídico perfeito, mas exerce a sua liberdade confiando na validade – ou na aparência de validade – de um ato jurídico e, em seguida, vê suas expectativas legítimas frustradas pela descontinuidade da vigência ou dos efeitos daquele ato. Nessa linha, o autor relaciona os pressupostos para a proteção da confiança: a) uma base da confiança, b) uma confiança nessa base, c) o exercício da referida confiança na base que a gerou, d) sua frustração por ato posterior e contraditório<sup>95</sup>.

Os pressupostos da proteção da confiança correspondem exatamente àqueles identificados para aplicação da regra que proíbe o *venire contra factum proprium*.

---

<sup>92</sup> BRUTAU, Jose Puig. *Estudios de derecho comparado – la doctrina de los actos propios*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951, p. 102 e 115.

<sup>93</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 137-139.

<sup>94</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 121.

<sup>95</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário – Entre Permanência, Mudança e Realização*. São Paulo: USP, 2009, p. 390.

Segundo Jose Puig Brutau, quando o comportamento de um sujeito se ampara na valoração racional dos atos alheios, o princípio da boa-fé exige que tais atos sejam considerados como uma base firme da conduta de quem neles depositou sua confiança. Por essa razão é que as consequências dos atos que justificam o comportamento do sujeito confiante não podem se alterar ao arbítrio daquele que gerou expectativas legítimas com sua conduta inicial<sup>96</sup>.

Para a aplicação da norma que veda o comportamento contraditório, destacam-se quatro pressupostos, objetivos e subjetivos, que visam à proteção da confiança gerada entre os sujeitos da relação jurídica: a) o *factum proprium*; b) a legítima confiança da contraparte quanto à manutenção deste comportamento; c) a conduta posterior, contraditória ao sentido objetivo do *factum proprium*<sup>97</sup>.

Em síntese, é estritamente objetiva a análise do comportamento quanto à criação de expectativas legítimas e à sua posterior contradição, sendo irrelevante verificar a intenção do sujeito atuante<sup>98</sup>. Segundo Judith Martins-Costa, “a inadmissibilidade do *venire* é produzida objetivamente, prescindindo do grau de consciência ou conhecimento que tenha tido o agente ao atuar, pois a proteção é a quem confiou, fundamentada, na primeira conduta, caracterizadora do *factum proprium*”<sup>99</sup>. Como ressalta Teresa Negreiros, “não se exige sequer que o comportamento impugnado se realize na sequência de um ato objetivamente indevido [...], bastando que se configure um desvio de conduta em relação à linha de atuação que aquele contratante vinha assumindo como padrão”<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> BRUTAU, Jose Puig. *Estudios de derecho comparado – la doctrina de los actos propios*, op. cit., p. 115.

<sup>97</sup> Há quem indique “o dano decorrente da contradição” como pressuposto para a vedação ao *venire contra factum proprium*. Não concordamos, porém, com este entendimento. O dano é pressuposto apenas da responsabilidade civil decorrente do comportamento contraditório, ou seja, será necessária a sua verificação caso se busque uma tutela reparatória. Para proibir a contradição, não se exige a ocorrência de prejuízo, tratando-se de uma tutela preventiva contra o ato ilícito. Proíbe-se o comportamento contraditório por violar a confiança entre os sujeitos da relação jurídica, independentemente da existência de dano. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 124; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 471)

<sup>98</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 761.

<sup>99</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 120.

<sup>100</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 146.

Todavia, embora a situação de confiança gerada seja integrada de forma objetiva – em função do que se apresente razoável para atrair a adesão de uma pessoa normal –, é indispensável que a contraparte adira, subjetivamente, à esfera de autorrepresentação do titular do direito. Logo, na proteção da confiança por meio da proibição de comportamento contraditório, existe a confluência de elementos objetivos (quanto ao exercente, porque indiferente sua intenção de violar a confiança gerada no outro) e subjetivos (quanto ao confiante, porque necessária sua crença quanto à manutenção da conduta praticada pelo titular do direito)<sup>101</sup>.

Nesse sentido, destaca-se Jose Puig Brutau, que fundamenta a vedação ao *venire contra factum proprium* na teoria da aparência. Segundo sustenta, na doutrina dos atos próprios, o julgador deve estar atento não à má-fé de quem há de ser paralisado pela proibição de comportamento contraditório, mas à boa-fé ou à confiança da outra parte, vale dizer, de quem confiou em uma aparência objetivamente imputável ao sujeito atuante. Trata-se, portanto, da proteção dispensada à confiança na aparência, à expectativa legítima de manutenção da conduta praticada originalmente<sup>102</sup>.

Teresa Negreiros ressalva que o princípio da boa-fé não pretende proteger toda e qualquer expectativa, mas apenas as que estiverem “devidamente fundadas em atos concretos (e não somente indícios) praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram confiar na manutenção da situação assim gerada”. Acrescenta que a contradição apenas será vedada pela boa-fé objetiva se não for justificável e, também, quando a quebra das expectativas geradas pelo comportamento inicial possa causar danos à parte confiante<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 759.

<sup>102</sup> BRUTAU, Jose Puig. *Estudios de derecho comparado – la doctrina de los actos propios*, op. cit., p. 107.

<sup>103</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 147. Em sentido semelhante, Jose Puig Brutau destaca o seguinte pressuposto de aplicação da norma: “[...] que sea base de la confianza de otra parte que haya procedido de buena fe y que, por ello, haya obrado de una manera que le causaría un perjuicio si su confianza quedara defraudada”. (*Estudios de derecho comparado – la doctrina de los actos propios*, op. cit., p. 112)

Finalmente, a definição desses pressupostos deverá ser apurada por meio do empenho da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência. A análise das circunstâncias concretas – como verificado quanto à criação dos deveres anexos – é imprescindível para delimitar os pressupostos de aplicação do princípio da boa-fé e, conseqüentemente, da vedação ao *venire contra factum proprium*<sup>104</sup>. É diante do caso concreto, portanto, que se poderá aferir a existência de expectativas legítimas em uma relação jurídica e o seu rompimento devido a comportamentos contraditórios praticados pelo mesmo sujeito em quem se confiou.

### 3.4. O *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* ENTRE A BOA-FÉ OBJETIVA E O ABUSO DE DIREITO

Como antecipamos no item 2.3.3, a função limitadora ao exercício de situações jurídicas subjetivas, desempenhada pelo princípio da boa-fé, está diretamente relacionada à teoria do abuso de direito<sup>105</sup>. Por essa razão, e considerando que a vedação ao *venire contra factum proprium* destaca-se como exemplo dessa função limitadora, interessa-nos delimitar os campos de atuação da boa-fé objetiva e do abuso de direito, situando o instituto nesses espaços para evitar imprecisões ou dúvidas terminológicas.

#### 3.4.1. O princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito

Menezes Cordeiro noticia que a expressão “abuso do direito” foi criada para denominar uma série de situações jurídicas nas quais os tribunais franceses, ainda na vigência do Código de Napoleão, apesar de reconhecerem o direito alegado pelo réu, o condenavam em razão do seu exercício irregular<sup>106</sup>. Desde a sua origem, o abuso de direito realiza uma função limitadora, ao considerar ilícitos comportamentos que, embora legitimados pela existência de um direito, ultrapassam os limites impostos pela esfera jurídica alheia. Nas palavras do autor, “impõe-se a

---

<sup>104</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 148.

<sup>105</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 140.

<sup>106</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 670-671.

ideia de firmar limitações aos comportamentos dos sujeitos através dos direitos próprios de cada um”<sup>107</sup>

O abuso de direito reprime comportamentos que, em princípio, seriam lícitos. Ocorre que o titular do direito, embora autorizado a exercitá-lo, excede os limites impostos por valores fundamentais do sistema<sup>108</sup>. O sujeito não aparenta contrariar a estrutura normativa, pois o direito lhe é formalmente garantido pelo ordenamento jurídico. Ofende, contudo, os valores materiais subjacentes à norma que cria o direito, porque viola o elemento ético essencial à licitude do seu exercício. Em suma, “no abuso do direito não há desafio à legalidade estrita de uma regra, porém à sua própria legitimidade, posto vulnerado o princípio que a fundamenta e lhe concede sustentação sistemática”<sup>109</sup>.

O abuso de direito representa, assim, um descompasso entre os fins previstos pelo ordenamento jurídico e os objetivos buscados pelo titular ao exercitar seu direito de maneira abusiva<sup>110</sup>. Portanto, a definição dos limites de atuação do sujeito dependerá do reconhecimento dos valores materiais que justificam a previsão do direito exercido, vale dizer, será variável de acordo com os fundamentos axiológicos que sustentam cada ordenamento jurídico: “abusa do direito quem o exerce de forma aparentemente regular, mas em contradição com os valores que o ordenamento pretende por meio dele realizar”<sup>111</sup>.

Segundo Eduardo Ferreira Jordão, “não há qualquer direito sendo exercido”, apenas uma conduta ilícita, a qual “possui uma espécie de capa de licitude que parece

---

<sup>107</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 683.

<sup>108</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de má fé, abuso do direito de ação e culpa in eligendo*, op. cit., p. 49-62, *passim*. Para o autor, o abuso de direito representa uma válvula do sistema, pois permite corrigir soluções que, fundadas numa visão exclusivamente formalista, seriam contrárias a valores fundamentais do ordenamento jurídico. (*Litigância de má fé, abuso do direito de ação e culpa in eligendo*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 63)

<sup>109</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 123.

<sup>110</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 124. Nesse sentido, o autor adverte que se deve ter reservas quanto ao brocardo positivista segundo o qual é juridicamente permitido tudo o que não for juridicamente proibido, “pois no perímetro que separa a afirmação da negação reside o abusivo”. (op. cit., p. 126)

<sup>111</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 114.

legitimá-la”. O ato abusivo, portanto, não se confunde com o “direito abusado” simplesmente por aparentar conformidade com o ordenamento jurídico. Em muitos casos, somente com uma análise cuidadosa das circunstâncias concretas, será possível identificar a ilicitude praticada. É comum, inclusive, que, em razão da aparência de licitude, o sujeito vítima do abuso tolere o ato praticado como um mal necessário, intrínseco à titularidade do direito pelo sujeito atuante, que se coloca em evidente situação de vantagem<sup>112</sup>.

O legislador brasileiro inspirou-se no direito português e adotou a concepção eclética do abuso de direito, prevista no art. 187 do Código Civil<sup>113</sup>. Conforme o dispositivo, “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 bons costumes”. No ordenamento jurídico brasileiro, então, os limites para que o exercício de um direito não seja considerado abusivo – logo, ilícito – serão definidos por sua finalidade econômica ou social, pelos bons costumes ou pela boa-fé.

Nesta análise, é nítida uma das funções exercidas pelo princípio da boa-fé, que atua como critério axiológico-material para a verificação do abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se da função de norma limitadora ao exercício de direitos subjetivos, eis que será considerado abusivo o exercício de um direito – sendo vedado, portanto – quando violar o padrão de comportamento ético determinado pela boa-fé objetiva. Como conclui Anderson Schreiber, “aqui, nada mais se tem que aquela terceira função que a dogmática germânica atribui a boa-fé: a de impedir ou inadmitir o exercício de um direito que lhe seja contrário”<sup>114</sup>.

Observe-se que a boa-fé objetiva, nesse contexto, concorre com outros elementos normativos para a definição legal do abuso de direito. A ilicitude será verificada se o exercício do direito exceder os limites impostos por qualquer dos três elementos – inclusive a boa-fé objetiva, cuja violação configurará um abuso de direito. Ou seja,

---

<sup>112</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 116-117.

<sup>113</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 117.

<sup>114</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 118.



além de observar os limites extraídos diretamente da previsão normativa – legal ou contratual – que fundamenta formalmente o seu direito, o sujeito exercente deverá respeitar os limites impostos pelo respectivo fim econômico ou social, pelos bons costumes e pela boa-fé objetiva, sob pena de cometer um ato ilícito se violar qualquer dessas limitações (abuso de direito)<sup>115</sup>.

Menezes Cordeiro, analisando o art. 334.º do Código Civil português, que inspirou o art. 187 do Código Civil brasileiro, observa que o dispositivo prevê limites ao exercício de direitos, que são impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo seu fim social ou econômico. Deduz, então, que os direitos têm ou podem ter um fim social ou econômico que limita o seu exercício de modo específico, o qual também está adstrito, de modo geral, ao padrão de comportamento determinado pela boa-fé e pelos bons costumes, independentemente do conteúdo próprio cada direito<sup>116</sup>.

Segundo Nelson Rosenvald, nosso Código Civil adotou a teoria objetiva finalista quanto à previsão do abuso de direito, porquanto o critério adotado “não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social”<sup>117</sup>, conforme reconhecido expressamente pelo Conselho da Justiça Federal em seu enunciado n. 37: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

Analisando-se o abuso de direito a partir da violação à boa-fé, torna-se ainda mais evidente o caráter objetivo do critério adotado em nosso ordenamento jurídico para a definição do ato abusivo. No campo da boa-fé, como já examinamos, reprimem-se os comportamentos que violem os padrões de lealdade e de confiança impostos aos sujeitos da relação jurídica, sendo irrelevante questionar se existe a intenção de prejudicar (culpa em sentido amplo). Logo, havendo violação a esses padrões, estará configurado o abuso de direito. Como conclui Eduardo Ferreira Jordão, “o abuso de direito é um ato ilícito porque contraria o dever de boa-fé imposto por uma norma do sistema jurídico, o princípio da boa-fé”<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 662.

<sup>116</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 661.

<sup>117</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 122.

<sup>118</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, op. cit., p. 102.

Não se pode, porém, confundir boa-fé objetiva com abuso de direito, tampouco se afirmar, aleatoriamente, que uma figura estaria abrangida pela outra. Anderson Schreiber adverte que a falta de uma definição consensual sobre quais critérios valorativos sustentam a noção de abuso de direito deu margem a construções ecléticas a respeito do instituto. Vincula-se ora à função econômica e social do direito, ora aos bons costumes, ora à boa-fé objetiva<sup>119</sup>. Todavia, não se confunde com qualquer dos três fundamentos axiológicos.

### 3.4.2. Enquadramento teórico do *venire contra factum proprium*

Em síntese, no direito positivo brasileiro, verifica-se a previsão do abuso de direito por violação à boa-fé, o que não abrange todas as formas de abuso nem revela todas as funções da boa-fé objetiva. Como observa Anderson Schreiber, boa-fé objetiva e abuso de direito são conceitos autônomos e distintos, mas não se excluem reciprocamente, vale dizer, “são círculos secantes que se combinam naquele campo dos comportamentos tornados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério da boa-fé”<sup>120</sup>.

Por um lado, o abuso de direito se apresenta mais amplo: impede o exercício de direito contrário não somente à boa-fé, mas também aos bons costumes e ao fim econômico ou social do direito, como dispõe o art. 187 do Código Civil. Poderá configurar-se o abuso de direito, pois, sem que tenha havido ofensa à boa-fé objetiva. Por outro lado, contudo, a boa-fé se apresenta mais ampla: além de reprimir os comportamentos contrários ao padrão de lealdade e de confiança, os quais configuram o abuso de direito (função limitadora), também atua como critério

---

<sup>119</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 115.

<sup>120</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 119. No mesmo sentido, Nelson Rosendal: “Não pretendemos de forma alguma afirmar que a boa-fé absorve o abuso do direito. [...] O que nos parece evidente é que, a par da necessária individualização de cada instituto – que, aliás, é o evidente intuito do novo Código Civil brasileiro –, há uma área que é comum a ambos.” (*Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 132)

interpretativo (função hermenêutica-integrativa) e impõe condutas essenciais ao equilíbrio da relação jurídica (função de norma criadora de deveres jurídicos)<sup>121</sup>.

O *venire contra factum proprium*, enquanto modalidade de exercício inadmissível de direitos, enquadra-se como uma espécie de ato abusivo, especificamente, aquela decorrente da violação à boa-fé objetiva<sup>122</sup>. Conforme demonstrado, o sujeito que se comporta de modo contraditório, contrariando as expectativas legítimas geradas por seus próprios atos, afasta-se do padrão de confiança e de lealdade imposto pelo princípio da boa-fé, configurando uma das hipóteses previstas no art. 187 do Código Civil. Trata-se de comportamento situado, portanto, na zona de interseção entre o abuso de direito e a boa-fé objetiva: o comportamento contraditório, embora aparentemente lícito, é abusivo por contrariar o princípio da boa-fé.

### 3.5. A EFICÁCIA DA VEDAÇÃO AO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

O princípio da boa-fé e a proibição de comportamento contraditório são instrumentos normativos de aplicação racional e lógica, capazes de temperar o formalismo que, em violação à confiança, desequilibra as relações jurídicas e subverte a materialidade que lhes é subjacente. Delimitar o modo como essas normas são aplicáveis, definindo sua eficácia, evita que se tornem fórmulas vazias, risco a que pode conduzir uma utilização banalizada dos princípios jurídicos.

Judith Martins-Costa destaca a necessidade de isolar a boa-fé como norma técnica dotada de um domínio de aplicação específico, porém alargado. Adverte que a boa-fé objetiva não deve ser vista simplesmente como uma norma de reenvio a padrões éticos, o que não a distinguiria do abuso de direito, de um juízo de equidade, de uma cláusula geral de exceção de dolo ou de conceitos similares. Desse modo, apenas seria ampliada a extensão dos poderes do juiz, não sendo viabilizado um juízo com base em um conteúdo substancial e específico<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 118-119.

<sup>122</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 119-120.

<sup>123</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 456.

Vistos os pressupostos para aplicação da norma que veda o *venire contra factum proprium*, interessa definir sua eficácia, os efeitos dela decorrentes. Nesse aspecto, identificam-se consequências de naturezas distintas, ora preventivas, ora repressivas. A proibição de comportamento contraditório, então, pode aplicar-se tanto para evitar a prática de atos desleais e lesivos à confiança nas relações jurídicas, como também, sob um viés reparador, para restabelecer o equilíbrio entre os sujeitos e sancionar aquele que violou o padrão de conduta prescrito pelo princípio da boa-fé.

Segundo Anderson Schreiber, a consequência primordial do instituto é impedir o exercício da conduta contraditória, ou seja, tornar inadmissível o comportamento posterior; mas também adverte que lhe deve ser atribuída uma outra consequência, secundária, igualmente importante, que é a de gerar o dever de reparar o prejuízo decorrente da contradição. O autor observa que é muito simbólico o fato de alemães e portugueses enquadrarem o *venire contra factum proprium* na categoria designada “exercício inadmissível de direitos”, ressaltando o caráter preventivo da norma que proíbe o comportamento contraditório<sup>124</sup>. Impedir a ruptura da confiança e o desequilíbrio nas relações jurídicas – ao invés de determinar a reparação de danos eventualmente causados – atende diretamente ao espírito da boa-fé objetiva, que assim se revela não apenas como norma eficaz, mas como norma eficiente quanto aos seus objetivos: “a confiança, de fato, somente resta eficientemente tutelada na hipótese de se obstar o comportamento que se dirigia à sua ruptura”<sup>125</sup>.

Por essa razão, tem-se a inadmissibilidade do *venire contra factum proprium* como a reação mais importante a esse tipo de comportamento desleal e contrário ao princípio da boa-fé. Contudo, há casos em que a contradição traidora de expectativas legítimas não pode ser evitada, decorrendo da boa-fé objetiva consequências de natureza reparadora, tendentes a reverter o desequilíbrio na relação jurídica e a proteger o sujeito que viu sua legítima confiança frustrada.

---

<sup>124</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 162.

<sup>125</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 164.

Impossível a prevenção, a eficácia da norma que proíbe o comportamento contraditório será reparadora ou repressiva.

Os efeitos da vedação ao *venire contra factum proprium*, nesse caso, serão análogos àqueles extraídos do art. 251 do Código Civil, segundo o qual “praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos” – ressalvando-se que não há que se falar em culpado na hipótese analisada. Note-se que a proibição de comportamento contraditório impõe uma obrigação de *não fazer*, específica, que veda a prática de condutas incoerentes com a atuação anterior do sujeito e que frustrem as expectativas legítimas geradas por ele no âmbito da relação jurídica. A reparação deverá privilegiar, sempre que possível, o desfazimento do ato ilícito e a reparação dos danos causados<sup>126</sup>.

O princípio da boa-fé processual – como será abordado mais especificamente adiante – apresentará sua eficácia repressiva ou reparadora por meio da preclusão, vale dizer, da perda de situações jurídicas pelos sujeitos processuais que se comportarem contraditoriamente. Todavia, também no âmbito do processo civil, recomenda-se que a proibição de comportamento contraditório seja aplicada sob uma perspectiva preventiva, preservando o caráter instrumental do processo e mantendo o equilíbrio da relação jurídica processual. Antes de determinar a perda de situações jurídicas (preclusão), interessa evitar as manobras desleais praticadas pelos sujeitos do processo.

No Direito Processual Civil, portanto, a eficácia preventiva da norma que veda o *venire contra factum proprium* também assumirá maior relevo. O desfazimento do ato praticado em contradição com a atuação anterior do sujeito ou a reparação dos prejuízos gerados (eficácia reparadora) não atenderão de maneira eficiente aos fins e à materialidade da relação jurídica processual. Conforme o princípio da boa-fé, o procedimento deve ser utilizado de forma instrumental, impedindo-se a prática de comportamentos contraditórios que tornem o processo – ferramenta para solução dos conflitos – mais importante que o bem da vida que compõe seu objeto litigioso.

---

<sup>126</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 169.

Enfim, a vedação ao *venire contra factum proprium* pode gerar consequências diversas, seja para impedir a ocorrência do comportamento contraditório, seja para reparar eventuais danos decorrentes da quebra da confiança<sup>127</sup>. O efeito preventivo, contudo, destaca-se como o mais importante, situando o *venire contra factum proprium* entre as modalidades de exercício inadmissível de direitos<sup>128</sup>. Para o presente trabalho, esse aspecto também apresenta maior relevo, uma vez que se pretende sustentar a inadmissibilidade de condutas desleais e contrárias à boa-fé objetiva pelos sujeitos da relação jurídica processual.

### 3.6. DERIVAÇÕES DA VEDAÇÃO AO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

#### 3.6.1. *Tu quoque*

A expressão *tu quoque* tem origem no célebre bordão “até tu, Bruto?”, tradução simplificada da versão em latim “*tu quoque, Brute, filii mei?*”. Essa teria sido a exclamação de espanto e de crítica proferida por Júlio César no momento do seu assassinato, no Senado de Roma, ao perceber que Bruto, seu filho adotivo, encontrava-se entre os conspiradores que o haviam traído.

Fiel ao sentido histórico, a fórmula extraída do princípio da boa-fé refere-se ao comportamento contraditório e desleal do sujeito que exerce um direito amparado em norma cuja incidência ignorou no passado, apenas por não lhe ser conveniente. Traduz uma vedação ao exercício de situação jurídica por aquele que, em momento anterior, violou o mesmo comando normativo que tenta impor à sua contraparte na relação jurídica. Logo, de acordo com o instituto, revela-se abusivo o exercício de um direito atribuído por norma já violada pelo sujeito atuante: não se admite que exija da contraparte a observância de comando que ele próprio havia contrariado<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Judith Martins-Costa adverte quanto à importância da distinção entre o ato ilícito e o fato danoso, de modo que o dever de indenizar apenas surge com o advento do segundo, não sendo, portanto, a única consequência que se extrai da ilicitude. (“A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 126)

<sup>128</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 155.

<sup>129</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 837.

Sobre o tema, define Anderson Schreiber: “Juridicamente, o *tu quoque* vem referido como o emprego, desleal, de critérios valorativos diversos para situações substancialmente idênticas. Trata-se de fórmula jurídica de repressão ao que, no vernáculo, se resume como ‘dois pesos, duas medidas’.”<sup>130</sup>

O *tu quoque* corresponde a uma valoração jurídica injusta, porque o sujeito exige a observância de uma norma pela contraparte, embora a tenha violado em momento anterior<sup>131</sup>. Confere tratamento desigual, do ponto de vista normativo, a situações materiais substancialmente idênticas: sua conduta afasta-se de um comando normativo determinado, mas a atuação da parte contrária deverá submeter-se àquele mesmo comando normativo violado por seu comportamento inicial. Há, portanto, “uma injustiça da valoração que o indivíduo confere ao seu ato e, posteriormente, ao ato alheio”<sup>132</sup>. Como sintetiza Teresa Negreiros, “atenta contra a boa-fé o comportamento inconsistente, contraditório com comportamento anterior, e, especificamente, que resulte em desequilíbrio entre os contratantes, na medida em que permita que contratantes igualmente faltosos sejam, não obstante, tratados de forma desigual”<sup>133</sup>.

O princípio da boa-fé, mais especificamente a proibição de comportamento contraditório, impede que o sujeito que contrariou determinada norma exercite em face da contraparte a situação jurídica que lhe foi atribuída pela norma violada. Vale dizer, aquele que não observou os seus deveres numa dada relação não poderá, sob pena de abuso, impor à outra parte os seus direitos, extraídos da mesma norma jurídica contrariada por sua conduta anterior<sup>134</sup>. Menezes Cordeiro destaca, como exercício abusivo de direito pelo sujeito que tenha violado determinada norma jurídica: a) aproveitar-se da situação jurídica decorrente dessa violação; b) exercer a

---

<sup>130</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 183.

<sup>131</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 142.

<sup>132</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 142.

<sup>133</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 143.

<sup>134</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 141.

situação jurídica em contradição com seu comportamento anterior; c) impor à contraparte o respeito à situação jurídica extraída da norma violada<sup>135</sup>.

Alguns dispositivos previstos na legislação brasileira refletem o espírito do *tu quoque*, sendo úteis para ilustrar o comportamento desleal que se busca reprimir. Contudo, como já ressaltamos, não será necessário, nesses casos, o recurso ao princípio da boa-fé, pois a repressão ao *tu quoque* decorrerá, diretamente, da previsão legal expressa.

Destacam-se os seguintes exemplos do Código Civil: a) “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”; b) “Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.”; c) “Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.”; d) “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”; e) “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

Recomenda-se que a vedação ao *tu quoque* seja aplicada de modo restrito às partes envolvidas numa dada relação; do contrário, as violações cometidas por um sujeito contra a ordem jurídica poderiam refletir infinitamente em qualquer esfera de atuação, cerceando-o de forma excessiva e desarrazoada<sup>136</sup>. Cumpre acrescentar, nesse aspecto, que tal generalização do instituto esvaziaria seu próprio conteúdo jurídico, concentrado na proteção da confiança da contraparte e no equilíbrio material das relações jurídicas.

---

<sup>135</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in eligendo*, op. cit., p. 60.

<sup>136</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in eligendo*, op. cit., p. 60.



O *tu quoque* deve ser compreendido à luz do princípio da primazia da materialidade, o qual não se realiza por meio de arranjos formais, mas somente com a efetivação dos valores materiais protegidos pela ordem jurídica. Considerando que a violação a uma situação jurídica perturba o equilíbrio material subjacente à relação, não seria admissível – exceto do ponto de vista meramente formal – impor à contraparte um comportamento como se tal violação não houvesse ocorrido. Segundo Menezes Cordeiro, “substancialmente, a situação está alterada, pelo que a conduta requerida já não poderá ser a mesma”<sup>137</sup>.

À semelhança do *venire contra factum proprium*, identifica-se no *tu quoque* a ideia de comportamento contraditório – especificamente, configurada pelo uso de critérios valorativos distintos para situações substancialmente equivalentes<sup>138</sup>. No *tu quoque*, a contradição não é verificada propriamente entre duas condutas, sendo a primeira contrariada pela segunda, mas na maneira como o sujeito atuante avalia, fundado no mesmo comando normativo, o seu comportamento e o comportamento do outro. Ao tempo em que flexibiliza a ordem jurídica para justificar uma conduta sua, enrijece-a para reprimir a conduta alheia, ambas materialmente semelhantes ou idênticas. E extrai direitos – que busca exercer em face da contraparte – da norma que havia violado com aquela flexibilização<sup>139</sup>.

O *tu quoque* deve ser compreendido, portanto, sob o prisma da tutela objetiva da confiança – segundo Anderson Schreiber, mais adequado à preocupação contemporânea com os reflexos sociais do comportamento. Efetivamente, adotar

---

<sup>137</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in eligendo*, op. cit., p. 60-61.

<sup>138</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 184.

<sup>139</sup> Sobre o *tu quoque* como espécie de *venire contra factum proprium*, escreve Menezes Cordeiro: “O *venire contra factum proprium* poderia, em leitura apressada, integrar o *tu quoque*: a pessoa que desrespeita um contrato e exige, depois, a sua observância à contraparte, parece incorrer em contradição. Essa integração pressuporia um alargamento prévio do *venire*, uma vez que, no *tu quoque*, a contradição não está no comportamento do titular-exercente em si, mas nas bitolas valorativas por ele utilizadas para julgar e julgar-se. Em qualquer dos casos, e dada a grande extensão já decelada no *venire*, nada impediria que o *tu quoque* lhe representasse um subtipo mais concreto, com especificidades bastantes para incluir princípios próprios.” (*Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 847)

uma concepção subjetiva do instituto – mais voltada à sanção da incoerência que à proteção da confiança – afastaria o *tu quoque* do *venire contra factum proprium*<sup>140</sup>.

Analisada a contradição presente no *tu quoque* pela perspectiva contratual, corresponde exatamente à fórmula da exceção do contrato não cumprido, não havendo necessidade, porém, de recorrer ao princípio da boa-fé para impedir o exercício abusivo de direitos nesse contexto. Novamente, embora a proteção da boa-fé integre o conteúdo da exceção do contrato não cumprido, não será ela o fundamento imediato para disciplinar a contradição verificada na conduta do contratante. A boa-fé objetiva poderia ser útil como reforço normativo, apenas para ampliar as possibilidades de incidência da exceção do contrato não cumprido<sup>141</sup>.

Na esfera contratual, o princípio da boa-fé desempenha função importante para a preservação do sinalagma, seja estabelecendo deveres anexos para manter o equilíbrio da relação jurídica, seja restringindo a exceção do contrato não cumprido aos casos em que se verifiquem perturbações sinalagmáticas materiais e não apenas formais<sup>142</sup>. Especificamente sobre o *tu quoque*, afirma-se que “a boa-fé objetiva atua como guardiã do sinalagma contratual, impedindo que o contratante que descumpriu norma legal ou contratual venha a exigir do outro que, ao contrário, seja fiel ao programa contratual”<sup>143</sup>.

Mas o princípio da boa-fé não só reforça, como também tempera, a norma que reprime esse tipo de comportamento contraditório, porque rejeita a exceção de contrato não cumprido fundada em aspectos meramente formais, que sequer teriam aptidão para romper o sinalagma. Nesse caso, o uso banalizado da exceção por uma das partes, esquivando-se de seus deveres sob argumentos exclusivamente formalistas, é que provocaria um desequilíbrio da relação material, uma violação ao sinalagma. Como conclui Menezes Cordeiro: “Basta, para tanto, que tal contraposição, embora conforme com os aspectos formais da atribuição

---

<sup>140</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 185.

<sup>141</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 847.

<sup>142</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 847.

<sup>143</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, op. cit., p. 143.

jussubjectiva, ultrapasse a realidade material de base, na sua nova compleição. Tente fazê-lo e pode-se contrapor-lhe a fórmula *tu quoque*: também ele cometeu prevaricação.”<sup>144</sup>

Analisando-se o *tu quoque* sob a ótica do sinalagma, seu fundamento está situado exatamente na ruptura do equilíbrio material entre as partes, provocada pelo comportamento do sujeito que violou deveres decorrentes da relação jurídica. Observe-se que o descumprimento de um dever por qualquer das partes é o que pode implicar a ruptura do sinalagma, desestabilizando a estrutura substancial da relação<sup>145</sup>.

Se essa estrutura, também chamada de “economia real”, for alterada em razão do descumprimento de deveres, o responsável não poderá invocar depois, em face da contraparte, aspectos formais e materiais da configuração original, como se nada houvesse mudado; se o fizer, o *tu quoque* servirá como limite à sua atuação contraditória<sup>146</sup>. Em suma: “Existe, antes, uma situação jurídica que, por força de um comportamento anterior do seu beneficiário, foi alterada, na sua configuração, por forma a não permitir actuações ao seu abrigo que, de outro modo, seriam possíveis.”<sup>147</sup>

Os sinalagmas, contudo, não representam a única situação material – subjacente às estruturas formais – cujo equilíbrio precisa ser preservado. O caráter dúplice dos direitos e deveres gerados pelo sinalagma torna mais nítido o campo de atuação do *tu quoque*, mas não o aprisiona à manutenção da “economia real” desses

---

<sup>144</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 852. Nesse sentido, Rafael Santos de Oliveira: “O exercício da *exceptio* se mostra inadmissível seja quando se possa reconduzir a uma dessas espécies típicas de exercício inadmissível, seja quando se apresenta, de um modo genérico, como abusiva.” (*Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2010, p. 146)

<sup>145</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 845. Situando o *tu quoque* nesse contexto, Judith Martins-Costa: “É justamente nesta perspectiva que se verifica a relação entre o sinalagma e a regra do *tu quoque*, considerado como especificação da boa-fé objetiva. Se o sinalagma traduz, como é bem verdade, a existência e a configuração dos deveres contrapostos, que devem manter posição de relativo equilíbrio entre si, a violação a uma das prestações nele implicadas caracteriza justamente *uma violação ao sinalagma* que está na estrutura essencial dos contratos bilaterais.” (*A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 465)

<sup>146</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 847.

<sup>147</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 850.

contratos<sup>148</sup>. Tudo o que se afirmou até aqui, portanto, aplica-se além do contexto sinalagmático.

Em qualquer relação, não se deve tolerar o comportamento contraditório daquele que pretende exercer direitos extraídos de uma ordem jurídica cuja estrutura material subjacente desequilibrou com sua conduta anterior. A posição do exercente assume os contornos da nova configuração gerada por seu comportamento, submetendo-se aos limites da boa-fé – mais especificamente, do *tu quoque* – a fim de se recuperar o equilíbrio causado na relação jurídica<sup>149</sup>.

Pode-se pensar, por exemplo, no descumprimento do dever de informação, dever anexo que não faz parte, a rigor, do sinalagma contratual<sup>150</sup>. Ao descumpri-lo, o sujeito poderá igualmente desconfigurar a materialidade subjacente à relação jurídica, desequilibrando-a. Também nesse contexto, o princípio da boa-fé, especificamente o *tu quoque*, poderá limitar ou mesmo proibir o exercício de um direito seu em face da contraparte. Deverá o sujeito atuante, portanto, adequar-se ao novo perfil imprimido por sua conduta à relação jurídica, da qual ele não poderá extrair os mesmos direitos como faria antes de cometer a violação.

### **3.6.2. *Suppressio (Verwirkung)* e *surrectio (Erwirkung)***

A *suppressio*, tradução latina da *Verwirkung* alemã, consiste na perda de uma situação jurídica em razão da inércia do seu titular, cujo comportamento omissivo tenha suscitado na contraparte a legítima expectativa de que não mais a exerceria. Segundo a doutrina de Menezes Cordeiro, “diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé”<sup>151</sup>. Em síntese, trata-se da “supressão de situações jurídicas específicas pelo decurso

---

<sup>148</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 847.

<sup>149</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 851.

<sup>150</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 847, nota 741.

<sup>151</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 797.

do tempo”<sup>152</sup>, fundada no princípio da boa-fé, “cujo efeito geral consiste na paralisação do exercício de um direito como meio sancionatório da deslealdade e da torpeza”<sup>153</sup>.

A expressão *Verwirkung* foi consagrada pela jurisprudência alemã, após a Primeira Guerra Mundial, para designar o exercício inadmissível de direitos em razão do seu retardamento desleal, que ensejava grave desequilíbrio entre as partes da relação jurídica contratual. O instituto surgiu como um contrapeso ao direito de correção monetária, que substituiu o princípio do nominalismo por ocasião da grande desvalorização do marco alemão no período pós-guerra. Com a *suppressio*, buscava-se proteger o devedor do exercício abusivo do direito de valorização pelos credores, cuja omissão na cobrança da dívida, por longo período, tornava exorbitante o montante devido em razão do alto índice inflacionário da época<sup>154</sup>.

No início de sua consagração jurisprudencial, a *suppressio* encontrou forte resistência doutrinária, embasada na suposta insegurança jurídica que poderia advir de sua utilização. Nesse contexto, foi sugerido seu enquadramento como forma de renúncia tácita ao direito não exercitado, criando-se uma ficção jurídica com base na inatividade do titular. Então, “o recurso à renúncia tácita serviu, durante algum tempo, para legitimar decisões judiciais proferidas em situações em que estaria vedada a fundamentação com base na boa-fé objetiva, notadamente considerando o dogma da autonomia da vontade consagrado pelo período revolucionário”<sup>155</sup>.

Todavia, não poderia a *suppressio* ser qualificada como renúncia, haja vista que sua aplicação resulta da análise objetiva de condutas, na qual não se afere a manifestação de vontade do titular do direito, fator essencial à configuração daquele

---

<sup>152</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – teoria geral*, op. cit., p. 476.

<sup>153</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 115.

<sup>154</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 801-802; SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 178-179.

<sup>155</sup> DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. “Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e *suppressio*”. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, ano 18, v. 71, julho/setembro de 2010, p. 213.

instituto<sup>156</sup>. Segundo Jose Puig Brutau, embora seja frequente a confusão entre os conceitos, a *suppressio* não corresponde a uma renúncia de direitos. Quando se trata de um caso de renúncia, ainda que seja manifestada de forma tácita ou que esteja implícita em certas condutas, verifica-se uma manifestação de vontade do titular do direito renunciado. Na *suppressio*, os efeitos não decorrem da vontade de abandono do direito, mas de uma norma jurídica – especificamente, da boa-fé objetiva –, o que pode ocorrer, inclusive, contra a vontade do próprio interessado. Não se trata, portanto, de uma renúncia tácita, razão pela qual, em nenhum caso de verdadeira doutrina dos atos próprios, será procedente a impugnação de erro<sup>157</sup>.

Com o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a *suppressio* foi reconduzida ao princípio da boa-fé, como derivação da vedação ao *venire contra factum proprium*. Como explica Menezes Cordeiro, “o titular do direito, abstendo-se do exercício durante certo lapso de tempo, criaria, na contraparte, a representação de que esse direito não mais seria actuado; quando, supervenientemente, viesse agir, entraria em contradição”<sup>158</sup>.

Contudo deve-se reconhecer que tal concepção não esteve isenta de críticas, principalmente sob o fundamento de que o traço essencial da *suppressio* seria o decurso do tempo, elemento ausente na vedação ao *venire contra factum proprium*, além de que o *factum proprium* não poderia consistir na simples inatividade do sujeito<sup>159</sup>. Atualmente, a *suppressio* é considerada como uma modalidade de exercício inadmissível de direitos por ofensa à boa-fé objetiva – para alguns, em razão da existência de um comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*)<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> RANIERI, Filippo. *Rinuncia Tacita e Verwirkung*. CEDAM: Padova, 1971, p. 29; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 806-807; SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 180.

<sup>157</sup> BRUTAU, Jose Puig. *Estudios de derecho comparado – la doctrina de los actos propios*, op. cit., p. 102.

<sup>158</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 807-809.

<sup>159</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 809.

<sup>160</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 810.

O *venire contra factum proprium* revela-se na ocorrência de comportamentos contraditórios, com a quebra da confiança suscitada pela conduta inicial do exercente. Na *suppressio*, a mesma realidade se exprime, destacando-se o decurso do tempo como componente do *factum proprium*, pois as expectativas despertadas na contraparte são pautadas na continuidade do comportamento inativo do sujeito, do não exercício de uma faculdade que ele possui<sup>161</sup>. Segundo Jose Puig Brutau, a regra de que ninguém pode contrariar seus próprios atos impõe que não é lícito fazer valer um direito em contradição com uma conduta anterior do seu titular, quando esta conduta, interpretada de boa-fé, justifica a conclusão de que o direito não existe ou não será exercitado<sup>162</sup>.

Considerando-se que a proibição de comportamento contraditório se funda na proteção da confiança gerada na outra parte – e não na vinculação voluntária do sujeito ao seu comportamento inicial –, o não exercício de um direito pode, sim, desempenhar o papel de *factum proprium*<sup>163</sup>. Desse modo, a *suppressio* deve ser reconhecida como uma subespécie da vedação ao *venire contra factum proprium*, na medida em que reprime a contradição à inatividade do titular de uma situação jurídica<sup>164</sup>.

A *suppressio* pauta-se no decurso do tempo sem o exercício de um direito, bem como em indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercitado por seu titular, sendo irrelevante a verificação de culpa ou de qualquer outro aspecto subjetivo quanto à sua inação<sup>165</sup>. Apenas o elemento temporal não é suficiente para configurar a *suppressio*, pois é necessário que o comportamento de uma das partes

---

<sup>161</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 813.

<sup>162</sup> BRUTAU, Jose Puig. *Estudios de derecho comparado – la doctrina de los actos propios*, op. cit., p. 111.

<sup>163</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 813. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim: “É pressuposto da *suppressio* um comportamento inicial omissivo que, em si, não seria ilícito. Aqui, o *factum proprium* seria uma conduta silenciosa (um não fazer). O que é apreendido juridicamente, entretanto, não é a conduta em si, mas a sua situação fática decorrente (a imagem de não exercício) que legitima a situação de confiança do outro. Esta imagem de não exercício pressupõe tempo.” (“Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e *suppressio*”, op. cit., p. 210)

<sup>164</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 183.

<sup>165</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 810-811.

tenha gerado na outra a impressão de que não mais faria valer uma posição jurídica, de modo que o seu exercício tardio enseje uma desvantagem injusta para o *alter*. Em síntese, na *suppressio*, o decurso do tempo é integrado pela conduta omissiva do titular do direito – que se comporta como se não o tivesse ou como se não quisesse exercitá-lo –, pela confiança gerada na contraparte e pelo desequilíbrio advindo do seu exercício superveniente<sup>166</sup>.

O verdadeiro fundamento da *suppressio* se encontra na tutela da confiança, porquanto a deslealdade reprimida não emerge do retardamento em si, mas da frustração das expectativas da contraparte, a qual acreditava que determinada posição jurídica não seria mais exercitada, tendo pautado suas atividades nesta previsão<sup>167</sup>. Na lição de Menezes Cordeiro, “a realidade social da *suppressio*, que o Direito procura orientar, está na ruptura das expectativas de continuidade da autorrepresentação praticada pela pessoa que, tendo criado, no espaço jurídico, uma imagem de não-exercício, rompe, de súbito, o estado gerado”<sup>168</sup>. Portanto, a essência do fenômeno não está na punição daquele que atuou em contradição com o seu comportamento anterior, mas em resguardar as expectativas legítimas dos demais sujeitos, suscitadas pelo não exercício do direito por seu titular<sup>169</sup>.

Se o objetivo da *suppressio* fosse, meramente, reprimir condutas contraditórias, o único parâmetro para sua aplicação seria o comportamento do exercente, de modo que o decurso do tempo receberia um tratamento generalizado, beneficiando não só os sujeitos confiantes. Entretanto, como o seu fim é a proteção da confiança, outros aspectos devem ser analisados, tais como o conhecimento da contraparte acerca da existência do direito não exercido, a inatividade enquanto fonte de expectativas legítimas e a repercussão que elas tenham alcançado na esfera do sujeito confiante. Em função destes fatores, o lapso temporal poderá implicar ou não a ocorrência da

---

<sup>166</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 810-811.

<sup>167</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 180.

<sup>168</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 813.

<sup>169</sup> “Se afirma que la base de la doctrina está en el echo de que se ha observado una conducta que justifica la conclusión o creencia de que no se hará valer un derecho. Se supone, pues, cierta conducta que induce razonablemente a la creencia de que el derecho no existe o no se hará efectivo.” (BRUTAU, Jose Puig. *Estudios de derecho comparado – la doctrina de los actos propios*, op. cit., p. 101-102)



*suppressio*, com o surgimento de posição jurídica ativa para a contraparte, levando à extinção do direito tardiamente exercido pelo titular<sup>170</sup>.

A *surrectio* (*Erwirkung*), por sua vez, constitui a própria vantagem adquirida pela contraparte com a consumação da *suppressio*. Em sentido próprio ou estrito, consiste na aquisição de uma permissão específica, de um direito subjetivo; em sentido amplo, trata-se de uma permissão genérica de atuação, da liberação dos limites antes impostos pela situação jurídica suprimida com base na boa-fé<sup>171</sup>. Dessa forma, o titular exercente tem o seu direito limitado, ou mesmo extinto, devido à incompatibilidade com o surgimento de novo direito na esfera jurídica do confiante<sup>172</sup>. Portanto, se a aplicação da boa-fé objetiva dá-se em função da proteção da confiança, assegurando a aquisição de posições jurídicas pela contraparte, a *suppressio* apenas representa a face oposta da *surrectio*, que é o verdadeiro corolário do princípio da boa-fé<sup>173</sup>.

De modo geral, as normas que fixam prazo para o exercício de posições jurídicas ativas promovem a adequação do Direito à efetividade social, por meio da influência do tempo nas relações jurídicas. Assim, como complemento ao direito positivo, orientadas pelo princípio da boa-fé, atuam a *suppressio*, extinguindo os direitos que já não correspondam à efetividade social, e a *surrectio*, criando direitos que já eram dotados de efetividade apesar de não reconhecidos juridicamente. Trata-se, pois, do influxo da efetividade social sobre as regulações jurídicas<sup>174</sup>.

Todavia, a regra é que a discrepância entre regulação jurídica e efetividade social seja resolvida em favor da primeira. Quanto ao influxo do tempo nas relações jurídicas, efetivamente, não se pode aceitar uma inversão de valores, no sentido de proibir o exercício de um direito concedido pela própria ordem jurídica. Por isso, doutrina e jurisprudência consideram a *suppressio* e a *surrectio* como figuras de utilização excepcional, pois os valores que regem sua atuação, apenas em situações

---

<sup>170</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 815.

<sup>171</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 821.

<sup>172</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 826.

<sup>173</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 824.

<sup>174</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 816.

especiais, são capazes de afastar aqueles subjacentes à constituição de um direito com base no ordenamento jurídico positivo<sup>175</sup>.

A incidência da *suppressio*, traduzida pela proibição de comportamento contraditório a um *factum proprium* omissivo, encontra óbice nos sistemas que regulam estreitamente os efeitos do tempo nas relações jurídicas, o que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de institutos como a prescrição e a decadência<sup>176</sup>. Nesse contexto, é importante questionar a possibilidade, no caso concreto, de ponderação entre os prazos positivados para a atuação de um direito e a aplicação da *suppressio*, enquanto vedação ao seu exercício tardio, com fundamento no princípio da boa-fé: seria razoável sustentar o surgimento de expectativa legítima baseada na omissão do titular de um direito cujo exercício esteja submetido a prazo fixado em lei?

De início, ressalta-se que a discussão não abrange somente aspectos relativos ao decurso do tempo, o que poderia causar perplexidade diante da ponderação de valores proposta. Na verdade, o que distingue a *suppressio* de institutos como a prescrição e a decadência é a sua finalidade, que não se limita a punir a inércia do titular do direito, mas objetiva resguardar a confiança gerada na contraparte por sua inatividade. Não se trata, pois, da substituição de prazo legal por lapso temporal variável conforme o caso concreto, à revelia da segurança jurídica. O princípio da boa-fé apenas entra em cena quando, ao decurso do tempo, sejam somados indícios objetivos de que uma posição jurídica não seria mais praticada por seu titular, de modo que o exercício superveniente frustrate a justa confiança gerada no *alter*<sup>177</sup>. Segundo Jose Puig Brutau, apesar de não haver prescrito determinado direito, deve-se determinar se o seu exercício é compatível com a boa-fé objetiva,

---

<sup>175</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 818-819. Em outra passagem, afirma o autor português: “No que toca ao seu relacionamento com outros remédios jurídicos, a *suppressio* é, por fim, apontada como saída extraordinária, insusceptível de aplicação sempre que a ordem jurídica prescreva qualquer outra solução. Tem, pois, natureza subsidiária.” (op. cit., p. 812)

<sup>176</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 183.

<sup>177</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 185.

considerando-se o fato de que o titular do direito, com sua inatividade, tenha criado uma aparência em que se amparam interesses dignos de proteção<sup>178</sup>.

Portanto, é perfeitamente concebível a coexistência harmônica entre a *suppressio* e a previsão legal de prazos para o exercício de posições jurídicas, como os prazos de prescrição e decadência<sup>179</sup>. No caso concreto, haverá uma ponderação entre a *segurança jurídica*, valor que justifica a existência dos prazos legais, e a *proteção da confiança*, na qual a *suppressio* encontra seu fundamento<sup>180</sup>. Como arremata Anderson Schreiber, “pode-se dizer mesmo que a principal função da *Verwirkung*, nos ordenamentos que a admitem, é justamente a temperância do rigor dos prazos legais, em geral longos porque integrantes de codificações promulgadas ou concebidas em épocas de menor dinamismo e celeridade”<sup>181</sup>.

Acompanhando a difusão do princípio da boa-fé objetiva, a *suppressio* foi estendida a outros ramos do Direito, mas continua controvertida sua utilização em paralelo às formas tradicionais de repercussão do tempo nas relações jurídicas<sup>182</sup>. Em particular, o presente estudo busca examinar a aplicação do princípio da boa-fé ao processo civil, inclusive, sustentando a existência da *suppressio* processual, figura que corresponderia à preclusão de poderes processuais em razão do seu não exercício por lapso temporal que suscite nos demais sujeitos do processo a justa expectativa de que não mais seriam exercitados.

---

<sup>178</sup> BRUTAU, Jose Puig. *Estudios de derecho comparado – la doctrina de los actos propios*, op. cit., p. 118.

<sup>179</sup> Observe-se que as condutas que podem implicar suspensão ou interrupção de prazos prescricionais ou decadenciais também irão interferir na consumação da *suppressio*, pois refletem a intenção do sujeito no sentido de exercer os direitos que titulariza. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 812)

<sup>180</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – teoria geral*, op. cit., p. 478.

<sup>181</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 183. A propósito, concluem Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim: “Por isso, é plenamente possível que se irradie a *suppressio* quando ainda pendente o prazo prescricional concernente a um determinado direito a uma prestação (depois de operada a prescrição, sequer haveria, em princípio, utilidade de verificar a incidência do princípio da boa-fé).” (“Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e *suppressio*”, op. cit., p. 213)

<sup>182</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 802.

### 3.6.3. Inalegabilidade de invalidades

Outra importante derivação da proibição de comportamento contraditório se revela, de modo específico, no campo das invalidades. Aqui se reprime a conduta que, amparada num vício de forma, contraria a substância da relação jurídica e atenta contra o princípio da boa-fé. Na síntese de Menezes Cordeiro: “Entre os factores que podem tornar o exercício de um direito contrário, manifestamente, aos limites impostos pela boa fé está o envolver esse direito, perante outra pessoa, numa nulidade formal.”<sup>183</sup>

A princípio, a inalegabilidade de invalidades era aplicada aos casos em que se verificava que o sujeito havia causado um vício de forma e, posteriormente, aproveitava-se dele em detrimento da contraparte. Utilizando um exemplo limite, podemos pensar no sujeito: a) que induz o outro a celebrar um contrato sem a observância das formalidades legais, b) que se beneficia com esta relação jurídica e c) que, à sua conveniência, posteriormente, alega o vício de invalidade para liberar-se de seus compromissos diante da contraparte<sup>184</sup>.

Num segundo momento, apenas se exigia que o sujeito que se aproveitou do vício de forma houvesse atuado com negligência (culpa) quando da celebração do negócio jurídico. Mais adiante, o óbice à alegação de invalidade não mais dependeria da culpa, sendo aplicado aos casos em que se constatasse a violação ao princípio da boa-fé, vale dizer, quando o sujeito abusasse do seu direito, desequilibrando a relação jurídica, ao alegar um vício de forma<sup>185</sup>.

Historicamente, a evolução do Direito caminha no sentido de superação do formalismo estrito, priorizando as soluções materiais, ou melhor, a preservação da materialidade subjacente às relações jurídicas<sup>186</sup>. Não se nega a importância da forma – que, se bem utilizada, convive em perfeita harmonia com a boa-fé –, mas se adverte sobre a inversão de valores que faz a forma do ato sobrepujar a sua

---

<sup>183</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 794.

<sup>184</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 771-772

<sup>185</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 775-776.

<sup>186</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 772.

substância, tornando-a instrumento de manipulação e de desequilíbrio da relação jurídica. Por essa razão, entende-se que “a solução mais perfeita para suprimir os inconvenientes da nulidade seria, como se adivinha, a manutenção do acto nulo por vício de forma, ainda que numa saída *contra legem*.”<sup>187</sup>

A aplicação do princípio da boa-fé para proibir a alegação de invalidades não é aleatória; há de se verificar a presença de requisitos determinados. Segundo Menezes Cordeiro, é fundamental uma análise sob dois aspectos: a relação dos sujeitos com o vício de forma e as consequências suportadas pela parte em face de quem se alega a invalidade<sup>188</sup>.

O sujeito que pretende invalidar um negócio jurídico, por exemplo, deve desconhecer o vício formal no momento de sua celebração, ou seja, deve estar de boa-fé (aqui entendida como boa-fé subjetiva, estado de fato psicológico). Quanto à contraparte, também deve desconhecer o vício formal para que a invalidade do negócio jurídico seja obstada. Naturalmente, se for evidente o vício que macula o ato, é razoável que os contratantes corram o risco de verem decretada a sua invalidade. Ademais, para que a invalidade seja inalegável, seus efeitos devem ser insuportáveis para a contraparte, por ter ela realizado um investimento de confiança, desenvolvendo uma atividade importante em função do negócio jurídico celebrado<sup>189</sup>.

Além da relação existente entre o vício de forma e os sujeitos da relação jurídica, é preciso analisar o sistema de invalidades previsto pelo ordenamento respectivo. Exige-se que, no caso concreto, não haja proibição quanto ao afastamento da norma que impõe a formalidade do ato jurídico. A figura da inalegabilidade de invalidades somente será aplicada se não houver alternativa, apresentando, portanto, natureza

---

<sup>187</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 773. Sobre o tema, Nelson Rosendal: “Em vista da aplicação do princípio da conservação do negócio jurídico, o art. 170 do Código Civil de 2002 introduz o modelo da conversão substancial do negócio jurídico como alternativa concedida às partes de superação da nulidade e preservação da finalidade do negócio jurídico.” (*Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 141)

<sup>188</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 783.

<sup>189</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 783-784.

subsidiária<sup>190</sup>. Em suma, o afastamento das disposições sobre a forma dos atos jurídicos, com fundamento na boa-fé objetiva, “justifica-se apenas em casos extremos e excepcionais”<sup>191</sup>.

Em síntese, com fundamento no princípio da boa-fé, Nelson Rosenvald enumera os requisitos para impedir a alegação de invalidades: a) a boa-fé subjetiva por parte de quem queira fazer valer a inalegabilidade, no sentido de não conhecer o vício quando da realização do ato jurídico; b) a insuportabilidade dos efeitos da invalidação do ato para o sujeito que investiu a sua confiança na prática de uma atividade importante; c) a inexistência de disposição legal que afaste a inalegabilidade; d) a inexistência de outra solução para o caso concreto, sendo o remédio utilizado de forma subsidiária<sup>192</sup>.

A busca pela conservação da relação jurídica – originada de um ato formalmente defeituoso – é mais uma variante da vedação ao *venire contra factum proprium*<sup>193</sup>. Aqui, o comportamento contraditório revela-se na alegação da invalidade pelo próprio sujeito: a) que deu causa ao vício de forma (independentemente de culpa) ou b) que iniciou o cumprimento dos seus deveres e o exercício dos seus direitos como se fosse perfeito o ato jurídico que originou sua relação com a contraparte.

Na inalegabilidade de invalidades, portanto, tem-se por *factum proprium* duas situações, que não são necessariamente cumulativas. A primeira se verifica na celebração de um negócio jurídico defeituoso, cujo vício formal é imputável ao sujeito, independentemente de culpa. A segunda se verifica na atuação do sujeito, causador ou não do vício formal, que conduz a relação jurídica como se fosse perfeito o negócio que a originou, inclusive, exercendo em face da contraparte os direitos decorrentes do ato defeituoso.

---

<sup>190</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 784.

<sup>191</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 781.

<sup>192</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 140-141.

<sup>193</sup> De acordo com Menezes Cordeiro, “as mesmas razões extra-jurídicas que se viu militarem no sentido da proibição de *venire contra factum proprium* incitam, na sociedade, ao cumprimento dos negócios livremente celebrados, ainda que sem observância da forma legal”. (*Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 771)

É o que escreve Franz Wieacker: atualmente, aceita-se que são casos de aplicação do *venire contra factum proprium a suppressio* e a inadmissibilidade de invocação de determinados vícios de forma. A nota particular da *suppressio* é que a conduta prévia a imputar é uma inatividade verificada por um período de tempo capaz de gerar expectativas legítimas na contraparte. A inadmissibilidade da invocação do vício de forma pressupõe uma conduta prévia do sujeito atuante, que ocasionou, de modo não necessariamente imputável, o vício de forma em questão ou que manifestou a execução do contrato mediante o começo do seu cumprimento<sup>194</sup>.

Contudo, há particularidades do sistema de invalidades que tornariam questionável o enquadramento da inalegabilidade como espécie de vedação ao *venire contra factum proprium*. Em determinadas hipóteses, nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade de alegação do vício de forma por terceiros ou mesmo seu reconhecimento de ofício pelo juiz. É o que está previsto, por exemplo, no art. 168 do Código Civil<sup>195</sup>. Observe-se que estes sujeitos não teriam praticado qualquer conduta anterior que pudesse ser contrariada pela alegação de invalidade, vale dizer, não teriam praticado o *factum proprium*.

Segundo Menezes Cordeiro, “a hipótese pode ser ampliada sem dificuldades”, devendo-se admitir uma “inalegabilidade geral”. Segundo o autor, não faria sentido obstar a alegação do vício de forma pelo sujeito da relação jurídica e permitir a invalidade do ato por iniciativa de terceiros ou do magistrado<sup>196</sup>. Como demonstrado linhas atrás, o foco da vedação ao *venire contra factum proprium* está na proteção da confiança daquele que acreditou na estabilidade da relação jurídica e que realizou investimentos em razão de suas expectativas legítimas.

Portanto, a origem da alegação do vício formal nem sempre é o dado mais relevante, já que a não invalidação do ato tem por finalidade preservar a relação

---

<sup>194</sup> WIEACKER, Franz. *El principio general de La buena fe*, op. cit., p. 62.

<sup>195</sup> “Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.”

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.”

<sup>196</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 788.

jurídica e o equilíbrio entre os seus sujeitos. O fato de que alguns vícios podem ser alegados por sujeitos estranhos à relação jurídica não descaracteriza a inalegabilidade como espécie de vedação ao *venire contra factum proprium*, justamente porque o princípio da boa-fé busca proteger o sujeito confiante – ao invés de apenas proibir, repita-se, a contradição em si.



## 4. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ AO PROCESSO CIVIL

### 4.1. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

Embora o desenvolvimento da boa-fé objetiva nos remeta ao campo das obrigações e dos contratos, a aplicação deste princípio não está adstrita ao direito privado, estendendo-se, também, à análise da relação jurídica processual. Como anota Fredie Didier Jr., “a consagração do princípio da boa fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa fé do direito privado ao direito público”.

É interessante sublinhar, mais uma vez, a ideia de que a obrigação se desenvolve como um processo, polarizado pelo adimplemento, que é o fim que orienta a dinâmica da respectiva relação jurídica e, sobretudo, o comportamento dos sujeitos envolvidos<sup>197</sup>. Neste contexto, a relação obrigacional passou a ser informada por valores que imprimem a essência de um *devido processo legal* às relações privadas, destacando-se a necessidade de cooperação e de lealdade entre os sujeitos da obrigação, o que proporcionou terreno fértil para o desenvolvimento da boa-fé objetiva<sup>198</sup>.

A ideia de obrigação como processo é essencial à expansão do princípio da boa-fé para o Direito Processual Civil. Perceber a relação obrigacional enquanto relação jurídica dinâmica, que exige uma atuação leal e colaborativa dos sujeitos atuantes para a realização dos seus fins, é o ponto de partida para essa expansão. O mesmo cenário verificado no direito privado, que propiciou o desenvolvimento da boa-fé objetiva, revela-se no âmbito do processo civil. Segundo Fredie Didier Jr., esta noção de “processo obrigacional” revela um traço comum entre a obrigação e o processo jurisdicional, já que ambos traduzem uma complexidade de atos

---

<sup>197</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 48. Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva, “é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo”. (*A obrigação como processo*, op. cit., p. 21)

<sup>198</sup> “A boa-fé objetiva é noção do novo paradigma do direito obrigacional em que se supera o paradigma tradicional, fundado exclusivamente na valorização da vontade humana, para sublinhar o caráter dinâmico e processual da relação obrigacional (obrigação como processo).” (DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. “Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e *suppressio*”, op. cit., p. 208)

organizados para a concretização de um determinado fim, portanto, podendo ser considerados espécies do gênero “processo”<sup>199</sup>.

Efetivamente, a relação jurídica formada entre os sujeitos do processo também precisa ser conduzida de acordo com o padrão de comportamento ético imposto pelo princípio da boa-fé. Como ressalva Menezes Cordeiro, “nenhuma posição jurídico-subjectiva está imune a uma sindicância, no momento do seu exercício, feita à luz dos valores fundamentais do ordenamento em causa”<sup>200</sup>. Não haveria razão, portanto, para que o exercício das situações jurídicas processuais fossem consideradas imunes ao princípio da boa-fé.

Constatando-se a existência de uma relação jurídica no âmbito do processo civil (sobretudo entre partes e juiz), que visa a alcançar determinado fim (solução do litígio), naturalmente, seu desenvolvimento estará sujeito a comportamentos abusivos, tendentes ao desequilíbrio dessa relação e ao desvio de seus objetivos materiais. Aliás, em se tratando de uma relação jurídica cujos sujeitos são verdadeiros oponentes – ao menos no que diz respeito às partes entre si –, existe razão ainda maior para se preocupar com comportamentos desleais que afastem o processo de sua finalidade instrumental<sup>201</sup>.

O emprego da boa-fé subjetiva ao processo civil, em termos de litigância de má-fé, não é capaz de impedir o exercício inadmissível de posições jurídicas pelos sujeitos processuais, porque a inobservância do padrão de comportamento imposto somente se torna relevante se verificada a intenção do sujeito, o que propicia amplo espaço para a prática de condutas desleais<sup>202</sup>. A consagração da boa-fé objetiva representa

---

<sup>199</sup> DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, op. cit., p. 102.

<sup>200</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in eligendo*, op. cit., p. 85.

<sup>201</sup> Considerando indiscutível a aplicação da boa-fé objetiva ao processo civil, Menezes Cordeiro: “Nestas condições a aplicação da boa fé e do abuso de direito aos domínios processuais civis não oferece quaisquer dúvidas. Desde logo assim sucede no plano substancial do processo. As acções judiciais intentadas contra a confiança previamente instilada ou em grave desequilíbrio, de modo a provocar danos máximos a troco de vantagens mínimas, são abusivas: há abuso do direito de acção judicial. Mas também no plano puramente técnico a matéria do abuso pode surgir. Tal sucederá sempre que as actuações puramente processuais defrontem, nos parâmetros apontados, o princípio da boa fé.” (*Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in eligendo*, op. cit., p. 92)

<sup>202</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 169.

a superação da concepção subjetivista de relação jurídica processual, possibilitando a vedação de condutas desleais sem qualquer consideração relativa à má-fé ou ao dolo do sujeito atuante, de modo que a boa-fé processual evoluiu de uma análise subjetiva e voluntarista para a proteção objetiva da confiança<sup>203</sup>.

Como analisamos no item 2.1, a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva não se confundem, sequer representam espécies do mesmo gênero. Boa-fé objetiva é norma – especificamente, princípio – que estabelece um padrão de comportamento ético a ser observado pelos sujeitos da relação jurídica. Boa-fé subjetiva é fato, refere-se ao estado de consciência do sujeito sobre determinada realidade, estado segundo o qual ele poderá atuar *com* boa-fé ou *com* má-fé. A distinção, logicamente, aplica-se ao estudo do princípio da boa-fé processual (boa-fé objetiva), que proíbe, dentre outros atos ilícitos, a litigância de má-fé (sem boa-fé subjetiva).

Segundo Fredie Didier Jr., o princípio da boa-fé processual é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas no processo, que podem ser classificadas como “abuso do direito” processual e que independem da verificação de má-fé. Com maior razão, os atos processuais praticados com má-fé (sem boa-fé subjetiva) são também proibidos por este princípio (boa-fé objetiva). Sobre a relação entre boa-fé processual objetiva e subjetiva, conclui: “o princípio é o da boa fé processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir *com* má fé”<sup>204</sup>.

A boa-fé objetiva, “resultante das exigências globais do sistema e que transcende em muito as margens estreitas da litigância de má fé”<sup>205</sup>, passa a ser utilizada como instrumento de regulação da relação jurídica processual. Como será analisado adiante, a aplicação deste princípio ao processo civil encontra fundamento constitucional na cláusula do devido processo legal, relacionando-se estreitamente com os princípios do contraditório e da cooperação entre os sujeitos processuais.

---

<sup>203</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 126, p. 78.

<sup>204</sup> DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, op. cit., p. 85-86.

<sup>205</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in eligendo*, op. cit., p. 93.

#### 4.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL: O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A cláusula do devido processo legal, prevista no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, abriga uma norma-síntese, da qual podem ser extraídos todos os demais princípios e garantias processuais, que, a rigor, não precisariam estar explícitos no texto constitucional. É nesta cláusula geral, pois, que o princípio da boa-fé encontra fundamento para incidir na relação jurídica processual, apresentando-se como um padrão de conduta leal e de colaboração a ser seguido pelos sujeitos do processo.

Embora a ética processual não tenha sido determinada expressamente pela Constituição Federal, a consideração do contraditório como fonte de deveres processuais – que também deriva do princípio do devido processo legal – determina o alicerce constitucional para a aplicação da boa-fé objetiva ao processo civil<sup>206</sup>. Dessa forma, a conduta dos atores processuais deve estar pautada nos padrões de ética, correção e lealdade, aferidos em seu contexto histórico-social, podendo-se mesmo falar em um *dever geral de comportamento conforme a boa-fé objetiva*.

O devido processo legal propõe a realização de um processo civil *de meios e de resultados*, estabelecendo garantias relativas ao procedimento e ao exercício de posições jurídicas pelos sujeitos processuais, com o objetivo de viabilizar a efetividade das decisões judiciais e, em última instância, do direito material tutelado<sup>207</sup>. Processo devido, portanto, é o processo concretizador, que se revela como instrumento de efetivação de direitos e legitimador da atividade jurisdicional, não servindo como um artifício para conduzir as relações de poder subjacentes à relação jurídica processual. Como pondera Brunela Vieira de Vincenzi, “a limitação ao exercício de posições jurídicas pelas partes na relação processual contribui para a concretização dos escopos da jurisdição e, também, confirma a garantia do devido processo legal, com a prestação da tutela jurisdicional de forma adequada e tempestiva”<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 67.

<sup>207</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 47.

<sup>208</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 49.

A atuação abusiva e desleal que obsta a efetividade da prestação jurisdicional, frequentemente, está apoiada em institutos previstos no próprio ordenamento jurídico, tornando-se mais difícil reprimi-la em razão da aparente licitude de que se revestem tais condutas. Todavia, à luz da boa-fé objetiva, não se pode aceitar que um sujeito surpreenda os demais com alegações que, embora formalmente fundamentadas, sejam contrárias aos princípios de proteção da confiança e de lealdade que devem informar a relação jurídica processual.

De acordo com Brunela Vieira de Vincenzi, o princípio da boa-fé processual gera, num primeiro momento, a presunção de comportamento leal e cooperativo entre os sujeitos do processo, o que contribui para a marcha avante do procedimento e para a eficácia das decisões judiciais. Sob uma segunda perspectiva, a autora compreende a boa-fé objetiva como fonte criadora de deveres de cooperação e de colaboração e como norma limitadora do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais<sup>209</sup>.

Finalmente, é neste cenário que o princípio da boa-fé, associado ao contraditório e à cooperação entre os sujeitos processuais, ampara-se na cláusula do devido processo legal, imprimindo conteúdo ético ao processo civil, ao reprimir o exercício inadmissível de poderes processuais, representado por comportamentos contraditórios e desleais dos participantes desta relação jurídica.

#### 4.3. A BOA-FÉ OBJETIVA, O CONTRADITÓRIO E A COOPERAÇÃO ENTRE OS SUJEITOS PROCESSUAIS

O princípio da cooperação prestigia o diálogo e o equilíbrio, estabelecendo deveres recíprocos entre os participantes da relação jurídica processual, a fim de que todos colaborem para se alcançar a solução do litígio<sup>210</sup>. Trata-se de princípio intimamente ligado à boa-fé objetiva e à proteção da confiança, na medida em que se contrapõe a um debate processual obscuro, contrário ao dever de lealdade entre os sujeitos do processo e, por conseguinte, ao devido processo legal. Processo devido é processo

---

<sup>209</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 24.

<sup>210</sup> DIDIER Jr., Fredie. "O princípio da cooperação: uma apresentação", op. cit., p. 76.

sem surpresas, sem “cartas na manga”, informado por uma relação jurídica clara, que proporciona a ampla defesa e a efetiva possibilidade de as partes influenciarem nas decisões judiciais, bem como evita a decretação de nulidades processuais<sup>211</sup>.

A legitimação do poder jurisdicional decorre do procedimento participativo, de modo que os sujeitos que sofrerão as consequências dos atos decisórios tenham a possibilidade de influenciar no resultado do conflito. Esta participação é promovida pelo princípio do contraditório, aplicado por meio do binômio *informação-reação*, segundo o qual o sujeito tem o direito de ser cientificado de todos os atos processuais para que a eles possa se opor, evitando o surgimento de situações jurídicas desfavoráveis. Apesar de sua importância, esta perspectiva revela uma visão individualista do processo, justificando o contraditório, exclusivamente, com base no interesse dos litigantes<sup>212</sup>.

Embora represente uma garantia processual – que assegura o *direito de influência* das partes na solução da lide –, o contraditório é também fonte de deveres para os sujeitos do processo, pois a qualidade da prestação jurisdicional depende de uma atividade cooperativa. Tal fato justifica a preocupação legislativa com a coibição de condutas desleais, como a litigância de má-fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça<sup>213</sup>.

Antonio do Passo Cabral adverte que “o contraditório não pode ser exercido ilimitadamente”, razão por que o Estado tem “o *direito* de exigir das partes retidão no manuseio do processo – instrumento público –, ao qual está relacionado o *dever* de atuação ética, de colaboração para a decisão final”<sup>214</sup>. Por outro lado, o princípio do contraditório exige do juiz uma postura mais ativa, que proporcione e conduza um

---

<sup>211</sup> DIDIER Jr., Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”, op. cit., p. 77.

<sup>212</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 60-61.

<sup>213</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 62-63.

<sup>214</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 62-63.

verdadeiro debate entre os sujeitos do processo, também atuando como partícipe do diálogo judicial<sup>215</sup>.

Segundo o autor, o art. 14, inciso II, do Código de Processo Civil, ao consagrar expressamente o dever de proceder com lealdade e boa-fé, representa uma “cláusula genérica de conduta ética”<sup>216</sup>. Observe-se que o referido dispositivo dirige-se às partes e a “todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”, ou seja, também o magistrado se inclui entre os destinatários desta cláusula geral, deixando de ser mero espectador dos conflitos que lhe são submetidos<sup>217</sup>.

Portanto, ao impor deveres de colaboração para os sujeitos processuais, sobretudo as partes e o magistrado, o contraditório assumiu nova feição, transcendendo a concepção tradicional de que consistiria, apenas, no direito de aduzir argumentos contrapostos em juízo<sup>218</sup>. A relação processual, então, passou a ser considerada sob a ótica da “divisão de trabalho”, buscando-se o seu equilíbrio por meio da cooperação, que implica a participação ativa e leal de todos os atores do processo<sup>219</sup>. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, recupera-se o valor essencial do diálogo na formação do juízo, que “deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração, tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa”<sup>220</sup>.

O padrão de ética e de lealdade que se extrai da boa-fé objetiva deve conduzir a atuação de todos os sujeitos do processo, valendo para todos o dever de comportar-se conforme a boa-fé e a proteção da confiança. Atualmente, observa-se que os

---

<sup>215</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 64.

<sup>216</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 69.

<sup>217</sup> DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, op. cit., p. 80.

<sup>218</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 60.

<sup>219</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27, p. 27.

<sup>220</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”, op. cit., p. 26.

institutos processuais aparecem informados por uma forte carga valorativa, notadamente de cunho constitucional, afastando-se a ideia de um processo civil marcado pelo tecnicismo e pelo formalismo estéril<sup>221</sup>.

O princípio da cooperação ganha destaque diante desta concepção de relação processual, em que o contraditório se apresenta como uma manifestação democrática de exercício do poder<sup>222</sup>. Com efeito, o redimensionamento do princípio do contraditório revelou a necessidade de efetiva participação na relação jurídica processual, demonstrando que um processo democrático pressupõe equilíbrio e diálogo entre todos os sujeitos<sup>223</sup>.

Nessa perspectiva, fala-se numa maior participação do juiz na relação jurídica processual, como verdadeiro integrante do contraditório, com o surgimento de deveres perante os demais sujeitos do processo<sup>224</sup>. Conforme Fredie Didier Jr., o princípio da cooperação “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de mero fiscal de regras”<sup>225</sup>. José Roberto dos Santos Bedaque arremata: “Deve ele desenvolver sua atividade de condutor do processo de forma ativa, buscando remover todos os obstáculos que se apresentarem à efetividade do contraditório. Exige-se a imparcialidade do julgador, mas rejeita-se sua indiferença.”<sup>226</sup>

---

<sup>221</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 17.

<sup>222</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Princípio do contraditório: aspectos práticos”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 29, p. 505. No mesmo sentido, José Lebre de Freitas: “Esta nova concepção do processo civil, bem afastada da velha ideia liberal duma luta arbitrada pelo juiz, revela bem a importância do princípio da cooperação.” (*Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 168)

<sup>223</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Princípio do contraditório: aspectos práticos”, op. cit., p. 509.

<sup>224</sup> Fredie Didier Jr. destaca os deveres de *esclarecimento*, *consulta* e *prevenção* como deveres do magistrado decorrentes do princípio da cooperação (“O princípio da cooperação: uma apresentação”, op. cit., p. 77). No mesmo sentido, Miguel Teixeira de Souza, acrescentando, ainda, o dever de *auxílio* do juiz (*Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: LEX, 1997, p. 65).

<sup>225</sup> DIDIER Jr., Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”, op. cit., p. 76.

<sup>226</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”, op. cit., p. 40.



O sistema jurídico brasileiro confere amplos poderes ao magistrado, autorizando, inclusive, que a decisão judicial se fundamente em fatos que não tenham sido suscitados pelas partes, conforme dispõem os arts. 131 e 462 do Código de Processo Civil<sup>227-228</sup>. Todavia, explicitar quais circunstâncias foram consideradas na fundamentação do ato decisório não é o bastante para a realização de um processo devido; os fatos aportados ao processo pelo juiz, ou extraídos dos autos sem terem sido aduzidos pelas partes, devem ser submetidos ao contraditório. A consideração de ofício das questões de fato não pode surpreender os litigantes, aos quais deve-se oportunizar o exercício do poder de influência sobre o órgão julgador, primando-se pela cooperação e pela lealdade entre os sujeitos da relação processual, com a plena efetivação do contraditório e do devido processo legal<sup>229</sup>.

Trata-se do *dever de consulta*, decorrente do princípio da cooperação, cujo objetivo é evitar as “decisões surpresa”, baseadas em questões que podem ser conhecidas de ofício, mas que não foram objeto do debate judicial<sup>230</sup>. Não se admite, portanto, que os litigantes sejam surpreendidos por uma decisão fundamentada em aspecto fático ou jurídico estranho ao debate processual realizado. Eles precisam ter noção prévia de que ângulo o objeto litigioso pode estar ameaçado, o que lhes permite defender seu direito de modo efetivo e influenciar no resultado da lide. Nessa linha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira defende que “a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar [...] não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem, ainda aqui, ao princípio do contraditório”<sup>231</sup>.

---

<sup>227</sup> “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

<sup>228</sup> “Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”

<sup>229</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Princípio do contraditório: aspectos práticos”, op. cit., p. 508-509. Neste sentido, cf. §139 da ZPO alemã.

<sup>230</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, op. cit., p. 67.

<sup>231</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”, op. cit., p. 29.

Como lembra José Roberto dos Santos Bedaque, os sistemas processuais francês e alemão não permitem que o juiz decida sobre questões de direito sem que elas tenham sido previamente submetidas ao contraditório. No ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão expressa no mesmo sentido; aliás, é predominante a posição doutrinária que aceita o conhecimento oficioso das chamadas *questões de ordem pública* a qualquer tempo, independentemente da manifestação das partes sobre o assunto<sup>232</sup>. Todavia, adverte o autor que “o exame de ofício de questões de ordem pública, especialmente as de natureza processual, deve ser precedido de plena participação das partes”<sup>233</sup>.

Segundo o Código de Processo Civil português, todos os sujeitos da relação processual, inclusive o juiz, devem “cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio” (art. 266-1). Em outro dispositivo, o diploma luso consagra o princípio da boa-fé no processo civil, dispondo que “as partes devem agir de boa-fé” (art. 266-A), sem impor, expressamente, a necessidade de sua observância pelo juiz. Fredie Didier Jr., ao analisar o segundo dispositivo, sugere uma interpretação sistemática e conjunta com o dispositivo anterior e com a Constituição portuguesa, concluindo que se impõe a “observância do princípio da boa fé por *todos* os sujeitos do processo, inclusive o órgão jurisdicional, que devem agir em juízo com lealdade e em observância à confiança legítima”<sup>234</sup>.

Trata-se do chamado “processo civil cooperativo”, modelo caracterizado pelo redimensionamento do princípio do contraditório, segundo o qual o magistrado passa a ser considerado como sujeito do diálogo processual, abandonando o papel de simples espectador do combate entre as partes. Como conclui Fredie Didier Jr., “o contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao

---

<sup>232</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”, op. cit., p. 39.

<sup>233</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”, op. cit., p. 39.

<sup>234</sup> DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, op. cit., p. 93-97.

aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida”<sup>235</sup>.

A exclusão do juiz enquanto destinatário dos deveres decorrentes da boa-fé apenas se justifica sob os dogmas de uma cultura jurídica conservadora, porquanto tal previsão normativa poderia acenar para a possibilidade de os membros do Poder Judiciário não se conduzirem conforme o padrão de comportamento esperado no processo devido.

A aplicação da boa-fé objetiva ao processo civil não atende apenas às exigências do princípio do contraditório – contemplado com a realização do poder de influência sobre o resultado final da lide –, mas resguarda a confiança depositada na atividade judicante, sobretudo pelas partes, cujas expectativas não devem ser frustradas pela ocorrência de acontecimentos inesperados durante a marcha processual.

Embora sejam movimentados para a consecução dos interesses particulares dos litigantes, não se pode esquecer que os mecanismos processuais desempenham uma função pública, propiciando a manutenção e o restabelecimento da ordem jurídica pelo Estado. Esta perspectiva publicista revela a dimensão social do processo e contrapõe-se ao obsoleto “liberalismo processual”, que lhe imprimia uma feição individualista, decorrente da natureza – em regra, disponível – do objeto litigioso<sup>236</sup>.

Com essa mudança de paradigma, todos os sujeitos da relação processual passam a ser destinatários de deveres éticos, de lealdade e de cooperação, decorrentes do princípio do contraditório e, em última instância, da dimensão substancial do devido processo legal.

---

<sup>235</sup> DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, op. cit., p. 46.

<sup>236</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 68.

#### 4.4. PRECLUSÃO COMO TÉCNICA DE REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

##### 4.4.1. A estruturação do procedimento

A preclusão consiste em técnica processual indispensável à condução do diálogo processual, uma vez que limita os poderes dos atores do processo sem violar o contraditório, a ampla defesa e os demais princípios derivados do devido processo legal. A liberdade de argumentação e o direito de influenciar na formação do provimento judicial – característicos do processo legítimo e democrático – devem ser balizados para possibilitar o seu dimensionamento no tempo e no espaço, evitando retrocessos e o desnecessário prolongamento da marcha processual<sup>237</sup>.

Deve-se reconhecer que o fundamento da preclusão está no princípio da segurança jurídica, o qual se sobrepõe ao valor justiça nas diversas hipóteses em que o legislador previu a incidência do instituto. A limitação dos poderes processuais procura impedir retrocessos na dinâmica do procedimento, viabilizando a consolidação de situações jurídicas para alcançar a eliminação do conflito, ainda que não seja realizada a “melhor justiça” no caso concreto<sup>238</sup>.

Giuseppe Chiovenda observa que o objetivo da preclusão é imprimir maior precisão ao processo, tornar possível a certificação definitiva dos direitos e assegurar seu efetivo cumprimento<sup>239</sup>. Assim, além de garantir a intangibilidade do resultado do litígio e a segurança jurídica das relações certificadas, a preclusão tem a finalidade de ordenar o desenvolvimento do procedimento com a eliminação progressiva e definitiva de fases processuais. Em síntese, “a preclusão depende, não da autoridade inerente ao despacho do juiz (autoridade que, por maior que seja, não

---

<sup>237</sup> NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Rosemiro Pereira Leal (coord). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 190.

<sup>238</sup> GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 75-76. Em sentido semelhante, Fredie Didier Jr.: “a preclusão apresenta-se, então, como um limitador do exercício abusivo dos poderes processuais das partes, bem como impede que questões já decididas pelo magistrado possam ser reexaminadas, evitando-se, com isso, o retrocesso e a insegurança jurídica”. (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 1, p. 271)

<sup>239</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Reus, 2000, t. II, p. 379.

exclui o erro, a discussão e a correção), mas de razões de utilidade prática, pois é necessário prescrever um limite à possibilidade de discutir”<sup>240</sup>.

Como escreve Antônio Alberto Alves Barbosa, o instituto da preclusão configura elemento imprescindível em qualquer sistema processual, porque garante o desenvolvimento do procedimento “em etapas claras e precisas, ordenadas e equilibradas, assegurando ao mesmo tempo eficiência e segurança na realização da vontade concreta da lei e na sua aplicação aos casos particulares”<sup>241</sup>.

O procedimento representa o itinerário formal segundo o qual se desenvolve a relação jurídica processual, pois determina o modo como os sujeitos do processo devem exercitar as situações jurídicas que lhes são atribuídas pelo ordenamento jurídico. Assim, a disciplina do procedimento compreende a forma de realização de cada ato processual, bem como a concatenação e a sequência em que eles devem ser praticados<sup>242</sup>, razão por que se diz que o processo é *ato jurídico complexo de formação sucessiva*<sup>243</sup>.

Como ato jurídico complexo, composto pelo exercício sucessivo de atos processuais, o procedimento precisa fluir, realizando as etapas indispensáveis à solução do mérito, as quais são determinadas pelos princípios derivados do devido processo legal, notadamente, o contraditório e a ampla defesa. A jurisdição não poderia alcançar seu principal objetivo, materializado na rápida e justa solução dos conflitos, se a marcha processual fosse conduzida aleatoriamente, sem limites lógicos e temporais para a atuação dos sujeitos do processo<sup>244</sup>.

---

<sup>240</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 459.

<sup>241</sup> BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1992, p. 35.

<sup>242</sup> THEODORO JR., Humberto. “A preclusão no processo civil”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 90, v. 784, fevereiro de 2001, p. 13. No mesmo sentido, Giuseppe Chiovenda escreve que “la organización jurídica no se limita a regular las actividades procesales y su forma en particular, sino que regula su totalidad, es decir, el desarrollo de la relación procesal; de aquí nace un *orden* legal entre las actividades procesales”. (*Principios de Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 379)

<sup>243</sup> CONSO, Giovanni. *Il Concetto e le Specie D’Invalidità*. Giuffrè: Milão, 1955, p. 25; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 88; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, op. cit., p. 209.

<sup>244</sup> THEODORO JR., Humberto. “A preclusão no processo civil”, op. cit., p. 11.

A procedimentalização da relação jurídica processual não deve ser confundida com o formalismo estéril, pois a sua ordenação em etapas definidas é imprescindível à realização do devido processo legal. O formalismo processual representa um conjunto de regras que organiza a atuação dos sujeitos do processo, possibilitando sua marcha avante, de modo que o exercício concatenado e lógico dos atos processuais possa culminar na prestação da tutela jurisdicional<sup>245</sup>. Ressalva-se que o formalismo processual, em algumas hipóteses, poderá mitigar os efeitos da preclusão – como ocorre no campo probatório e em relação às questões de ordem pública –, porém jamais irá suprimi-la, já que representa instituto indispensável a todo e qualquer processo<sup>246</sup>.

O procedimento submete-se a uma sequência de atos previamente estabelecida pelo ordenamento jurídico, razão por que não é dado ao juiz dilatar sua tramitação, tampouco suprimir fases com o fim de acelerar o compasso processual<sup>247</sup>. Ao promover a estruturação do procedimento de forma ordenada e objetiva, a preclusão representa o mecanismo mais eficiente para eliminar os obstáculos à marcha do processo e tornar efetivo o ideal de rápida composição do litígio, possibilitando a certificação e a satisfação dos direitos em razoável decurso de tempo<sup>248</sup>. Portanto, seu objetivo essencial corresponde ao compromisso estatal de entregar uma tutela jurisdicional tempestiva, concretizando-se os princípios da efetividade e da duração razoável do processo<sup>249</sup>.

A preclusão impõe a observância da sucessão de fases previstas para a prática dos atos processuais, bem como garante a realização do *princípio da eventualidade*, que

---

<sup>245</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, op. cit., p. 270.

<sup>246</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, op. cit., p. 271.

<sup>247</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo Civil)”. *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 156.

<sup>248</sup> THEODORO JR., Humberto. “A preclusão no processo civil”, op. cit., p. 13; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo Civil)”, op. cit., p. 152; BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*, op. cit., p. 29; NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”, op. cit., p. 189.

<sup>249</sup> GIANNICO, Mauricio. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*, op. cit., p. 79.

determina a exposição de todos os argumentos na mesma oportunidade, concentrados num único ato, ainda que sejam contraditórios entre si<sup>250</sup>. Desse modo, o instituto se contrapõe à liberdade processual e relativiza o princípio dispositivo, pois não permite que o processo se desenvolva ao exclusivo arbítrio dos litigantes, o que poderia favorecer manobras dilatórias e tumulto no curso do procedimento<sup>251</sup>. Ao impedir o exercício tardio, contraditório e repetitivo dos seus atos, o ordenamento jurídico limita a atividade dos sujeitos à forma prescrita em lei, impondo a irreversibilidade e a autorresponsabilidade no processo<sup>252</sup>.

#### 4.4.2. A proibição de comportamento contraditório por meio da preclusão

A preclusão não se fundamenta apenas na promoção da segurança jurídica, da ordem, da duração razoável e da efetividade processuais, não se limita ao fim de impulsionar o procedimento, pois também assume objetivos ético-políticos, visando à proteção da boa-fé e da lealdade no desenvolvimento da relação jurídica processual<sup>253</sup>. Como escreve Ada Pellegrini Grinover, o instituto “não está exclusivamente assentado em um fundamento jurídico, mas igualmente *ético*, de modo não apenas a proporcionar uma mais rápida solução do litígio, mas bem ainda de tutela à boa-fé no processo, impedindo o emprego de expedientes que configurem litigância de má-fé”<sup>254</sup>.

Egas Moniz Dirceu de Aragão encontra o fundamento da preclusão no princípio constitucional da isonomia – que origina o princípio do contraditório – e no princípio da lealdade processual. Segundo sustenta, estes princípios seriam facilmente violados em um procedimento no qual os sujeitos pudessem conduzi-lo aleatoriamente e de acordo com seus interesses individuais. Num processo sem

---

<sup>250</sup> BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*, op. cit., p. 36.

<sup>251</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo Civil)”, op. cit., p. 151.

<sup>252</sup> BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*, op. cit., p. 52; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 280.

<sup>253</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, op. cit., p. 272.

<sup>254</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 235.

preclusão, portanto, abre-se espaço livre para a litigância de má-fé e para a duração indefinida da marcha processual<sup>255</sup>.

Segundo Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, a preclusão é técnica que protege a cooperação, a lealdade e a boa-fé objetiva na relação jurídica processual, bem como concretiza os direitos fundamentais à efetividade e à tempestividade da tutela jurisdicional. Ao conduzir o procedimento por meio da realização de etapas sucessivas, vedando-se o retrocesso a etapas anteriores, o instituto garante uma tramitação do processo avante, conseqüentemente, mais célere e efetiva<sup>256</sup>.

O princípio da boa-fé está implícito ao sistema de preclusões, haja vista a fixação de limites para a atividade dos atores do processo, vedando-se o exercício de poderes extintos (preclusos), independentemente da intenção do sujeito atuante<sup>257</sup>. Desse modo, a preclusão contribui para a condução do procedimento segundo um padrão de comportamento leal, honesto e de colaboração, pois o procedimento se torna previsível para seus participantes, estando apto a amparar a previsão de confiança e as expectativas legítimas suscitadas em cada sujeito do contraditório.

Conforme o princípio da boa-fé, que visa a resguardar a confiança nas relações jurídicas, impõe-se a realização de um procedimento transparente, cujo desenvolvimento não pode ser marcado pela atuação surpreendente dos sujeitos processuais. Nesse passo, não é admissível a prática de condutas desleais no processo, como costuma ocorrer quando as partes, estrategicamente, reservam argumentos (questões de mérito ou processuais), inclusive material probatório, para apresentar em fases mais avançadas do procedimento, como verdadeiras “cartas na manga”, transformando a relação jurídica processual num jogo obscuro e traiçoeiro.

Além de prezar pela duração razoável do procedimento, o princípio da eventualidade evita a ocorrência de surpresas na relação jurídica processual, já que determina a concentração de todas as alegações num único ato, impedindo que elas sejam

---

<sup>255</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo Civil)”, op. cit., p. 150.

<sup>256</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 34, v. 168, fevereiro de 2009, p. 335.

<sup>257</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, op. cit., p. 310.



reservadas para momento posterior, como uma tática que possa romper a confiança suscitada nos demais sujeitos pelo comportamento do exercente<sup>258</sup>.

Por isso, é indispensável que os litigantes, desde o início do processo, apresentem suas “armas”, possibilitando uma previsão de como será conduzido o litígio, o que potencializa a realização de acordos, porquanto poderão mensurar as respectivas chances de êxito em função do quanto exposto pelo oponente. A paridade de armas no processo, decorrente dos princípios da isonomia e do contraditório, é garantida, portanto, pela incidência da preclusão, cujo fundamento tem origem no princípio da boa-fé.

A preclusão também é mecanismo que impede o exercício de comportamentos contraditórios no processo, ou seja, consiste em técnica que resguarda a confiança e a boa-fé dos atores processuais, proibindo o *venire contra factum proprium* no âmbito desta relação jurídica<sup>259</sup>. Segundo afirma Fredie Didier Jr. sobre a necessidade de preclusão, “deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba: não se admite o retorno para etapas processuais já ultrapassadas; não se tolera a adoção de comportamentos incoerentes e contraditórios”<sup>260</sup>.

Pode-se concluir, então, que a boa-fé é o pilar sobre o qual a noção de preclusão lógica está assentada<sup>261</sup>, haja vista que o fato gerador desta modalidade preclusiva é uma conduta logicamente incompatível com outra que se pretende praticar, impedindo-se a contradição aos próprios atos, que rompe a confiança entre os sujeitos do processo e viola o princípio da boa-fé processual<sup>262</sup>.

---

<sup>258</sup> Nesse sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica: “De fato, um dos fundamentos do princípio da eventualidade, como vimos, é justamente evitar que as partes reservem seus melhores argumentos para momento posterior do processo, impondo que sejam elas francas ao deduzirem seus meios de ataque e defesa, sob pena de não poderem fazê-lo em momento posterior.” (*Preclusão processual civil*, op. cit., p. 310)

<sup>259</sup> Nesse sentido, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira: “A vedação ao *venire contra factum proprium* [...] também se faz presente no processo e está diretamente ligada à preclusão lógica.” (“Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 343)

<sup>260</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, op. cit., p. 271.

<sup>261</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, op. cit., p. 310.

<sup>262</sup> Nesse sentido, aplicando-se ao órgão jurisdicional a proibição de comportamento contraditório, destaca-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRÁTICA DE ATO PROCESSUAL. PRAZO PEREMPTÓRIO.

Exatamente por encontrar fundamento na boa-fé objetiva, a preclusão não produz apenas efeitos negativos, consubstanciados na perda de poderes processuais. Também incrementa a situação jurídica dos sujeitos confiantes em razão da legítima expectativa de que a contraparte não mais praticaria determinado ato processual, porque contraditório ao seu comportamento anterior<sup>263</sup>.

#### 4.4.3. A *suppressio* processual

Ao impor a incidência da preclusão lógica em certas circunstâncias, o legislador pretendeu evitar a prática de comportamentos contraditórios no âmbito da relação jurídica processual, visto que atrasa a marcha do procedimento e ofende a lealdade e a cooperação entre os sujeitos. Como observa Judith Martins-Costa, “em similitude funcional à *Verwirkung* alemã, nosso Direito opera com a ideia de *preclusão lógica*, que nada mais constitui do que a tradução, no campo do Direito Processual do princípio do *venire contra factum proprium*”<sup>264</sup>. A propósito, também observa Fredie

---

Como consabido, durante a suspensão do processo (art. 266 do CPC), é vedada a prática de qualquer ato processual, com a ressalva dos urgentes a fim de evitar dano irreparável. Dessa forma, a lei processual não permite que seja publicada decisão durante a suspensão do feito, não se podendo cogitar, por conseguinte, do início da contagem do prazo recursal enquanto paralisada a marcha do processo. *In casu*, o tribunal *a quo* não conheceu da apelação da recorrente por concluir que se tratava de recurso intempestivo, sob o fundamento de que a suspensão do processo teria provocado indevida modificação de prazo recursal peremptório. Ocorre que, antes mesmo de publicada a sentença contra a qual foi interposta a apelação, o juízo singular já havia homologado requerimento de suspensão do processo pelo prazo de 90 dias, situação em que se encontrava o feito naquele momento (art. 265, II, § 3º, do CPC). Nesse contexto, entendeu-se não se tratar de indevida alteração de prazo peremptório (art. 182 do CPC). Isso porque a convenção não teve como objeto o prazo para a interposição da apelação, tampouco este já se encontrava em curso quando requerida e homologada a suspensão do processo. Ademais, ressaltou-se que, ao homologar a convenção pela suspensão do processo, o Poder Judiciário criou nos jurisdicionados a legítima expectativa de que o processo só voltaria a tramitar após o termo final do prazo convencionado. Portanto, não se mostraria razoável que, logo em seguida, fosse praticado ato processual de ofício – publicação de decisão – e ele fosse considerado termo inicial do prazo recursal, pois caracterizar-se-ia a prática de atos contraditórios, havendo violação da máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, reconhecidamente aplicável no âmbito processual. Precedentes citados: REsp 1.116.574-ES, DJe 27/4/2011, e RMS 29.356-RJ, DJe 13/10/2009.” (REsp 1.306.463-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 4/9/2012)

<sup>263</sup> Como destaca Humberto Theodoro Jr., “ao lado da simples extinção de uma faculdade processual pelo decurso do tempo (aspecto negativo da preclusão) pode perfeitamente ocorrer a idoneidade do mesmo fenômeno para atribuir um direito ou uma expectativa a uma das partes do processo (aspecto positivo da preclusão)”. (“A preclusão no processo civil”, op. cit., p. 18-19)

<sup>264</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 119-120. No mesmo sentido, DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”.

Didier Jr.: “Importante que se perceba que a preclusão lógica está intimamente ligada à vedação ao *venire contra factum proprium* (regra que proíbe o comportamento contraditório), inerente à cláusula geral de proteção da boa-fé.”<sup>265</sup>

Efetivamente, a preclusão lógica consagra a vedação ao *venire contra factum proprium* no sistema jurídico processual. Conforme ressaltamos, a tutela da confiança já está implícita nas normas que proíbem a contradição aos atos próprios, não sendo necessário recorrer ao princípio da boa-fé, quanto aos casos expressamente regulados, para sustentar a ilicitude do comportamento incoerente. Nesse contexto, decorre da lei o óbice às condutas que possam frustrar expectativas legítimas, o qual consiste na extinção de poderes processuais em razão da incompatibilidade com a postura anteriormente adotada pelo exercente.

A preclusão lógica impede o exercício de atos incompatíveis com a conduta inicial do sujeito, evitando que incorra em *venire contra factum proprium*, de forma que a perda da situação jurídica processual não é efeito do comportamento contraditório, mas obstáculo para a sua realização<sup>266</sup>. Por isso, afirmamos que apenas haverá ilicitude quando o sujeito insistir em exercitar um poder processual precluso, sendo ilícito o ato contraditório, não o seu comportamento anterior, que apenas é o fato gerador da preclusão lógica.

Como demonstrado, o *venire contra factum proprium* também pode ter como referencial uma conduta omissiva anterior, caso em que incidirá a *suppressio*, extinguindo uma situação jurídica titularizada pelo sujeito, em razão da confiança por ele suscitada, de que não mais a exerceria. Todavia, quanto à disciplina da preclusão lógica, o direito positivo apenas impede a prática de um ato processual

---

*Leituras Complementares de Direito Civil. O direito civil-constitucional em concreto.* Cristiano Chaves de Farias (coord). Salvador: Juspodivm, 2007, p. 201.

<sup>265</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 207. Nesse sentido, o autor relaciona os princípios da cooperação e da proibição de comportamento contraditório: “O princípio da cooperação e o princípio que veda o *venire contra factum proprium* relacionam-se na medida em que compõe o conteúdo da cláusula geral da proteção da boa-fé objetiva na relação jurídica processual. A boa-fé objetiva é norma de conduta que *colore e qualifica* o contraditório. A proibição de comportar-se contrariamente a comportamento anterior é uma de suas nuances.” (op. cit., p. 200)

<sup>266</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 207.

por ser incompatível com a *atuação* do indivíduo, não havendo qualquer previsão acerca da contradição com comportamentos omissivos.

Embora tal hipótese não tenha sido contemplada no regime de preclusões, ressalta-se que a confiança nas relações jurídicas permanece protegida pelo princípio da boa-fé, de modo que o exercício tardio de um ato processual, contraditório à prolongada inércia do seu titular, assim como ocorre na esfera civilista, também há de ser repellido no processo civil.

Sendo a relação processual informada pela cláusula da boa-fé objetiva, deve-se coibir a prática de condutas abusivas e desleais que possam frustrar expectativas legítimas produzidas ao longo do procedimento. É inadmissível que um sujeito surpreenda os demais com comportamentos que, mesmo formalmente amparados no direito positivo, contrariem a confiança e a lealdade processual. Sobre o tema, Fredie Didier Jr. conclui: “Quando a parte ou o magistrado adota um comportamento que contrarie comportamento anterior, atua de forma desleal, frustrando expectativas legítimas de outros sujeitos processuais. [...] Trata-se de lição velha, embora aplicada, aqui, com outros termos.”<sup>267</sup>

A perda de poderes processuais, correspondente ao conceito de preclusão lógica, está embasada na boa-fé, porquanto busca impedir a atuação contraditória e surpreendente dos sujeitos da relação jurídica processual. Assim, a prática de um ato incompatível com a inatividade anterior do sujeito, ensejando a quebra da confiança e da lealdade, também pode ser fulminada pela incidência da preclusão, com amparo na cláusula da boa-fé objetiva.

Trata-se da aplicação da *suppressio* ao processo civil, extinguindo uma situação jurídica processual ativa, devido à ausência de exercício por lapso temporal apto a gerar expectativas legítimas de que não mais seria praticada<sup>268</sup>. A *suppressio*

---

<sup>267</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 207.

<sup>268</sup> Admitindo a aplicação da *suppressio* ao processo civil: DIDIER JR., Fredie. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 32, v. 146, abril de 2007; DIDIER Jr., Fredie. “Multa coercitiva, boa-fé

processual consiste, pois, numa preclusão lógica fundada do princípio da boa-fé<sup>269</sup>, porquanto o poder que se quer exercer é incompatível com a inação anterior do seu titular, restando impedido por contrariar a confiança suscitada nos demais sujeitos do processo<sup>270</sup>.

A função corretiva da boa-fé não está adstrita ao exercício irregular de direitos subjetivos, compreendendo qualquer espécie de situação jurídica exercida numa relação, tal como os poderes processuais<sup>271</sup>. Os limites impostos pelo princípio independem da intenção do agente, sendo apenas relevante questionar se seu comportamento destoava das expectativas legítimas geradas pela postura que assumiu ao longo do procedimento, desestabilizando a relação jurídica processual com respaldo em formalismos inúteis<sup>272</sup>. Brunela Vieira de Vincenzi destaca que o princípio da boa-fé limita o exercício abusivo de posições jurídicas, ou seja, impede que “o exercício de um direito subjetivo cause prejuízos à sociedade ou a outros sujeitos, amparando-se o agente numa suposta legalidade, ficando, assim, isento de responsabilidade sob a alegação – injusta – de exercício regular de direitos”<sup>273</sup>.

Sob o paradigma da boa-fé objetiva, “resolver em perdas e danos” não é a forma mais adequada para solucionar problemas relacionados à atuação desleal dos atores do processo. Interessa, em verdade, impedir o exercício de comportamentos contraditórios que frustrem a confiança gerada no âmbito da relação jurídica, ainda que amparados em alguma forma legal, pois o processo civil somente cumpre sua

---

processual e *suppressio*: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil”. *Revista de Processo*, v. 171, 2009.

<sup>269</sup> Admitindo a *suppressio* processual como uma espécie de preclusão, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira: “Adotando-se o conceito de preclusão como um efeito jurídico de extinguir outro efeito, tem-se que a *suppressio* pode ser enquadrada como um tipo de preclusão, tendo como causa um ato-fato jurídico lícito processual (não exercício de um direito subjetivo, ou de um poder processual + período prolongado + confiança gerada em outro sujeito quanto ao não-exercício).” (“Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 344)

<sup>270</sup> Não obstante, ressalva-se que Menezes Cordeiro, cuja obra tomamos como referência para o estudo do princípio da boa-fé, não admite a transposição da *suppressio* para o processo civil: “Mas no Direito português, e dada a existência de toda uma teia rígida de prazos processuais, dobrada por um prazo supletivo geral – art. 153.º CPC – não é de introduzir a idéia de *suppressio* processual: os poderes das partes vão sendo precludidos ao longo do processo e o recurso é sempre via indicada para apreciar irregularidades do tribunal.” (*Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 803, nota 571)

<sup>271</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 164.

<sup>272</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 167.

<sup>273</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 161.

função social à medida que pacifica e educa. Portanto, não são eficazes as medidas exclusivamente repressivas<sup>274</sup>. Em síntese: “Simplesmente indenizar, como se estivéssemos tratando de responsabilidade por ato ilícito, já não se sustentará. Mais do que reparar o dano, é preciso impedir que ele ocorra.”<sup>275</sup>

Dessa forma, após longo período de inércia, ainda que o indivíduo não encontre obstáculos formais ao exercício de determinado poder processual, deverá ser privado de praticá-lo se, objetivamente, houver inspirado confiança nos demais sujeitos de que manteria inativa a situação jurídica titularizada. A aplicação da *suppressio* processual sempre deverá ser precedida por um juízo de ponderação diante do caso concreto, entre as formas jurídicas, que buscam imprimir certeza e objetividade ao procedimento, e o princípio da boa-fé, indispensável para resguardar a lealdade e a cooperação entre os sujeitos dessa relação jurídica, garantindo-se a realização do devido processo legal.

---

<sup>274</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 167.

<sup>275</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 166.

## 5. ALGUMAS HIPÓTESES DA PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO APLICADA À RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Nos capítulos anteriores, foram desenvolvidas as premissas teóricas do presente trabalho, demonstrando-se, numa visão ampla, o conteúdo normativo do princípio da boa-fé, sua aplicação à relação jurídica processual, seu fundamento constitucional e seus pontos de contato com os princípios do contraditório e da cooperação. Especificamente, foi analisada a vedação ao *venire contra factum proprium* enquanto regra que concretiza o princípio da boa-fé, seus pressupostos de aplicação e suas variantes, concluindo-se pela necessidade de sua incidência na relação jurídica processual para garantir a lealdade e a confiança entre os sujeitos do processo.

Neste capítulo, serão analisadas cinco hipóteses da proibição de comportamento contraditório aplicada à relação jurídica processual. Não se trata de precedentes jurisprudenciais, mas de hipóteses teóricas a partir das quais se demonstra a possibilidade de extinção de situações jurídicas processuais com fundamento no princípio da boa-fé. São situações observadas na prática forense, em que, frequentemente, se ignora a necessidade de ponderação entre os valores que justificam o formalismo e aqueles que fundamentam a proteção da confiança entre os sujeitos do processo.

A análise proposta, portanto, objetiva demonstrar como ocorreria uma aplicação concreta da vedação ao *venire contra factum proprium* à relação jurídica processual. As hipóteses escolhidas revelam situações em que a aparente licitude da atuação do sujeito processual, amparada em questões formais, subtrai do processo a sua função instrumental. São elas: (i) a *suppressio* do juízo de admissibilidade do processo; (ii) a ação declaratória negativa do direito do autor como forma de mitigação dos efeitos da revelia; (iii) a utilização de defesa heterotópica pelo executado após o prazo para oferecimento de embargos à execução; (iv) a *suppressio* do direito de remir; (v) o oferecimento de bem à penhora e a posterior alegação de impenhorabilidade pelo executado.

Este último capítulo, além de ilustrar aplicações concretas da proibição de comportamento contraditório ao processo civil, convida o leitor à análise da relação jurídica processual sob nova ótica, mais condizente com seu caráter instrumental e com a lealdade que se busca nas relações jurídicas.

### 5.1. A *SUPPRESSIO* DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO

A proibição de comportamento contraditório é norma que rege o sistema de invalidades processuais<sup>276</sup>. Ao dispor que a decretação de nulidade não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa, o Código de Processo Civil positivou a vedação ao *venire contra factum proprium*, impedindo a impugnação aos atos jurídicos defeituosos com fundamento no princípio da boa-fé (art. 243, CPC).

O ordenamento jurídico autoriza que determinadas questões sejam conhecidas de ofício pelo magistrado, em razão de sua relevância para o desenvolvimento válido e regular do processo. Prioriza-se a composição dos conflitos e a pacificação social como resultado da tradicional dicotomia entre a autonomia da vontade privada e os limites estabelecidos pelo Estado em prol do interesse público<sup>277</sup>. Desse modo, as chamadas “questões de ordem pública” (condições da ação e pressupostos processuais) receberam disciplina mais rígida no sistema processual, tornando-se senso comum relacioná-las aos vícios que geram a nulidade do procedimento.

O juízo de admissibilidade do processo examina sua validade enquanto ato jurídico complexo, avaliando sua aptidão para alcançar a solução final do litígio. O sistema de invalidades processuais baseia-se na existência de prejuízo, optando pela manutenção do ato viciado quando não prejudicar a parte ou se o mérito da causa puder ser decidido a favor de quem seria beneficiado com a decretação da invalidade (art. 249, CPC).

---

<sup>276</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 200.

<sup>277</sup> GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*, op. cit., p. 156-157. O autor ressalva que o fato de uma questão poder ser reconhecida de ofício pelo juiz não implica, necessariamente, que se refira a uma matéria de ordem pública. (op. cit., p. 160)



A invalidação (*nulidade* ou *anulabilidade*) é sanção que se aplica ao ato jurídico defeituoso, razão por que não pode incidir automaticamente sobre ele, devendo sempre resultar de um juízo valorativo. Existe, portanto, um itinerário axiológico entre o reconhecimento de um vício e a invalidação do ato processual, que não pode ser conduzido por dogmas, como o interesse público subjacente às questões processuais consideradas indisponíveis<sup>278</sup>.

Costuma-se afirmar que a proibição de comportamento contraditório somente seria aplicada à invalidação de atos jurídicos anuláveis, cujo defeito a parte não pode alegar a qualquer tempo, como sugere o art. 175 do Código Civil<sup>279</sup>. Logo, em se tratando de vício reconhecível de ofício pelo juiz, que não se convalida com o decurso do tempo, o *venire contra factum proprium* não estaria vedado, de modo que aquele que deu causa a determinada nulidade poderia suscitá-la. Por exemplo, o próprio autor poderia arguir a incompetência absoluta do juízo que ele escolheu para ajuizar sua demanda, apenas sendo punido por litigância de má-fé; ao mesmo sujeito, porém, não seria dado propor uma exceção para suscitar a incompetência relativa deste juízo, por ter provocado o vício alegado, que não dá causa à nulidade do ato jurídico processual<sup>280</sup>.

Anderson Schreiber observa que “a maior parte dos ordenamentos jurídicos prevê a impossibilidade de impugnação do negócio anulável por quem lhe tenha dado causa ou por quem lhe tenha cumprido, ciente do vício”. Segundo o autor, doutrina e jurisprudência não hesitam quanto à incidência da proibição de comportamento contraditório aos casos de anulabilidade, valendo-se de “uma certa similitude com a ratificação ou confirmação tácita do negócio jurídico”. Ressalva, porém, que a proibição de comportamento contraditório se fundamenta em bases estritamente objetivas, pois visa a resguardar a legítima expectativa gerada na contraparte de que o exercente não buscaria a invalidação do ato defeituoso – sobretudo, por tê-lo

---

<sup>278</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 204.

<sup>279</sup> “Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.”

<sup>280</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 201-202.

praticado ou por ter se conduzido como se o ato impugnado fosse perfeitamente regular –, sendo irrelevante verificar a sua intenção<sup>281</sup>.

Quanto à impugnação de atos jurídicos nulificáveis, porque subjacente suposto interesse público, o comportamento contraditório não seria ilícito. A vedação ao *venire contra factum proprium* estaria limitada às hipóteses em que o defeito gera a anulabilidade do ato, por se tratar de matéria disponível pelos sujeitos da relação jurídica. Todavia, esse raciocínio não parece ter acompanhado o desenvolvimento da hermenêutica jurídica, ignorando a necessidade de ponderação de interesses conflitantes em cada caso concreto. Trata-se da cristalização de um dogma, segundo o qual a supremacia do interesse público é afirmada independentemente do sopesamento com valores com os quais possa conflitar<sup>282</sup>.

O juízo de admissibilidade do processo costuma ser amparado na indisponibilidade das questões de ordem pública, dogma que não representa o parâmetro mais adequado para a invalidação dos atos jurídicos processuais. É nesse contexto, pois, que surge a necessidade de ponderação entre os valores tradicionalmente sacralizados e o princípio da boa-fé, que guarda importante carga axiológica, igualmente abrangida pelo conceito de interesse público. Logo, a segurança jurídica, que justifica o formalismo processual, deve ser sopesada com a proteção da confiança no processo civil, sendo certo que o conflito entre tais valores não se resolve de maneira abstrata<sup>283</sup>.

Anderson Schreiber critica a tese de que a proibição de comportamento contraditório não se sujeita a ponderações com regras referentes às chamadas nulidades absolutas. Sustenta que a vedação ao *venire contra factum proprium* também

---

<sup>281</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 246-247.

<sup>282</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 202-203.

<sup>283</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 204-205. Neste sentido, Humberto Ávila: “O que pode ser descrito em abstrato é somente uma espécie de dependência entre as diferentes normas jurídicas e os bens jurídicos por elas protegidos. Uma relação de prevalência só pode ser verificada, entretanto, diante do caso concreto.” (“Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Daniel Sarmiento (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 185)

“expressa um interesse normativo por assim dizer público, cogente, consubstanciado na tutela da confiança, na proteção à boa-fé objetiva e na concretização dos valores constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana”<sup>284</sup>. Antonio do Passo Cabral, seguindo a mesma linha, conclui que “mesmo as chamadas ‘nulidades absolutas’ podem precluir por comportamento contraditório”<sup>285</sup>.

De modo semelhante, Fredie Didier Jr. ressalta que não é razoável estabelecer, *a priori*, a prevalência do interesse público sobre o interesse particular em qualquer conflito, devendo ser verificada a supremacia do interesse público no caso concreto. Considerando, aliás, que “a proteção da *boa-fé objetiva* também é manifestação do interesse público”, sugere que a solução mais correta está na aplicação da proporcionalidade para ponderação dos valores em conflito, os que fundamentam a invalidade do ato e os relativos à tutela da confiança<sup>286</sup>.

Finalmente, Menezes Cordeiro sustenta que a norma que prevê a invalidação do ato jurídico não deve ser aplicada de modo isolado, mas sistematicamente, em harmonia com a norma que dispõe sobre a proteção da boa-fé. E conclui: “se o resultado final não for a nulidade, não há que falar em saídas *contra legem*: houve, tão só uma aplicação integral de todos os preceitos respeitantes ao caso”<sup>287</sup>.

O princípio da boa-fé, manifestado na vedação ao *venire contra factum proprium*, representa um contrapeso ao dogma das questões de ordem pública, pois a invalidação de atos processuais não pode resultar do exercício de condutas incoerentes, frustrando a confiança gerada nos sujeitos quanto à regularidade do procedimento. A proibição de comportamento contraditório não se limita aos casos de *anulabilidade*, devendo ser aplicada, também, quando o agente suscitar a

---

<sup>284</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 250.

<sup>285</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno – Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 339.

<sup>286</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 203-204. Nesse sentido, CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno – Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*, op. cit., p. 340.

<sup>287</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 764.

*nulidade* do ato jurídico em contradição com sua postura anterior<sup>288</sup>. Logo, como conclui Anderson Schreiber, “fica a efetiva incidência do princípio a depender da ponderação, em concreto, entre o interesse público existente por trás da nulidade e o interesse, também público, na tutela da confiança e da solidariedade social”<sup>289</sup>.

As questões de ordem pública – ressalvadas do princípio da eventualidade e imunes à incidência da preclusão – não podem servir de válvula de escape para manobras desleais, que frustrem a confiança gerada nos sujeitos do processo quanto à validade do procedimento. Considerando que o ordenamento não delimita um momento para tais questões serem arguidas, é possível que sua alegação tardia – ou reconhecimento, em se tratando do juiz – represente verdadeira contradição ao comportamento mantido pelo exercente durante toda a relação jurídica processual. Nesse aspecto, nota-se que o sistema deixa ampla margem para surpresas e contramarchas no processo, embora o móvel para a instituição do regime de preclusões tenha sido evitá-las.

O poder de controlar a admissibilidade do processo não pode ser exercido ilimitadamente, pois o juiz também deve observar os princípios da boa-fé e do devido processo legal. Não se pode admitir surpresas na relação jurídica processual, mesmo decorrentes da atividade judicante. O magistrado que extingue o feito sem exame do mérito, após ter gerado a expectativa legítima de que reconhecia a validade do procedimento, viola a confiança das partes, faltando com os deveres de lealdade e de cooperação. A omissão do juiz durante toda a marcha processual leva os sujeitos do contraditório a crer que o processo está regular, apto para alcançar a solução do litígio.

O juízo de admissibilidade não pode ser realizado a qualquer custo, surpreendendo as partes, rompendo a confiança depositada na relação jurídica. Processo em que o magistrado exerce poderes a qualquer tempo, ainda que se refira às matérias de

---

<sup>288</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 258. Sobre a proibição de comportamento contraditório, Fredie Didier Jr. afirma que “não se trata de regra aplicável apenas às relações jurídicas privadas que envolvem interesses disponíveis”. (“Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 203)

<sup>289</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 258.

ordem pública, é processo autoritário<sup>290</sup>. Portanto, o controle sobre a validade do procedimento, após longo decurso de tempo e superação de fases processuais, configura *venire contra factum proprium* quanto à inação anterior do juiz, devendo incidir a *suppressio* sobre este poder processual<sup>291</sup>.

Devido à confiança suscitada pelo magistrado quanto à regularidade do procedimento, as partes adquirem, por *surrectio*, o direito de ver examinado o mérito da demanda, daí decorrendo a extinção, por *suppressio*, do poder judicial de controlar a admissibilidade do processo<sup>292</sup>. Isso ocorre porque a justa expectativa fundada na ausência de atividade judicial não deve ceder, *a priori*, à questão de ordem pública objeto do juízo de admissibilidade, sendo necessário realizar a “ponderação de interesses entre a razão de ser da nulidade formal específica e a tutela da confiança no caso concreto”<sup>293</sup>. Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva, “com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados, ao contato com a regra ética”<sup>294</sup>.

Contudo, o dogma das questões de ordem pública está de tal forma arraigado em nossa cultura jurídica, que assistimos a uma busca incessante pela extinção do processo sem resolução do mérito. Não é possível concretizar o interesse público inerente à solução dos conflitos, pois a parte demandada sempre empreende todo o esforço para ver acolhida uma das hipóteses do art. 267 do CPC, sendo também usual os órgãos do Poder Judiciário manipularem o sistema de invalidades

---

<sup>290</sup> Em sentido contrário, Heitor Vitor Mendonça Sica: “Enfim, se o juiz revê uma decisão tomada no curso do processo para adequá-lo, sobretudo, às regras processuais aplicáveis, e com isso acaba por quebrar a segurança jurídica que emergia daquele ato decisório e por tumultuar o andamento do processo, esse ato tem a presunção de estar revestido no interesse público e, portanto, se justifica dentro dos limites acima delineados.” (*Preclusão processual civil*, op. cit., p. 327)

<sup>291</sup> Nesse contexto, Fredie Didier Jr. questiona: “será que o magistrado que admitiu a demanda, no saneador, determinou e colheu inúmeras provas, pode, tempos depois, entender que falta ao procedimento um requisito de admissibilidade?”. Em resposta, afirma a possibilidade de *suppressio* do poder jurisdicional de controlar a regularidade do processo, em homenagem à confiança, à cooperação e à boa-fé objetiva. (“Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”, op. cit., p. 178-179, nota 8)

<sup>292</sup> Exemplo interessante para aplicar o que ora sustentamos ocorreu nos autos da ação de depósito n.º 1418/1995, que tramitou durante dez anos perante o juízo da Vara Cível da Comarca de Ibirapitanga/BA, tendo sido extinto sem julgamento do mérito por inadequação do procedimento, em evidente afronta ao princípio da boa-fé.

<sup>293</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 251.

<sup>294</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, op. cit., p. 38.

processuais para filtrar os milhares de processos abarrotados nos tribunais do país, tudo com a simples *extinção do feito sem julgamento do mérito*.

Nota-se que as questões de ordem pública representam subterfúgio perfeito para a realização de interesses egoísticos dos sujeitos processuais, conseqüentemente, afastando o escopo de pacificação social do processo. O que se verifica, na prática, é a alegação de invalidades para atender ao interesse privado – não ao interesse público – daquele que age em contradição e que conduz o procedimento como um jogo estratégico. Como conclui Anderson Schreiber, “o abuso, então, é duplo: não apenas o requerente da nulidade contraria seu comportamento anterior, mas também invoca um vício de interesse público para o atendimento de interesse exclusivamente particular”<sup>295</sup>.

O princípio da boa-fé tempera o excessivo formalismo que decorre dessa concepção, obstando a invalidação do ato processual – ou do procedimento como um todo – quando o reconhecimento do vício resulte de comportamento desleal e contraditório<sup>296</sup>. No direito privado, já se entende que a conservação das relações jurídicas originadas de atos defeituosos, em muitos casos, atende mais ao interesse público que a sua invalidação, porque já consolidadas no tempo<sup>297</sup>. Quanto ao processo, não há dúvidas de que a efetiva solução do conflito, considerando a confiança depositada pelos sujeitos na regularidade do procedimento, é questão de ordem pública tão relevante quanto o exame das condições da ação e dos pressupostos processuais. O dever de julgar o mérito – ou o direito de vê-lo resolvido – não deverá ceder ao formalismo, portanto, antes da ponderação de valores no caso concreto<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 255, nota 393.

<sup>296</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 166.

<sup>297</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 252.

<sup>298</sup> Nesse sentido, porém com fundamento no direito à duração razoável do processo, o Supremo Tribunal Federal concluiu que as regras de competência não poderiam prevalecer quarenta e três anos após a propositura da ação. Eis a ementa do julgamento: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. ILHA COSTEIRA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO PROFERIDA PELA JUSTIÇA FEDERAL. REGRAS DE COMPETÊNCIA. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EFETIVA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ART. 5º, LXXVIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

Embora o processo continue sendo instrumento para realização de direitos individuais, a cultura tipicamente individualista foi superada por outra, marcada pela cooperação e pela lealdade entre os sujeitos da relação jurídica processual. Superam-se, então, os dogmas cultuados pela sociedade do século XIX e do início do século XX, adequando-se o processo aos conflitos da sociedade contemporânea. Segundo Brunela Vieira de Vincenzi, sob uma perspectiva instrumental, é necessário que o processo civil “realize os escopos requeridos pela sociedade, os quais estão distantes do formalismo exacerbado e da preocupação exclusiva com os direitos individuais das partes no processo”<sup>299</sup>.

A invalidação do procedimento (juízo negativo de admissibilidade do processo) nem sempre consistirá no meio mais adequado para a realização do interesse público e menos restritivo ao direito dos sujeitos processuais. Ressalta-se que, ao dever de invalidar, corresponde o dever de convalidar, pois “a restauração da ordem jurídica tanto se faz pela fulminação de um ato viciado, quanto pela correção de seu vício”<sup>300</sup>. Dessa ponderação de interesses entre a boa-fé e a segurança jurídica, portanto, poderá resultar a decretação de invalidade do ato defeituoso,

---

INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. SITUAÇÃO PECULIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. TRANSGRESSÃO DO DIREITO.

1. A interpretação da Constituição não é para ser procedida à margem da realidade, sem que se a compreenda como elemento da norma resultante da interpretação. A práxis social é, nesse sentido, elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorizações nutridas em idealismo que não a tome, a práxis, como seu fundamento. Ao interpretá-la, a Constituição, o intérprete há de tomar como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá.

2. Em recente pronunciamento, no julgamento do HC n. 94.916 [Sessão de 30.9.08], esta Corte afirmou que situações de exceção não ficam à margem do ordenamento, sendo por este capturadas, de modo que a preservação dos princípios impõe, seguidas vezes, a transgressão das regras.

3. No presente caso, as regras de competência (art. 109, I da Constituição do Brasil), cuja última razão se encontra na distribuição do exercício da Jurisdição, segundo alguns critérios, aos órgãos do Poder Judiciário, não podem prevalecer quarenta e três anos após a propositura da ação. Assim há de ser em virtude da efetiva entrega da prestação jurisdicional, que já se deu, e à luz da garantia constitucional à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição do Brasil). Observe-se que a lide foi duas vezes – uma na Justiça Estadual, outra na Justiça Federal – resolvida, em sentenças de mérito, pela procedência da ação. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (RE 433512/SP, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 26.5.2009)

<sup>299</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 42.

<sup>300</sup> ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 54.

desconstituindo ou não os efeitos até então produzidos, ou a sua manutenção no ordenamento jurídico, com plena eficácia<sup>301</sup>.

## 5.2. A AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA DO DIREITO DO AUTOR COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA

O Código de Processo Civil estabelece o prazo de quinze dias para o réu apresentar resposta (contestação, exceção e reconvenção)<sup>302</sup>. Trata-se de prazo preclusivo, após o qual se extingue o poder conferido ao réu para oferecer qualquer espécie de resposta, inclusive sua contestação à ação contra ele ajuizada.

Como antecipado, a determinação de prazo para o exercício de poderes processuais encontra fundamento na sequência lógico-temporal do procedimento, imposta pelo princípio da duração razoável do processo, com o objetivo de evitar retrocessos e a consequente demora na entrega da prestação jurisdicional. A preclusão temporal consiste na perda de uma situação jurídica processual ativa, resultante da inércia do titular durante o prazo fixado para exercê-la. Decorre da não realização do ato processual no momento oportuno, após o qual o sujeito não mais poderá praticá-lo, sendo irrelevante a existência de culpa<sup>303</sup>. Portanto, ocorre a preclusão temporal quando o decurso do tempo constitui fato impeditivo para o exercício de poderes processuais<sup>304</sup>, tornando inadmissível o ato praticado a destempo, cuja realização torna-se inócua para o processo<sup>305</sup>.

O Código de Processo Civil disciplina a incidência da preclusão temporal, dispondo que os atos processuais realizar-se-ão nos prazos prescritos em lei ou determinados pelo juiz, em caso de omissão legal, conforme a complexidade da causa (art. 177).

---

<sup>301</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 258; DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 205.

<sup>302</sup> “Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.”

<sup>303</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, op. cit., p. 273.

<sup>304</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2, p. 169.

<sup>305</sup> THEODORO JR., Humberto. “A preclusão no processo civil”, op. cit., p. 25.



O referido diploma estabelece que, decorrido o prazo, independentemente de declaração judicial, extingue-se o direito de praticar o ato, ressalvada a prova de que não foi realizado por justa causa, hipótese em que será reaberta ao sujeito a possibilidade de exercê-lo (art. 183).

A não-apresentação tempestiva da contestação, especificamente, configura a revelia, fato jurídico processual que poderá gerar como efeito a confissão ficta, prevista no art. 319 do Código de Processo Civil: “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. Portanto, se o réu, citado, não comparecer para apresentar contestação ou o fizer de maneira intempestiva, estará configurada a revelia, da qual poderá decorrer a presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial<sup>306</sup>, dispensando-se a instrução probatória (art. 330, II, CPC).

A prática forense revelou, porém, uma estratégia processual aparentemente capaz de neutralizar a confissão ficta, efeito que se revela o mais prejudicial para a defesa do réu revel. Trata-se da possibilidade de ajuizamento de uma ação declaratória cujo pedido é a declaração de inexistência da relação jurídica afirmada no processo em que ocorreu a revelia, nos termos do art. 4º, inciso I, do Código de Processo Civil<sup>307</sup>. Devido à identidade entre os objetos, as demandas seriam conexas e, conseqüentemente, poderiam ser reunidas para julgamento simultâneo a pedido da parte interessada (arts. 103 e 105, CPC). Assim, os fatos que não puderam ser impugnados em razão da revelia, na prática, seriam debatidos na ação declaratória e poderiam ser objeto de instrução probatória.

Sob a perspectiva meramente formal, este comportamento seria lícito, haja vista que o direito de ação é incondicionado e está prevista no ordenamento jurídico a possibilidade de se pleitear a declaração judicial sobre a inexistência de qualquer relação jurídica. Todavia, como demonstrado nos capítulos anteriores, a possibilidade formal de exercício de um direito não garante a licitude do ato

---

<sup>306</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, op. cit., p. 531.

<sup>307</sup> “Art. 4º. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; II - da autenticidade ou falsidade de documento. Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.”

praticado por seu titular. É muito comum, aliás, a prática de condutas abusivas, que, embora aparentemente amparadas no sistema, ferem valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Admitir a ação declaratória como meio de neutralizar os efeitos da revelia é o mesmo que banalizar a existência de prazos e as consequências previstas no sistema para a inércia dos litigantes. É legitimar o desvio da ação declaratória, que parece estar de acordo com o ordenamento jurídico, mas cuja única finalidade é transgredir as suas normas, violando o instituto da preclusão, o princípio da boa-fé processual e, a nível constitucional, o devido processo legal.

Nessa perspectiva, destaca-se a interpretação de Heitor Vitor Mendonça Sica sobre a resposta do réu. Segundo sustenta, embora limitada ao pedido de improcedência da demanda do autor, a resposta do réu deve ser interpretada como uma demanda declaratória de inexistência da relação jurídica afirmada em juízo, inclusive, apta à formação da coisa julgada material<sup>308</sup>.

Logo, ao proferir sentença, o magistrado não estaria julgando apenas a demanda do autor, posta na petição inicial, mas também a demanda declaratória do réu, apresentada na contestação<sup>309</sup>. Em síntese e exemplificando: “equipara-se a posição do sujeito que se defende de demanda de cobrança alegando a inexistência da relação jurídica que origina a alegada dívida e ajuíza uma demanda autônoma declaratória negativa com a mesma finalidade.”<sup>310</sup>

A declaração de inexistência da relação jurídica afirmada pelo autor, portanto, é exatamente o que o réu pediria em sua contestação. Trata-se de demanda idêntica à que seria apresentada por meio de uma ação declaratória autônoma, composta pelas mesmas partes, causa de pedir e pedido. Note-se: ainda que o réu seja revel, a demanda do autor pode ser julgada improcedente, sendo declarada a inexistência

---

<sup>308</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro – Um Estudo Sobre a Posição do Réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 299.

<sup>309</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro – Um Estudo Sobre a Posição do Réu*, op. cit., p. 299.

<sup>310</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro – Um Estudo Sobre a Posição do Réu*, op. cit., p. 236.

da relação jurídica afirmada em juízo. Vale dizer, a improcedência é sempre um resultado possível do julgamento da demanda, de modo que a ação declaratória autônoma proposta pelo réu revel corresponde exatamente ao reverso da demanda que já está posta em juízo.

Ocorre que, uma vez proposta a demanda do autor, a pretensão do réu de ver declarada a inexistência da relação jurídica afirmada passa a ter prazo para ser exercida – o prazo previsto para contestação. Nessas circunstâncias, o exercício da pretensão estará submetido a um prazo determinado, assim como se verifica na disciplina da ação rescisória e dos embargos à execução (caso se considere que estes embargos possuem natureza de ação judicial). Por essa razão é que a propositura de ação declaratória de inexistência do direito do autor, fora do prazo de contestação, representa conduta abusiva e contrária ao princípio da boa-fé, apenas revestida de aparente licitude e amparada numa visão formalista e assistemática<sup>311</sup>.

Se é necessária a aplicação dos efeitos da revelia para se manter a transparência e a organização do processo enquanto ato complexo – ainda que não se chegue à solução mais justa –, não se pode admitir uma manobra como esta. O sujeito deve ser responsável por seus próprios atos, assumindo as consequências de sua inércia. Conforme demonstrado, o processo é marcha avante, não admite retrocessos e comportamentos contraditórios que violem a confiança e que tornem o procedimento um jogo de estratégias desleais.

### 5.3. A UTILIZAÇÃO DE DEFESA HETEROTÓPICA PELO EXECUTADO APÓS O PRAZO PARA OFERECIMENTO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO

O direito de defesa do executado pode ser exercido por meio de embargos à execução, de impugnação, de exceção de pré-executividade ou de ações autônomas, denominadas *defesas heterotópicas do executado*.

---

<sup>311</sup> Cumpre ressaltar que, embora utilizadas as premissas defendidas por Heitor Vitor Mendonça Sica, o autor citado apresenta conclusão contrária à defendida no presente trabalho, admitindo a propositura de ação declaratória de inexistência do direito autor mesmo após o prazo de contestação. (*O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro – Um Estudo Sobre a Posição do Réu*, op. cit., p. 236)

Originalmente, o Código de Processo Civil determinava que cada espécie de atividade jurisdicional deveria ser realizada por meio de uma demanda própria, de um processo autônomo. Contudo, o referido “sistema de estratificação das atividades jurisdicionais em processos”<sup>312</sup> sofreu profundas alterações, cedendo espaço ao denominado processo sincrético.

A princípio, a Lei Federal n. 8.962/1994 estabeleceu que as ações relativas às *obrigações de fazer e de não fazer* concentrariam as atividades cognitivas e executivas no mesmo processo (art. 461, CPC). Em seguida, a Lei Federal n. 10.444/2002 estendeu tal disciplina às ações cujo objeto correspondesse às *obrigações de dar coisa* (art. 461-A, CPC). Por fim, as *obrigações de pagar quantia* também passaram a ser resolvidas por meio de processo sincrético, sendo efetivadas na mesma relação processual em que certificadas, por força da Lei Federal n. 11.232/2005.

A reforma legislativa implementada por essas leis consagrou o sincretismo processual, disciplinando o procedimento de execução como uma fase do processo em que é certificado o direito a ser efetivado: a fase de *cumprimento de sentença*. Nesses casos, a execução não mais se realiza por meio de processo autônomo; seus atos são praticados nos autos do processo de conhecimento, que passa a ter uma função também executiva. Cabe ao executado apresentar sua defesa em 15 dias, sob a forma de *impugnação*, que também será processada nos mesmos autos. Nota-se que a impugnação, servindo como a contestação da fase executiva, revelou a essência de defesa que os embargos à execução já apresentavam<sup>313</sup>.

O sistema brasileiro passou a determinar, como regra, que as atividades jurisdicionais sejam concentradas numa mesma relação jurídica processual, salvo

---

<sup>312</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. “Defesas do executado”. *A nova execução de títulos judiciais: comentários à lei n. 11.232/2005*. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini (Coord.). Saraiva, 2006, p. 131.

<sup>313</sup> Em sentido contrário, sustentando que os embargos à execução apresentam natureza de ação: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. Bestbook, p. 261-262; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 288; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 57; ZAVASCKI, Teori Albino. “Defesas do executado”, op. cit., p. 134.

nos casos em que a execução, necessariamente, dá origem a novo processo (execução de títulos extrajudiciais, execução das sentenças penal, arbitral e estrangeira, execução da sentença proferida em processo coletivo e execução contra a Fazenda Pública)<sup>314</sup>. Nestas hipóteses, os embargos permanecem como meio de defesa do executado embora se apresentem sob a forma de ação de conhecimento autônoma<sup>315</sup>.

Conforme o art. 738 do CPC, “os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação”. Adiante, ao tratar das hipóteses de indeferimento da petição inicial dos embargos à execução, o art. 739, inciso I, do CPC prevê que “o juiz rejeitará liminarmente os embargos quando intempestivos”, vale dizer, impõe a incidência da preclusão ao executado que não oferecer seus embargos dentro do prazo legal.

Considerando que os embargos à execução, materialmente, representam a defesa do executado – embora apresentados sob a forma de ação de conhecimento –, questiona-se qual seria a consequência da perda de prazo para seu oferecimento. Nessa hipótese, os efeitos seriam os mesmos decorrentes da perda de prazo para apresentar impugnação na fase de cumprimento de sentença, ou seja, haveria preclusão? O fato de os embargos à execução se apresentarem sob a forma de ação de conhecimento autônoma tornaria impróprio<sup>316</sup> o respectivo prazo legal?

Sabe-se que o devedor, antes de iniciada a execução, pode propor qualquer ação visando à invalidação do título executivo ou à declaração de inexistência da obrigação nele certificada. Igualmente, se já estiver em curso o processo executivo, o devedor também está autorizado, com fundamento no direito constitucional de ação, a buscar a invalidação do título ou a declaração de inexistência da obrigação

---

<sup>314</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. “Defesas do executado”, op. cit., p. 112.

<sup>315</sup> DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo J. C. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 5, p. 342.

<sup>316</sup> Humberto Theodoro Jr. estabelece a distinção entre *prazos próprios* e *prazos impróprios*, afirmando que os primeiros “delimitam o tempo útil para as partes exercerem suas faculdades no processo, e que ao seu termo final geram preclusão, caso não se tenha feito uso do expediente franqueado ao litigante interessado”, enquanto os prazos impróprios são “assinalados aos órgãos judiciários, e de cuja inobservância não decorre consequência ou efeito processual”. (“A preclusão no processo civil”, op. cit., p. 22)

por meio de ações autônomas, que funcionam como defesas heterotópicas do executado e que não se submetem ao prazo de quinze dias.

Todavia, por que o executado, citado para apresentar embargos no prazo de 15 (quinze) dias, poderia manter-se inerte e, em momento posterior, apresentar sua defesa por meio de ação autônoma? Ressalta-se, aliás, que o executado encontra-se em situação menos favorável que um réu num processo de conhecimento, pois a obrigação certificada no título executivo goza de presunção de liquidez e de certeza. Como observa Paulo Hoffman, “o réu (condição similar ao executado, só que sem pesar contra ele a força de um título executivo) tem, em regra, o prazo peremptório de 15 dias para contestar o pedido inicial sob pena de revelia e seus efeitos”<sup>317</sup>.

Parece não haver razão para que o executado receba tratamento diferenciado, valendo-se de ações autônomas para escolher a forma e o momento em que apresentará sua defesa. Essa liberdade geraria insegurança e retrocessos no procedimento executivo, o que não se pode admitir, sobretudo após a reforma legislativa acima mencionada, cujo objetivo foi tornar a execução mais célere e efetiva. Se não for possível extrair tal conclusão da interpretação sistemática e teleológica do CPC, Paulo Hoffman sugere, *de lege ferenda*, “que se defina que a não apresentação dos embargos do devedor acarreta a perda do direito de desconstituir o título executivo, como forma de impedir que o devedor venha, posteriormente, valer-se de ação autônoma para a mesma finalidade”<sup>318</sup>.

Efetivamente, se o executado não apresentou embargos dentro do prazo legal, não poderá se valer de uma ação autônoma, haja vista a incidência da preclusão sobre o direito de se manifestar contra a execução que lhe foi oposta<sup>319</sup>. A solução para o problema pode ser extraída do ordenamento jurídico, sendo desnecessária uma

---

<sup>317</sup> HOFFMAN, Paulo. “Consequências da perda do prazo para interposição dos embargos à execução. Será o executado o único litigante diferenciado de todos os demais?”. *Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Ernane Fidélis dos Santos [et al] (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>318</sup> HOFFMAN, Paulo. “Consequências da perda do prazo para interposição dos embargos à execução. Será o executado o único litigante diferenciado de todos os demais?”, *op. cit.*

<sup>319</sup> Em sentido contrário, partindo da premissa de que os embargos à execução possuem natureza de ação, Araken de Assis defende a possibilidade de o executado apresentar suas alegações por meio de ação autônoma em qualquer momento, sendo que a perda do prazo apenas implicaria obstáculo à suspensão do procedimento executivo. (*Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1.125)

alteração legislativa para disciplinar os efeitos da perda de prazo quanto ao oferecimento dos embargos à execução. A previsão de prazos processuais, com fundamento no princípio da boa-fé, garante a marcha avante do procedimento e a estabilidade da relação jurídica, evitando manobras desleais que criem obstáculos à efetivação do direito material.

Ressalva-se a possibilidade de utilização das defesas heterotópicas, após o prazo para oferecimento de embargos, apenas para arguir fatos supervenientes, objeções e questões que possam ser suscitadas a qualquer tempo, em analogia à regra prevista no art. 303 do Código de Processo Civil<sup>320</sup>. Logo, salvo em relação às matérias que não se submetem à preclusão, não se pode admitir a utilização de defesa heterotópica como sucedâneo dos embargos à execução intempestivos. Ocorrendo o ajuizamento de uma ação autônoma com esse fim, o juiz somente deverá receber como defesa as matérias que poderiam ser alegadas a qualquer tempo e o que estiver relacionado com fatos supervenientes, como se admite em caso de impugnação intempestiva na fase de cumprimento de sentença<sup>321</sup>.

Segundo Fredie Didier Jr., “permitir o ajuizamento desta ação autônoma, conexa à execução e com conteúdo idêntico ao dos embargos que poderiam ter sido opostos, é conferir ao executado a possibilidade de *driblar* as regras processuais examinadas”. O autor observa que o Código de Processo Civil conferiu aos embargos tratamento semelhante ao previsto para a contestação, pois a intempestividade limita o direito de defesa do executado. Caso contrário, seria favorecida a deslealdade e o abuso de direito pelo executado, que estaria livre para

---

<sup>320</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*, op. cit., p. 348.

<sup>321</sup> Teori Albino Zavascki, ao analisar a fase de cumprimento de sentença, defende que a impugnação apresentada pelo executado, em alguns casos, deverá ser considerada pelo juiz ainda que tenha sido apresentada tardiamente, desde que seja alegada qualquer das matérias previstas no art. 475-L: “sendo relevante a fundamentação da impugnação intempestiva e mesmo quando depender de produção de prova, nada impede que o juiz – diferentemente do que ocorria com a exceção de pré-executividade – receba e processe a petição”. O autor afirma, inclusive, que “a falta e a intempestividade da impugnação não têm, por si só, qualquer eficácia preclusiva em relação às matérias do art. 475-L do CPC”, justificando que tal flexibilidade não comprometeria o andamento da execução, haja vista a ausência de efeito suspensivo decorrente da impugnação (art. 475-M, CPC). (“Defesas do executado”, op. cit., p. 141-142)

se insurgir à execução quando fosse conveniente, inclusive de maneira fracionada, inviabilizando a efetivação do direito certificado no título executivo<sup>322</sup>.

A prorrogação e o fracionamento da defesa do executado por meio de ações autônomas, portanto, não contribuem para a realização de um processo leal, desviando-se da preclusão, que é instituto essencial para a concretização do princípio da boa-fé no processo civil. Independentemente da natureza jurídica que se atribua aos embargos, o prazo legal previsto para o seu oferecimento deve ser observado, sob pena de se atentar contra a segurança jurídica, a duração razoável do processo e a efetividade do procedimento executivo.

#### 5.4. A *SUPPRESSIO* DO DIREITO DE REMIR

A reforma realizada pela Lei Federal n° 11.382/2006 gerou alterações relevantes na disciplina da execução por quantia certa, dentre as quais destacamos a inclusão do art. 685-A no Código de Processo Civil – que estendeu o direito de adjudicar ao cônjuge, aos descendentes ou aos ascendentes do executado<sup>323-324</sup> –, bem assim a revogação dos dispositivos que regulavam a remição no referido diploma. Antes da reforma processual, os sujeitos mencionados somente tinham direito de remir os bens penhorados na execução, depositando o valor correspondente ao preço da

---

<sup>322</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*, op. cit., p. 348. Em sentido contrário, Teori Albino Zavascki: “Assim, não tendo sido proposta a ação de embargos ou tendo o respectivo processo sido extinto sem julgamento de mérito, nada impede que o devedor intente outra ação cognitiva com aquele mesmo propósito, embora sem a eficácia de suspender a ação executiva, cujos atos podem ser paralelamente praticados.” (*Comentário ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Revista dos Tribunais, 2003, v. 8, p. 227)

<sup>323</sup> “Art. 685-A. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados. §1º Se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente. §2º Idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado. §3º Havendo mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles à licitação; em igualdade de oferta, terá preferência o cônjuge, descendente ou ascendente, nessa ordem. §4º No caso de penhora de quota, procedida por exequente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios. §5º Decididas eventuais questões, o juiz mandará lavrar o auto de adjudicação.”

<sup>324</sup> Segundo adverte Fredie Didier Jr., por analogia, a referência a “cônjuge” também abrange a figura do companheiro. (“Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”, op. cit., p. 177)



alienação (arrematação ou adjudicação), conforme dispunham os art. 787 a 790 do CPC, ora revogados<sup>325</sup>.

A remição foi criada para viabilizar a conservação do patrimônio familiar, pois autorizava o resgate do bem oferecido como garantia à execução, quando fosse adjudicado ou arrematado em hasta pública, evitando sua aquisição por pessoas estranhas à família do executado. O instituto possibilitava que seus familiares mais próximos – cônjuge, companheiro, descendentes ou ascendentes – salvassem da execução o bem penhorado, adquirindo-o após a adjudicação ou a arrematação, com o pagamento do respectivo preço<sup>326</sup>.

A adjudicação e a remição são direitos potestativos que se exercem para obter um bem penhorado na execução. O direito de adjudicar se realiza antes que o bem seja transferido, impedindo a arrematação por terceiros (ou a adjudicação por outros legitimados, em relação aos quais tem preferência a família do executado). Por sua vez, o direito de remir é exercido para resgatar o bem já desvinculado do patrimônio familiar, quando tenha sido arrematado ou adjudicado. Quanto à adjudicação, o preço corresponde ao valor de avaliação do bem. Na remição, o preço varia conforme a espécie de alienação desfeita: se adjudicação, paga-se o valor mencionado; se arrematação, paga-se o valor do lance vencedor, que poderá ser inferior ao fixado na avaliação<sup>327</sup>.

A nova legitimação para adjudicar, conferida aos membros da família do executado, possui o mesmo fundamento que o revogado direito de remir, mas permite sua atuação antes que o bem penhorado deixe o patrimônio familiar, razão por que já não se pode falar em *resgate*, pois tal aquisição precede eventual alienação a terceiros. Observe-se que esses sujeitos não precisam, como ocorria na remição, aguardar a realização da hasta pública ou a adjudicação do bem; poderão adquiri-lo

---

<sup>325</sup> “Art. 787. É lícito ao cônjuge, ao descendente, ou ao ascendente do devedor remir todos ou quaisquer bens penhorados, ou arrecadados no processo de insolvência, depositando o preço por que foram alienados ou adjudicados.”

<sup>326</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”, op. cit., p. 177.

<sup>327</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”, op. cit., p. 179.

com o pagamento do respectivo preço (valor da avaliação), tendo preferência em relação aos demais legitimados para adjudicar, se houver igualdade de ofertas<sup>328</sup>. Em síntese, “conferiu-se a tais sujeitos um direito mais abrangente: podem adquirir qualquer bem, independentemente da existência de prévia arrematação ou adjudicação, como outrora, desde que, para isso, depositem no mínimo o valor alcançado na avaliação”<sup>329</sup>.

Embora tenham sido expressamente revogados os dispositivos que regulavam a remição no diploma processual, o instituto permanece vivo no ordenamento jurídico, por força do art. 1.482 do Código Civil, que prevê o direito de remir o imóvel hipotecado, sendo legitimados para exercê-lo o executado, seu cônjuge (ou companheiro), descendentes e ascendentes<sup>330</sup>. Desse modo, haja vista a omissão do legislador reformista, a referida norma material suscita dúvida quanto à possibilidade de remição do imóvel na execução hipotecária, bem como em relação à compatibilidade desta hipótese remanescente com a nova disciplina da execução por quantia certa.

Contudo, realizada a alienação judicial do imóvel hipotecado, permitir sua remição pelos familiares do executado, que poderiam tê-lo adjudicado inicialmente, implicaria a concessão de vantagem excessiva a eles, em detrimento do adquirente do bem (arrematante ou adjudicante). O direito de remir gera consequências graves sobre o negócio jurídico processual, desfazendo-o com a finalidade de garantir a integridade patrimonial da família. Logo, estendido ao cônjuge, ao companheiro, aos ascendentes e aos descendentes o direito de adjudicar – mais amplo que o direito de remir, pois independe de prévia arrematação ou adjudicação –, não há razão para autorizá-los a resgatar o imóvel alienado na execução hipotecária, com fundamento no art. 1.482 do Código Civil.

---

<sup>328</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”, op. cit., p. 178.

<sup>329</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”, op. cit., p. 178.

<sup>330</sup> “Art. 1.482. Realizada a praça, o executado poderá, até a assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, remir o imóvel hipotecado, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido. Igual direito caberá ao cônjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado.”

Antes da reforma processual, ao adquirir um bem penhorado, o arrematante ou adjudicante sabia que poderia perdê-lo para alguém da família do executado, em decorrência do direito de remir. Atualmente, porém, o adquirente já não conta com o desfazimento do negócio jurídico, porquanto a ausência de adjudicação do bem, objetivamente, gera a expectativa legítima de que aqueles sujeitos não teriam interesse em conservá-lo no patrimônio familiar. Assim, a busca tardia pela aquisição, por meio da remição, quebraria a confiança suscitada no adquirente pelos legitimados a adjudicar, contrariando um comportamento omissivo anterior, em violação ao princípio da boa-fé.

Trata-se de uma hipótese de *suppressio* processual, na qual ocorre a perda do direito de adquirir o bem penhorado em razão da inércia dos familiares do executado. Esse comportamento omissivo desperta a confiança do adquirente (arrematante ou adjudicante) quanto à estabilidade do negócio jurídico realizado, que não deve ser contrariada, posteriormente, pelo exercício tardio do direito de remir<sup>331</sup>. Em síntese, “o não-exercício do direito de adjudicar é conduta que implica a perda do direito de remir, até como forma de proteger a boa-fé do terceiro adquirente, que tem a expectativa de não ser *surpreendido* com o resgate do bem que acabara de adquirir.”<sup>332</sup>

Havendo hasta pública sem licitantes, por óbvio, todos os legitimados a adjudicar poderão exercer seu direito em relação ao bem penhorado, nos termos da lei<sup>333</sup>. Neste caso, a atuação tardia dos legitimados não ofenderia o princípio da boa-fé, pois sua conduta omissiva não teria gerado expectativas legítimas, que pudessem ser frustradas pela prática de um comportamento contraditório. Note-se que aí não se trata do exercício tardio do direito de remir, mas da adjudicação do bem que não foi arrematado em hasta pública.

---

<sup>331</sup> Embora sem fazer referência ao princípio da boa-fé, Humberto Theodoro Jr. afirma: “Em lugar de aguardar a arrematação para apresentar o requerimento de remição (art. 788), o pleito do cônjuge, descendente ou ascendente deverá ser manifestado logo após a avaliação e antes que a expropriação seja encaminhada para a alienação forçada por iniciativa particular ou em hasta pública.” (*A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121)

<sup>332</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”, op. cit., p. 178-179.

<sup>333</sup> THEODORO JR., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*, op. cit., p. 122; DIDIER Jr., Fredie. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”, op. cit., p. 178.

Por outro lado, ocorrida a arrematação do bem, em sede de execução hipotecária, sua remição somente poderá ser realizada pelo próprio executado, nos termos do art. 1.482 do Código Civil, sendo esta a única hipótese de aplicação do dispositivo depois da vigência da Lei Federal n. 11.382/2006. Após a aludida reforma, os membros da família do executado deverão exercer seu direito em conformidade com o art. 685-A do Código de Processo Civil, que revogou parcialmente o dispositivo do Código Civil neste particular<sup>334</sup>.

#### 5.5. OFERECIMENTO DE BEM À PENHORA E POSTERIOR ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE PELO EXECUTADO

A penhora tem a finalidade de delimitar a responsabilidade patrimonial do executado, cujo patrimônio é reservado, parcial ou totalmente, para se destinar à expropriação e posterior satisfação do crédito do exequente<sup>335</sup>. Trata-se de ato processual que garante ao exequente a efetividade do direito certificado no título executivo, de modo que a dilação gerada pelo contraditório não será capaz de frustrar a satisfação do seu crédito ao final do procedimento.

Atualmente, com as alterações realizadas pela Lei n. 11.382/2006, o oferecimento dos embargos à execução de título extrajudicial por quantia certa independe da penhora (art. 736, CPC), que passou a ser prevista como pressuposto apenas para concessão do efeito suspensivo aos embargos (art. 739-A, §1º, CPC).

Quanto ao cumprimento de sentença, segundo dispõe o art. 475-J, §1º, a penhora ainda seria pressuposto para apresentar impugnação, a defesa do executado. Contudo, a doutrina ressalva que a lei que alterou a disciplina dos embargos à execução é posterior àquela que dispôs sobre o regramento da impugnação ao cumprimento de sentença. Conclui-se, numa interpretação sistemática, que a penhora, também quanto à defesa do executado no cumprimento de sentença,

---

<sup>334</sup> DIDIER Jr., Fredie. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”, op. cit., p. 178-179.

<sup>335</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*, op. cit., p. 535.

apenas seria pressuposto para a concessão de efeito suspensivo (art. 475-M, CPC) – interpretação que evita a coexistência de regras diversas a respeito de fenômenos essencialmente semelhantes<sup>336</sup>.

Ainda no contexto da reforma legislativa, a regra deixou de ser a da *nomeação de bens à penhora*, segundo a qual o executado tinha direito de indicar os bens que seriam objeto de expropriação e posterior satisfação do direito do exequente<sup>337</sup>. Conforme as alterações promovidas pelas Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, o credor passou a ter a faculdade de indicar os bens do devedor para garantir a execução (respectivamente, art. 475-J, §3º, e art. 652, §2º, do CPC).

Caso o exequente não indique bens do executado, e o oficial de justiça não encontre bens suficientes para garantir a satisfação do crédito, é que o juiz intimará o executado, de ofício ou a requerimento do exequente, para indicar bens à penhora em cinco dias (art. 652, §3º, CPC). Em síntese: “o *direito à nomeação de bens à penhora pelo devedor* transformou-se em *dever de indicar bens à penhora*”<sup>338</sup>. Ressalta-se que esta regra, cuja previsão está expressa na disciplina da execução de título extrajudicial, deve ser aplicada também à fase de cumprimento de sentença, haja vista a norma de aplicação subsidiária disposta no art. 475-R do Código de Processo Civil<sup>339</sup>.

Existem restrições, contudo, à penhorabilidade dos bens do devedor, como dispõem os arts. 648 e 649 do CPC. Trata-se de exceção prevista para protegê-lo, resultado da ponderação entre o direito fundamental à tutela executiva e a dignidade da pessoa do executado, que não deve ser privado de bens essenciais à sua sobrevivência. A impenhorabilidade é técnica processual, portanto, que limita o

---

<sup>336</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 2, p. 473-474.

<sup>337</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, op. cit., p. 455.

<sup>338</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*, op. cit., p. 535.

<sup>339</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*, op. cit., p. 535.

exercício do direito fundamental do credor com o objetivo de resguardar direitos fundamentais do devedor, diretamente relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana<sup>340</sup>.

Hoje, considerando que a regra é a indicação de bens à penhora pelo exequente, existem razões ainda maiores para se proteger o patrimônio necessário à sobrevivência digna do executado. O exequente, certamente, não terá conhecimento ou não estará preocupado com a realidade econômica e com as consequências suportadas pelo executado em razão da expropriação do seu patrimônio, podendo, inclusive, abusar do direito à tutela executiva para lhe impor restrições desnecessárias, inadequadas e desproporcionais. A regra de impenhorabilidade, pois, além de preservar a sobrevivência digna do executado, evita possíveis abusos que poderiam ser cometidos pelo exequente.

Como exposto acima, ainda há casos em que o executado é quem indica bens à penhora – quando o exequente não indica e o oficial de justiça não encontra patrimônio suficiente para garantir a satisfação do crédito (art. 652, §3º, CPC). Nestas circunstâncias, ao menos em tese, não deveria haver preocupação quanto à situação do executado em razão da penhora de seus bens. A proteção à sua dignidade e a precaução contra eventuais abusos pelo exequente não mais seriam necessárias, já que a indicação partiria do próprio titular do patrimônio penhorado.

Entretanto, como vem sendo demonstrado ao longo deste trabalho, na prática, verifica-se o desvio do instituto da impenhorabilidade e o seu abuso pelo executado, quando responsável pela indicação de bens à penhora. Valendo-se das regras de impenhorabilidade e desvirtuando o seu fim – frise-se, proteger a dignidade do devedor e evitar possíveis abusos pelo credor –, o executado indica determinado bem para garantir a execução, mas alega, em momento posterior, que o bem indicado não pode ser objeto de constrição, por ser impenhorável nos termos da lei.

Trata-se, evidentemente, de comportamento contraditório e contrário ao princípio da boa-fé. O próprio executado, principal interessado em preservar seu patrimônio e

---

<sup>340</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*, op. cit., p. 543.

sua dignidade, indica um bem impenhorável e, em seguida, alega a impossibilidade de sua constrição para obstar o prosseguimento da execução. Nesta hipótese, é nítido que a regra prevista para coibir eventuais excessos do exequente tornou-se instrumento de abuso de direito pelo próprio executado: aquele a quem se dirigia a proteção originariamente, ao desvirtuar o instituto, tornou-se o agente abusador, violando a boa-fé objetiva e causando prejuízos ao exequente.

Importante destacar que a deslealdade processual, aqui, revela-se ainda mais grave se considerada a base de confiança sólida sobre a qual atua o exequente. Efetivamente, a conduta contraditória é praticada num procedimento executivo, cujo objetivo é satisfazer direitos já certificados, indicando-se bens à penhora com o exclusivo fim de garantir o resultado útil da execução. Some-se a isso que o executado foi quem escolheu, em seu patrimônio, o bem objeto de constrição, não sendo razoável que a execução seja obstada em decorrência de sua própria alegação de impenhorabilidade.

A alegação do executado apenas se reveste da chamada “capa de licitude”<sup>341</sup>, supostamente amparada nas regras de impenhorabilidade previstas no CPC. Contudo, o exercício dessa posição jurídica processual, assim como de qualquer outra, deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico, sobretudo com o princípio da boa-fé, que não admite comportamentos desleais e contraditórios entre os sujeitos de uma relação jurídica.

Por óbvio, não é necessária uma disposição expressa no sentido de que o executado somente pode alegar a impenhorabilidade do bem quando não tenha sido ele quem o indicou para garantir a execução. Ainda assim – não obstante a previsão do devido processo legal e da boa-fé objetiva em nosso ordenamento jurídico –, o Código de Processo Civil possui dois dispositivos específicos para preservar a lealdade e a cooperação no procedimento executivo, impondo sanções ao litigante que contrariar tais comandos (arts. 600 e 601, CPC). Em suma: “Opor-se à execução é direito do executado. O que a lei rechaça é oposição maliciosa, ardisosa,

---

<sup>341</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, op. cit., p. 116.

artificial, pois extrapola os limites do exercício regular de tal direito. A conduta deixa de ser regular para ser abusiva.”<sup>342</sup>

A alegação de impenhorabilidade de bem indicado pelo próprio executado, portanto, é conduta que frustra as expectativas legítimas geradas por seu comportamento anterior, com base no qual o exequente confiou na validade dos executivos realizados para garantir o resultado útil da execução. Com fundamento no princípio da boa-fé – especificamente, na função preventiva da vedação ao *venire contra factum proprium* –, tal espécie de alegação deve ser inadmitida pelo magistrado, prosseguindo-se a execução com a garantia oferecida pelo devedor. Na melhor hipótese, o executado poderia, se não causasse prejuízo algum ao exequente, requerer a substituição do bem penhorado, nos termos dos arts. 656 e 668 do Código de Processo Civil<sup>343</sup>.

Não se pode esquecer que o executado é devedor e tem de cumprir a obrigação certificada no título executivo. São conferidas a ele algumas prerrogativas, decorrentes da ponderação entre os valores que protegem, por exemplo, o direito à tutela executiva e a dignidade da pessoa humana. Mas não se deve tolerar manobras desleais praticadas com o objetivo de frustrar a execução e, em última análise, a satisfação do direito do exequente.

As regras de impenhorabilidade são resultado de um juízo de ponderação abstrato realizado pelo legislador, que decidiu priorizar a dignidade da pessoa humana em detrimento do direito fundamental à tutela executiva. Isso não quer dizer, contudo, que a aplicação destas regras, no caso concreto, seja absoluta, mesmo porque se

---

<sup>342</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*, op. cit., p. 322.

<sup>343</sup> Não tem sido esse, porém, o entendimento afirmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, razão pela avulta a importância de debate e releitura dos instrumentos processuais sob a perspectiva da boa-fé objetiva: (REsp 875.687/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMAO, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 22/08/2011); (REsp 714.858/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 25/11/2011); (AgRg no REsp 813.546/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 314); (REsp 526.460/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/10/2003, DJ 18/10/2004, p. 184).



trata de direito disponível pelo executado<sup>344</sup>. Se a alegação de impenhorabilidade conflitar com o princípio da boa-fé, por exemplo, o juiz deverá proceder a um juízo de ponderação e, eventualmente, julgar inconstitucional a aplicação da regra de impenhorabilidade no caso concreto<sup>345</sup>.

Em se tratando da limitação entre direitos fundamentais, há de se utilizar a metodologia adequada para aplicação das respectivas normas de proteção<sup>346</sup>. Verificado que a alegação de impenhorabilidade revela comportamento contraditório, que implica restrição excessiva ao direito do exequente, por meio de um juízo de ponderação diante das circunstâncias concretas, é possível inadmitir tal alegação de impenhorabilidade para proteger o direito fundamental à tutela executiva contra os abusos praticados pelo executado.

---

<sup>344</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*, op. cit., p. 546-547.

<sup>345</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 165; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*, op. cit., p. 544.

<sup>346</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Execução Civil*. 3ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 2008, p. 92

## 6. CONCLUSÕES

Diante de tudo o que foi exposto neste trabalho, podemos extrair as seguintes conclusões:

- a)** A boa-fé objetiva é princípio que impõe um padrão de comportamento leal, honesto e de colaboração, traduzindo um modelo de eticização das relações jurídicas. Sua incidência decorre de uma análise externa ao sujeito, com foco na proteção da confiança suscitada na contraparte por seu comportamento, independentemente de sua intenção. A boa-fé subjetiva é fato, reporta-se a um estado psicológico, em razão do qual o indivíduo acredita ser titular de um direito ou ignora determinada realidade, como a lesão à esfera jurídica alheia.
- b)** A vedação ao *venire contra factum proprium* é regra derivada do princípio da boa-fé. Proíbe os comportamentos contraditórios que violem a confiança minimamente necessária às relações jurídicas, consistindo numa vedação genérica à deslealdade. Esta modalidade de exercício inadmissível de direitos objetiva tutelar a previsão de confiança gerada pela própria conduta, quando se cria, no *alter* ou em terceiros, a expectativa legítima de manutenção do comportamento assumido pelo exercente, sendo fator relevante para sua incidência a aquisição de uma situação jurídica pela contraparte, não a mera repressão ao comportamento contraditório.
- c)** O *venire contra factum proprium* pressupõe dois comportamentos praticados pelo mesmo sujeito, lícitos em si e diferidos no tempo, sendo o primeiro – o *factum proprium* – contrariado pelo segundo. Ocorre quando o sujeito, de forma que não vincule especificamente a sua conduta, manifesta a intenção de praticar determinado ato ou de abster-se em relação ao seu exercício, contrariando, em seguida, tal comportamento. Recorre-se ao princípio da boa-fé exatamente em razão desta ausência de vinculação, pois, do contrário, bastaria invocar a figura do inadimplemento obrigacional.
- d)** O *venire contra factum proprium*, enquanto modalidade de exercício inadmissível de direitos, enquadra-se como uma espécie de ato abusivo, especificamente,

aquela decorrente da violação à boa-fé objetiva. O sujeito que se comporta de modo contraditório, contrariando as expectativas legítimas geradas por seus próprios atos, afasta-se do padrão de confiança e de lealdade imposto pelo princípio da boa-fé, configurando uma das hipóteses previstas no art. 187 do Código Civil. Trata-se de comportamento situado na zona de interseção entre o abuso de direito e a boa-fé objetiva: o comportamento contraditório, embora aparentemente lícito, é abusivo por contrariar o princípio da boa-fé.

- e)** A vedação ao *venire contra factum proprium* pode gerar consequências diversas, seja para impedir a ocorrência do comportamento contraditório, seja para reparar eventuais danos decorrentes da quebra da confiança. O efeito preventivo destaca-se como o mais importante, situando o *venire contra factum proprium* entre as modalidades de exercício inadmissível de direitos. Com base nessa eficácia preventiva, é possível sustentar a inadmissibilidade de condutas desleais e contrárias à boa-fé objetiva pelos sujeitos da relação jurídica processual.
- f)** São derivações da vedação ao *venire contra factum proprium*: o *tu quoque*, a *suppressio* e a *surrectio*, a inalegabilidade de invalidades.
- g)** O padrão de comportamento ético e leal que se extrai do princípio da boa-fé deve conduzir a atuação de todos os sujeitos do processo. Hoje, os institutos processuais são informados por forte carga valorativa, notadamente de cunho constitucional, afastando-se a ideia de um processo civil marcado pelo formalismo estéril. O princípio da cooperação ganha destaque diante desta concepção de relação processual, em que o contraditório se apresenta como uma manifestação democrática de exercício do poder.
- h)** Associada aos princípios do contraditório e da cooperação, a boa-fé objetiva se ampara na cláusula do devido processo legal, imprimindo conteúdo ético ao processo civil, ao reprimir o exercício inadmissível de poderes processuais, representado por atos contraditórios e desleais. À luz do princípio da boa-fé, não se admite que um sujeito surpreenda os demais com condutas que, embora formalmente fundamentadas, sejam contrárias aos princípios de proteção da confiança e de lealdade que devem informar a relação jurídica processual.

- i)** O princípio da cooperação está intimamente ligado à boa-fé objetiva, na medida em que se contrapõe a um debate processual obscuro, contrário ao dever de lealdade entre os sujeitos do processo e, por conseguinte, ao devido processo legal. Processo devido é processo sem surpresas, sem “cartas na manga”, informado por uma relação jurídica clara, que proporciona a ampla defesa e a efetiva possibilidade de as partes influenciarem nas decisões judiciais, bem como evita a decretação de invalidades processuais.
- j)** A jurisdição não poderia alcançar seu principal fim, materializado na rápida e justa solução dos conflitos, se a marcha processual fosse conduzida aleatoriamente, sem limites lógicos e temporais, razão por que a preclusão consiste em técnica processual indispensável para a condução do diálogo jurisdicional, limitando os poderes dos sujeitos do processo, sem violar o contraditório, a ampla defesa e os demais princípios extraídos da cláusula do devido processo legal.
- k)** O princípio da boa-fé está implícito no sistema de preclusões, haja vista a fixação de limites para a atividade dos atores processuais, vedando-se o exercício de poderes preclusos, independentemente da intenção do sujeito. A preclusão contribui para a condução da relação jurídica processual segundo um padrão de comportamento leal, honesto e de colaboração, pois o procedimento se torna previsível para seus participantes, estando apto a amparar a previsão de confiança suscitada em cada sujeito do contraditório.
- l)** Ao impedir o exercício de condutas incompatíveis, a preclusão lógica resguarda a confiança e a boa-fé dos sujeitos do processo, consagrando a vedação ao *venire contra factum proprium* no sistema jurídico processual.
- m)** A *suppressio* processual consiste numa preclusão lógica fundada no princípio da boa-fé, porquanto o poder que se quer exercer é incompatível com a inação anterior do titular, restando impedido por contrariar a expectativa legítima dos demais sujeitos do processo, de que não mais seria praticado. A aplicação da *suppressio* processual sempre deverá ser precedida por um juízo de ponderação

entre as formas jurídicas, que buscam imprimir certeza e objetividade ao procedimento, e o princípio da boa-fé objetiva, indispensável para resguardar a lealdade e a cooperação entre os sujeitos processuais, garantindo a realização do devido processo legal.

- n)** O princípio da boa-fé representa um contrapeso ao dogma das questões de ordem pública, pois a invalidação de atos processuais não pode resultar do exercício de condutas incoerentes, frustrando a confiança gerada nos demais sujeitos quanto à regularidade do procedimento. Controlar a admissibilidade do processo, após longo decurso de tempo e superação de fases processuais, configura *venire contra factum proprium* em relação à inação anterior do juiz, devendo incidir a *suppressio* sobre este poder processual, sob a forma de preclusão lógica.
- o)** Uma vez proposta a demanda do autor, a pretensão do réu de ver declarada a inexistência da relação jurídica afirmada passa a ter prazo para ser exercida – o prazo previsto para contestação. Nessas circunstâncias, o exercício da pretensão estará submetido a um prazo determinado, razão pela qual a propositura de ação declaratória de inexistência do direito do autor, fora do prazo de contestação, representa conduta abusiva e contrária ao princípio da boa-fé, apenas revestida de aparente licitude e amparada numa visão formalista e assistemática.
- p)** A prorrogação e o fracionamento da defesa do executado por meio de ações autônomas não contribuem para a realização de um processo leal, desviando-se da preclusão, que é instituto essencial para a concretização do princípio da boa-fé no processo civil. Independentemente da natureza jurídica que se atribua aos embargos, o prazo legal previsto para o seu oferecimento deve ser observado, sob pena de se atentar contra a segurança jurídica, a duração razoável do processo e a efetividade do procedimento executivo.
- q)** A ausência de adjudicação do bem pelos familiares do executado gera a *suppressio* do direito de remir na execução hipotecária, haja vista que a inércia desses sujeitos produz a expectativa legítima quanto à estabilidade do negócio jurídico celebrado. A busca tardia pela aquisição do bem rompe a confiança

suscitada no adquirente pelos novos legitimados a adjudicar, contrariando um comportamento omissivo pretérito, em afronta ao princípio da boa-fé.

- r)* A alegação de impenhorabilidade de bem indicado pelo próprio executado é conduta que frustra as expectativas legítimas geradas por seu comportamento anterior, com base no qual o exequente confiou na validade dos executivos realizados para garantir o resultado útil da execução. Com fundamento no princípio da boa-fé – especificamente, na função preventiva da vedação ao *venire contra factum proprium* –, tal espécie de alegação deve ser inadmitida pelo magistrado, prosseguindo-se a execução com a garantia oferecida pelo devedor.

## 7. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo Civil)”. *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

ÁVILA, Humberto. “Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Daniel Sarmiento (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Segurança Jurídica no Direito Tributário – Entre Permanência, Mudança e Realização*. São Paulo: USP, 2009.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRUTAU, Jose Puig. *Estudios de derecho comparado – la doctrina de los actos propios*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno – Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 126.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Reus, 2000, t. II.

CONSO, Giovanni. *Il Concetto e le Specie D’Invalidità*. Giuffrè: Milão, 1955.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”. *Leituras Complementares de Direito Civil. O direito civil-constitucional em concreto*. Cristiano Chaves de Farias (coord). Salvador: Juspodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 1.

\_\_\_\_\_. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 32, v. 146, abril de 2007.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. “Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil”. *Revista de Processo*, v. 171, 2009.

\_\_\_\_\_. “O princípio da cooperação: uma apresentação”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 127.



\_\_\_\_\_. “Princípio do contraditório: aspectos práticos”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 29.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. “Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e *suppressio*”. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, ano 18, v. 71, julho/setembro de 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – teoria geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. “O princípio da boa-fé objetiva”. *Principais controvérsias no Novo Código Civil*. Débora Gozzo, José Carlos Moreira Alves e Miguel Reale (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HOFFMAN, Paulo. “Consequências da perda do prazo para interposição dos embargos à execução. Será o executado o único litigante diferenciado de todos os demais?”. *Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Ernane Fidélis dos Santos [et al] (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Bestbook, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. II.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in eligendo*. Coimbra: Almedina, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 34, v. 168, fevereiro de 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Rosemiro Pereira Leal (coord). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2010.

RANIERI, Filippo. *Rinuncia Tacita e Verwirkung*. CEDAM: Padova, 1971.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Execução Civil*. 3ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 2008.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro – Um Estudo Sobre a Posição do Réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: LEX, 1997.

THEODORO JR., Humberto. “A preclusão no processo civil”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 90, v. 784, fevereiro de 2001.

\_\_\_\_\_. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

WIEACKER, Franz. *El principio general de La buena fe*. Madrid: Civitas, 1977.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentário ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Revista dos Tribunais, 2003, v. 8.

\_\_\_\_\_. “Defesas do executado”. *A nova execução de títulos judiciais: comentários à lei n. 11.232/2005*. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini (coord.). Saraiva, 2006.