

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Felice Balzano

**O *venire contra factum proprium* no processo civil brasileiro:
o princípio da irretroatividade**

DOUTORADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2016**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Felice Balzano

**O *venire contra factum proprium* no processo civil brasileiro:
o princípio da irretroatividade**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura.

**SÃO PAULO
2016**

BANCA EXAMINADORA

Para Adriana, Giancarlo e Giuliano, my everything.

*Para meu pai, Felice, que por onde andou sempre
deixou um rastro de luz.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura, orientador da tese, pela oportunidade e confiança.

À Professora Doutora Teresa Arruda Alvim Wambier, pelos ensinamentos no doutorado da PUC/SP.

Aos verdadeiros amigos, Cesar Cipriano de Fazio e Rodrigo D'Orio Dantas de Oliveira, Marcos Noboru Hashimoto e Hariel Pinto Vieira, sempre dispostos a ajudar.

À Daniely Barreto, pelo auxílio na bibliografia.

À Adriana, Giancarlo e Giuliano pela compreensão, sem a qual a conclusão do trabalho não seria possível.

À Chiara, pela companhia nos momentos de isolamento.

RESUMO

BALZANO, Felice. *O venire contra factum proprium no processo civil brasileiro: o princípio da irretroatividade*. 2016. 277 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

A tese analisa dogmaticamente a vedação ao *venire contra factum proprium* – criada e amplamente desenvolvida no direito processual civil atual, e integrante da cláusula geral da boa-fé objetiva. O interesse no tema aflorou a partir de uma importante lacuna existente no campo científico, considerando-se que a norma que prevê a vedação ao comportamento contraditório está positivada de forma abjuntiva no ordenamento jurídico de caráter processual, figurando como *ratio decidendi* em diversos precedentes dos tribunais brasileiros, principalmente das Cortes Superiores, e que culminou com a formação de uma substancial construção jurisprudencial. É dizer, existe a linguagem prescritiva da norma envolvendo a proibição do comportamento contraditório no processo, com ampla aplicabilidade, todavia não há suficiente metalinguagem descritiva a ela relativa. Esse vertiginoso crescimento na intensidade de utilização do instituto no cenário jurídico brasileiro trouxe também um efeito colateral, somente justificado na ausência de uma sólida base científica, que é a falta de critério no momento de aplicação da norma. Natural que assim seja, pois enquanto a atividade dos tribunais fornece a pauta de conduta a ser seguida para a sociedade, a produção científica fornece orientação para que os tribunais apliquem adequadamente a norma ao caso concreto. Esse é o ambiente legitimador ideal de um delineamento mais profundo acerca dos aspectos dogmáticos do instituto, abrangendo sua gênese, seus requisitos, natureza jurídica, eficácia, conteúdo e hipóteses de incidência.

Palavras-chaves: Direito processual civil. Boa-fé processual. *Venire contra factum proprium*. Vedação. Efeitos do comportamento contraditório no processo civil. Hipóteses de incidência.

ABSTRACT

BALZANO, Felice. *The venire contra factum proprium in the Brazilian civil procedure: the non-retroactivity principle.* 2016. 277 p. Thesis (Doctor in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

The thesis dogmatically analyzes the prohibition of the *venire contra factum proprium* – created and widely developed in current civil procedural law, and integral of the general objective good faith clause. The interest in the theme emerged from an important gap in the scientific field, considering that the rule that foresees the prohibition of contradictory behavior is separately positived in the procedural legal order, appearing as ratio decidendi in several precedents of the Brazilians courts, especially of the Superior Courts, and which culminated in the formation of a substantial jurisprudential construction. That is to say there is the prescriptive language of the norm involving the prohibition of contradictory behavior in the process, with wide applicability, however there is not enough descriptive metalanguage relative to it. This vertiginous growth in the intensity of use of the institute in the Brazilian legal scenario has also brought about a side effect, only justified in the absence of a solid scientific basis, which is the lack of criterion at the moment of application of the norm. Natural it may be, since while the activity of the courts provides the conduct standard to be followed by the society, the scientific production provides guidance for the courts to properly apply the norm to the particular case. This is the ideal legitimating environment for a deeper delineation of the dogmatic aspects of the institute, covering its genesis, its requirements, legal nature, efficacy, content, and incidence hypotheses.

Keywords: Civil procedural law. Procedural good faith. *Venire contra factum proprium*. Prohibition. Contradictory behavior effects on the civil procedure. Incidence hypotheses.

“A vida não examinada não vale a pena ser vivida.”

(Sócrates)

“A contradição não consente o arrependimento e o pecado ao mesmo tempo.”

(Dante Alighieri)

SUMÁRIO

1 NOÇÕES PROPEDÊUTICAS	17
2 O COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO 23	
2.1 O comportamento contraditório (âmbito civil).....	23
2.2 O comportamento retroativo processual.....	27
2.3 A expectativa despertada pelo <i>factum proprium</i>	34
3 ESCORÇO HISTÓRICO 37	
4 CONCEITO 41	
4.1 Conceito do <i>venire contra factum proprium</i> no âmbito material	41
4.2 Conceito de <i>venire contra factum proprium</i> processual civil	43
4.2.1 Do adequado <i>nomen iuris</i> do fenômeno	43
4.2.2 Conceito no campo processual civil	44
4.2.3 Natureza jurídica do comportamento retroativo processual	46
5 SURGIMENTO DO INSTITUTO 49	
5.1 O surgimento do comportamento contraditório – no espectro substancial	49
5.2 O surgimento do comportamento processual retroativo.....	66
5.2.1 Incorporação do princípio da irretroatividade na dogmática.....	68
6 PRESSUPOSTOS 77	
6.1 Requisitos do comportamento contraditório – âmbito material	77
6.1.1 O <i>factum proprium</i>	78
6.1.2 Legítima confiança	83
6.1.3 Comportamento contraditório.....	85
6.1.4 Dano potencial ou efetivo.....	87
6.2 Requisitos do comportamento processual retroativo.....	88
6.2.1 O <i>factum proprium</i> processual	89
6.2.2 Legítima confiança	100
6.2.3 Comportamento retroativo processual.....	101
6.2.4 Dano	102

6.3 A teoria da argumentação jurídica	104
6.3.1 Noções gerais	104
6.3.2 A imbricação da teoria da argumentação jurídica com o comportamento processual retroativo	109
6.3.3 A regra da eventualidade.....	114
7 BASE LEGAL PARA APLICAÇÃO DA MÁXIMA	119
7.1 A importância das cláusulas gerais na concreção da boa-fé objetiva	119
7.2 O fundamento legal do <i>venire contra factum proprium</i> no âmbito material	124
7.3 O fundamento legal do <i>venire contra factum proprium</i> no âmbito processual	125
7.3.1 Outras hipóteses de retroação processual indevida positivadas pelo CPC/2015	130
7.3.2 Norma de ordem pública.....	133
8 PERFILHAMENTO AXIOLÓGICO	137
8.1 Os valores tutelados pela vedação ao comportamento contraditório – espectro material	137
8.1.1 Boa-fé objetiva.....	137
8.1.2 Confiança	147
8.1.3 Solidariedade.....	157
8.2 Os valores tutelados pelo comportamento processual retroativo.....	160
8.2.1 O princípio da irretroatividade	161
8.2.2 A tutela da confiança.....	175
8.2.3 O princípio da eficiência	178
8.2.3.1 Facetas do processo imbricadas com o <i>venire contra factum proprium</i> e a eficiência.....	178
8.2.4 A boa-fé processual.....	189
9 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	195
9.1 Consequências jurídicas do comportamento contraditório	195
9.2 Consequências jurídicas do comportamento processual retroativo	196
10 ASPECTOS DO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>	199
10.1 <i>Suppressio</i>	199
10.2 <i>Surrectio</i>	202
10.3 <i>Tu quoque</i>	203

11 O COMPORTAMENTO RETROATIVO PROCESSUAL E A PRECLUSÃO	205
11.1 A ontologia da preclusão	207
11.2 A deontologia da preclusão	218
12 O COMPORTAMENTO RETROATIVO PROCESSUAL DO JUIZ.....	231
CONCLUSÕES	253
REFERÊNCIAS	261

1 NOÇÕES PROPEDÊUTICAS

Todas as palavras lançadas na presente tese estão direcionadas a descontar o vetusto axioma jurídico *nemo potest venire contra factum proprium* que reza, basicamente, que, no aspecto jurídico, a ninguém é dado – atentando contra a boa-fé objetiva – voltar-se contra seus próprios atos, evidenciando, no decurso do tempo, um comportamento diametralmente oposto no trato intersubjetivo e que malfere a confiança e legítima expectativa de outrem.

Concebido no direito romano, o aforisma foi cientificamente reconhecido e catalogado por Azzo – professor da Universidade de Bolonha – no século XIII, em uma compilação denominada *Brocardica*. O pioneiro estudo inserido na ciência jurídica no início do século XX, mais precisamente em 1912, foi obra de Erwin Riezler¹ – professor da Universidade de Freiburg na Alemanha –, cuja teoria estava ligada precipuamente à noção de confiança, como derivação da autonomia privada, da capacidade do indivíduo de autoconfigurar-se e autovincular-se nos negócios jurídicos.²

O aforisma se disseminou subsequentemente por todos os países da Europa, com ampla produção científica, tanto em sistemas fundamentados no *civil law* – de tradição romano-germânica – quanto do *common law* – de matiz consuetudinária.

No Brasil, o instituto jurídico³ está eminentemente ligado ao direito civil – o primaz e mais proficiente subconjunto do Direito⁴ –, de onde eclodiu numerosa produção técnica acerca do assunto, solidificando sua imbricação teórica com a cláusula geral da boa-fé e tutelando axiologicamente, dentre outros valores, a confiança e a solidariedade social. Essa

¹ RIEZLER, Erwin. *Venire contra factum proprium: studien in römischen, englischen und deutschen Zivilrecht*. Leipzig: Dunker & Humblot, 1912. p. 3.

² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego da 6. ed. reformulada (1991). 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 676.

³ As normas jurídicas, por meio de um mandamento, visam a regular determinadas relações de fato e “o conjunto de normas coordenadas em direção a um fim comum e as relações que elas visam regular, constituem o instituto jurídico” (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Reedição. Max Limonad, 1960. v. 1, p. 251). Aduz Vicente Ráo mais adiante que para Bonnecase, o instituto jurídico é formado por um acervo de regras que têm pontos em comum, inter-relacionando-se a ponto de formarem uma totalidade orgânica, em que uma universalidade de relações fáticas é transformada em relações de direito. Por exemplo, o casamento é um instituto jurídico formado por uma série de normas oriundas de um único fato fundamental: a formalização de uma união entre pessoas (*Ibidem*, p. 252). Para Miguel Reale, os “institutos jurídicos” são “ordenações deontológicas de caráter ético, muito embora fundadas na análise objetiva de dadas situações sociais e históricas” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 326).

⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 142.

base normativa e a plena aplicabilidade da teoria nos principais pretórios do país contribuíram para a construção de uma dogmática jurídica capaz de satisfazer o operador do direito, no exercício pleno de suas atribuições funcionais.

A migração e implantação da teoria em outras searas do direito substancial, inclusive de cariz juspublicista, foi um caminho natural, devido à característica de maleabilidade do direito e de ser ele um sistema objetivo aberto⁵, dinâmico, constantemente modificável, dentro de uma característica de adaptabilidade às mutações da realidade e necessidades do mundo fenomênico.

A textura aberta do direito e a função hermenêutica do Poder Judiciário, de interpretar e aplicar a norma existente, possibilitou a migração do brocardo romano também para a amplitude processual, na qual comportamentos contraditórios, conflitantes ou antagônicos são costumeiramente praticados pelas partes, pelos partícipes da relação processual e até mesmo pela autoridade jurisdicional.

Independentemente da discussão existente em sede doutrinária no que tange à jurisprudência ser ou não ser fonte do direito, não menos importante é a função educativa que os precedentes judiciais exercem, servindo como pauta de conduta aos jurisdicionados para casos futuros, fornecendo, por conseguinte, a segurança jurídica para toda a sociedade.

Os fatos que conformam a base empírica do estudo estão disseminados por todo o processo civil, seja durante o processo de conhecimento, no âmbito recursal, ou na fase de cumprimento de sentença. Há hipóteses, inclusive, de contradição judicialmente declarada, em que o agente perpetrhou as duas condutas – o *factum proprium* e o fato contraditório propriamente dito – em demandas distintas, sem relação de dependência ou acessoria entre elas.

O aforisma objeto da tese vem tendo aplicabilidade para questões eminentemente processuais desde o ano de 1996, inaugurada no STJ por uma decisão relatada pelo então

⁵ Para Hart: “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2007. p. 148).

ministro Ruy Rosado de Aguiar⁶, ao fundamento de se tratar da doutrina dos atos próprios. O número de precedentes aplicando a vedação aos comportamentos contraditórios no processo foi se avolumando, alastrando-se por todos os tribunais estaduais, federais, além das Cortes Superiores; a enorme gama de casos julgados sob a égide do tema, iniciados com esparsos e tímidos julgamentos, circunscritos a questões de direito substancial, vem caminhando a passos largos, contando hoje com uma considerável construção jurisprudencial.

Generalizando a questão neste momento inaugural da proposição científica, se credita invariavelmente sua assimilação pragmática a uma derivação da cláusula geral da boa-fé objetiva concebida no direito civil, exportada para o ambiente processual de forma simplista, dando a falsa impressão de se tratar do mesmo fenômeno, com as mesmas bases teóricas, em ambas as perspectivas.

Considerando-se que “há sempre uma solução bem conhecida para cada problema humano – elegante, plausível e errada”⁷, foram relegadas ao vento as diferenças axiológicas existentes entre o direito civil e o direito processual civil, ainda que, atualmente, em ambos se possa antever a subsistência de uma cláusula geral da boa-fé.

Malgrado o tema ter vencido e convencido a pragmática, formando um sólido e consistente direito jurisprudencial acerca do paradoxo comportamental, nos mais variados aspectos do processo civil brasileiro, não há suficiente abordagem teórica e dogmática que responda a um questionamento medular: a vedação ao comportamento paradoxal está positivada no direito processual? Qual seria a espécie normativa? Há base constitucional para sua aplicabilidade? A boa-fé objetiva do direito material é a mesma do prisma processual? O axioma *nemo potest venire contra factum proprium* do direito civil tem o mesmo sentido e carga axiológica no direito processual? Quais as consequências resultantes de sua incidência no prisma processual? A autoridade judicante também se sujeita à restrição? Quais são suas principais hipóteses de incidência?

⁶ STJ – REsp n. 95.539/SP, 4^a T., rel. Min. Rui Rosado de Aguiar, j. 03.09.1996, *DJ*, de 14.10.1996, p. 39.015, *LEXSTJ* 91/267, *RSTJ* 93/314.

⁷ No original: “there is always a well-known solution to every human problem – neat, plausible, and wrong” (MENCKEN, Henry-Louis. *The divine afflatus. New York Evening Mail*, de 16.11.1917. Disponível em: <<http://wist.info/mencken-hl/2781/>>. Acesso em: 30 out. 2016 – nossa tradução).

Considerando-se a vedação constitucional ao *non liquet*, os elementos necessários para que o julgador possa construir a norma do caso concreto defluem da ciência do direito, com seu discurso metodológico viável a orientar uma decisão uniforme com o ordenamento jurídico.

Essas e outras importantes indagações naturalmente defluem dessa problemática e certamente fluirão no desenvolvimento do referencial teórico.

Essa apontada deficiência no campo juscientífico, aliada ao considerável número de decisões nos tribunais, inegavelmente trouxe um efeito colateral, somente justificado pela ausência de formação de uma estrutura dogmática. É a utilização da cláusula geral da boa-fé objetiva no âmbito do direito processual civil de forma imprecisa, injustificada, sem um critério norteador. Frequentemente, numa pura demonstração de decisionismo, remete-se o julgador genericamente à proibição ao comportamento contraditório de forma vazia, como mero reforço retórico – às vezes único – da decisão proferida, comprometendo em muitas hipóteses o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Há, de fato, na utilização do *venire contra factum proprium* no processo civil um “facilitismo”, um verbalismo típico de discursos etéreos⁸, como se o direito processual civil não tivesse base jurídica suficiente para sua aplicação, com fundamentos jurídicos em outros valores igualmente ou até mais relevantes que a própria boa-fé objetiva.

A escolha do apotegma romano para o desenvolvimento do teorema é fruto de intensas reflexões sobre um fenômeno com mais de sete séculos de existência, e que, não obstante, continua atual, sobretudo no direito contemporâneo, no qual a boa-fé objetiva assumiu o *status* de verdadeiro cânones do direito⁹, e vem recebendo sua devida concretude a partir do uso de seus precedentes.

Buscar-se-á o significado último das normas que envolvem o comportamento contraditório no campo processual, adaptando-o à realidade, em permanente evoluir do

⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., 11. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89.

⁹ Para Miguel Reale, “é impossível reduzir a vida jurídica a meras fórmulas lógicas ou a um simples encadeamento de fatos, devendo reconhecer-se a essencialidade dos princípios éticos, o que explica o frequente amplo que se volta a fazer a ideias como a de equidade, probidade, boa-fé etc., a fim de captar-se a vida social na totalidade de suas significações para o homem situado ‘em razão de suas circunstâncias’” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994. p. XIV).

mundo empírico, situação que exige uma disposição de revisitação dos institutos processuais e da ciência do direito.

O *up-to-date* da ciência jurídica liga o *venire contra factum proprium non valet*, no campo processual, sobretudo à boa-fé objetiva, à aspiração de uma atuação processual leal, cooperativa e proba¹⁰. Todavia, a tese buscará demonstrar que no campo do direito processual civil, axiologicamente, a norma está ligada reflexamente à boa-fé objetiva e prioritariamente a um primado de segurança jurídica, ligado principalmente a um vetor de irretroatividade indevida, que conforma toda a sistemática objetiva processual.

Uma tese acadêmica, em essência, deve retratar cientificamente o objeto de estudo, trazendo uma vertente inovadora em relação às posições teóricas até então existentes¹¹. Nessa senda, procurar-se-á traçar o perfil dogmático que envolve o aforisma, inclusive em cotejo com o Código de Processo Civil de 2015, demonstrando a compatibilidade da teoria com o direito positivado, pregando sua ampla aplicação no processo civil brasileiro, inclusive e principalmente para o juiz, cotejando-o com seus mais variados institutos de jaez instrumental.

A edificação teórica da tese será empreendida por meio da apreciação de seus conceitos fundamentais (análise analítica¹²), pela avaliação do direito positivo (análise empírica¹³) e o estado da técnica perante a doutrina e a jurisprudência (análise normativa¹⁴).

Em razão da busca pela ideia de unidade e adequação valorativa, será empregado no estudo o método científico-sistemático e, de forma complementar, visando a uma mútua interpenetração, o pensamento tópico que, por sua visão problemática do direito, mostra-se apropriado para setores fortemente marcados por cláusulas gerais¹⁵. Ademais, a tópica tem

¹⁰ ROMEU, Talita Macedo. *A proibição de comportamento contraditório aplicada ao direito processual civil*. 2012. 124 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2012. p. 29; TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 271; 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. 321.

¹¹ COSTA NETTO, José Carlos. *Estudos e pareceres de direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 201.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 33.

¹³ Ibidem, p. 34.

¹⁴ Ibidem, p. 35.

¹⁵ Acerca dos caracteres de interpenetração e complementaridade entre os pensamentos sistemático e tópico, Claus-Wilhelm Canaris esclarece que não há “uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o

como função auxiliar a tarefa de interpretação, tendo a capacidade de “situar os problemas em aberto a partir de uma multiplicidade de perspectivas”¹⁶, orientando o desenvolvimento das discussões problemáticas, permitindo – a partir da norma e não do problema – o encontro de uma adequada solução.¹⁷

Pretende-se, com isso, desconstruir determinados conceitos e modelos teóricos, coligindo outros elementos mais efetivos para sua utilização também na dogmática.

A utilidade é um dos objetivos do trabalho. Não se pretende um estudo meramente teórico, mas com um viés primordialmente pragmático, voltado para o direito jurisprudencial, de modo a oferecer subsídios atuais e sistematizados ao operador do direito, no momento de lidar com o fenômeno. A presença da *ratio decidendi* do instituto somente corrobora a necessidade de se empreenderem novos estudos na seara do direito processual.

Essa lógica dos fatos, portanto, justifica o estudo.

sistemático, mas antes uma complementação mútua. Quão longe vai um ou outro determina-se, em termos decisivos, de acordo com a medida das valorações jurídico-positivas existentes – assim se explicando o facto de a tópica jogar um papel bastante maior em sectores fortemente marcados por cláusulas gerais” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 277).

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 80.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 214.

2 O COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

2.1 O comportamento contraditório (âmbito civil)

A vida em sociedade impõe limitações naturais ao homem e dentro delas está a liberdade. O homem é livre para agir de acordo com sua vontade, cabendo ao direito estabelecer as consequências provenientes dessa liberdade. A contradição, nesse perímetro, deve ser vista como uma particularidade concernente à falibilidade humana¹⁸. Entretanto, o direito não pode deixar de imputar consequências a esse comportamento incoerente, quando representar invasão à seara jurídica de terceiros.

Dentro da lógica clássica, verifica-se uma contradição quando no mínimo duas proposições integram uma incompatibilidade lógica, consideradas em seu conjunto, gerando por consequência duas conclusões opostas. Representando um paradoxo, Platão já demonstra, em *Eutidemo*, a noção de contradição¹⁹. Para Aristóteles, o mais certo de todos os princípios é o da não contradição, que repudia a subsistência de duas opiniões de um mesmo emitente simultaneamente contrárias.²⁰

Menezes Cordeiro, valendo-se do pensamento de Teubner, ensina que, sociologicamente, o comportamento contraditório representa um atentado “contra expectativas fundamentais de continuidade da autorrepresentação que respeitam também a identidade do parceiro e a sua relação bilateral”.²¹

¹⁸ Para Judith Martins-Costa: “A contrariedade, em si mesma, não é sancionada. A vida é tecida por imprevistos, a surpresa pode ser um dom, viver é adaptar-se ao inesperado no que este tem de vantagens e de desvantagens: só os robôs (mecânicos ou humanos...) tudo têm programado de forma inflexível. Por isso mesmo, nem toda a conduta contraditória constitui requisito suficiente para a invocação do princípio, nem há um dever de coerência absoluta que possa ser apreciado *in abstracto*.” (MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 100, n. 376, p. 120, nov./dez. 2004).

¹⁹ PLATÃO. *Eutidemo*. Texto estabelecido e anotado por John Burnet. Tradução, apresentação e notas de Maura Iglésias. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; Loyola, 2011. p. 77-78. (Coleção Clássicos).

²⁰ Para Aristóteles: “Se é impossível para atributos contrários pertencerem, simultaneamente, ao mesmo sujeito [...], e uma opinião que contradiga a uma outra é contrária a esta, é evidente que é impossível para o mesmo indivíduo supor, ao mesmo tempo, que a mesma coisa é e não é, posto que o indivíduo que cometesse este erro estaria mantendo duas opiniões contrárias ao mesmo tempo.” (ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini, 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012. p. 111).

²¹ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007. p. 750-751.

Analizando a essência do comportamento que dá enchança ao *venire contra factum proprium* no direito material, verifica-se uma conduta perpetrada por uma pessoa que, objetivamente considerada, entra em contradição com uma atuação anterior – o *factum proprium*. Analisadas em seu conjunto, as duas ações representam um *comportamento contraditório* e a contradição entra em conflito com um paradigma de comportamento trilhado pela boa-fé objetiva.

Essa inconsistência na atuação corporifica uma deslealdade para com o *alter* da relação – o destinatário da conduta – e atua contra uma confiança gerada, cujo nexo de causalidade encontra apoio no *factum proprium*. A confiança, nesse caso, funciona como o *prius* lógico de uma legítima expectativa despertada. Para Franz Wieacker, “o princípio do *venire contra factum proprium* radica fundo na retidão pessoal a cujo elemento mais intrínseco pertence a veracidade”.²²

Boa-fé: vínculo interpessoal. A conceituação da boa-fé objetiva – pelo menos no campo do direito privado – está diretamente vertida à tutela dos interesses do outro partícipe do negócio jurídico, o *alter*, aquele contra quem a ausência de boa-fé culminou por atacar a esfera jurídica²³. A própria interpretação gramatical do dispositivo legal que regulamenta a boa-fé objetiva enquanto fonte de direitos e deveres jurídicos secundários (CC, art. 422) exige uma conduta honesta e de boa-fé entre os “contratantes”, de modo a não romper a confiança legítima depositada. No direito comparado, Henke assinala que o conceito de boa-fé “abraza los deberes morales más rigurosos a que están sujetos un acreedor y un deudor unidos por el vínculo de la obligación”²⁴ e Larenz corrobora que a boa-fé dirige-se ao devedor, ao credor e a todos os partícipes da relação²⁵. Cunha de Sá também ressalta esse aspecto, ponderando que

²² WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Traducción de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977. p. 60.

²³ Humberto Theodoro Júnior posiciona-se no sentido de que “o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31).

²⁴ HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho*: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Traducción y presentación de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979. p. 260.

²⁵ Pontua Larenz que: “El principio de la buena fe desarrolla su fuerza en una triple dirección: En primer lugar, se dirige al deudor, con el mandato de cumplir su obligación, atendiéndose so sólo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente – en especial conforme al sentido y la idea fundamental del contrato (§ 157) – y en la forma que el acreedor puede razonablemente esperar de él. En segundo lugar, se dirige al acreedor, con el mandato de ejercitar el derecho que le corresponde, actuando según la confianza depositada por la otra parte y la consideración altruista que esta parte pueda pretender según la clase de vinculación especial existente. En tercer lugar, se dirige a todos los participantes en la relación jurídica en cuestión, con el mandato de conducirse como corresponda en general al sentido y finalidad de esta especial

a exigência de boa-fé objetiva tem por desiderato tutelar os legítimos interesses da contraparte da relação jurídica subjacente.²⁶

Sob tais premissas, o *substratum*, o âmago do comportamento contraditório no hemisfério substancial, é uma crise jurídica – de adimplemento²⁷ – instalada em detrimento do *alter* da relação. Há inequivocamente, subjacente ao postulado, um inadimplemento para com a contraparte, em relação a um dever ou obrigação assumidos pelo emitente com a primeira atuação e que seria exigível em nome da boa-fé objetiva e da tutela da confiança. É em razão disso que os civilistas atribuem à solidariedade o fundamento constitucional do apotegma romano no direito privado (ver item 8.1.3).

Anderson Schreiber pontua que “na definição da boa-fé objetiva assume, de fato, grande importância este respeito à condição alheia, aos interesses do outro, às suas esperanças e expectativas, o que remete, em última análise, à chamada tutela da confiança”, compreendida como “a expectativa de que a parte, com quem se contratou, agiu e agirá com correção e lealdade”.²⁸

A boa-fé objetiva, então, preconiza uma laboração proba, leal, paradigmática, cooperativa, sem abusos ou obstruções, com cabal acatamento das expectativas plausíveis da contraparte, exigindo que se evidem todos os esforços necessários para o cumprimento absoluto das obrigações.²⁹

Vários exemplos podem ser aqui trazidos à colação. Cita-se, por exemplo, o célebre caso dos tomates, em que uma poderosa indústria de produtos alimentícios, sem ostentar

vinculación y a una conciencia honrada.” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1, p. 148).

²⁶ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. 2. reimpr. da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005. p. 172.

²⁷ Para Dinamarco, as crises jurídicas se caracterizam “por se resolverem sempre em estados de insatisfação e inconformismo de alguém que de algum modo se afirma molestado em seus direitos e pede remédio para a situação lamentada”. Mais adiante, sobre a crise de adimplemento, aduz que: “Outra situação para a qual se busca solução em juízo é a crise de adimplemento, ou seja, a possível existência de algum direito insatisfatório porque o sujeito que deveria adimplir deixou de fazê-lo e o outro sujeito insiste em receber. Se realmente existir o direito afirmado pelo autor, será necessário que uma sentença declare essa existência e com isso chame o obrigado ao adimplemento sob pena de suportar futura execução.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil e de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1, p. 244-245).

²⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 91.

²⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 216.

qualquer vínculo contratual, distribuía regularmente sementes de tomate entre os agricultores de Canguçu/RS e posteriormente comprava a respectiva safra produzida. Porém, em determinado momento da relação, a empresa simplesmente se recusou a adquirir a produção, negando a existência de qualquer vínculo obrigacional, frustrando com isso a legítima expectativa gerada no âmago dos agricultores.

Ao julgar a demanda, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a alegação da defesa – de que somente doou as sementes aos agricultores, sem qualquer compromisso de aquisição – e responsabilizou civilmente a empresa em razão da ruptura da confiança, impondo-lhe indenização correspondente ao dano experimentado pelos produtores³⁰. A relação de costumeiramente entregar as sementes e adquirir a produção gerou um dever de aquisição, desrespeitado pela abrupta negativa da empresa em adquiri-la.

O mesmo contexto se extrai da casuística, como no caso da vendedora de produtos que sempre concede desconto ao comprador da mercadoria sobre o preço da aquisição e o retira repentinamente, privando o adquirente do benefício; ourossim, no caso da vendedora que tolera atrasos do comprador, dispensando-o dos consectários contratuais, mas, tempos depois, passa a exigir-los em sua totalidade.³¹

Do precedente do STJ consta que “se a parte credora, ao longo de toda a vigência do contrato de prestação de serviços, não exerceu o direito de cobrança de correção monetária anual, não pode, após o término do vínculo, exigir o pagamento retroativo dessa verba”.³²

Deteria o *alter* da relação, não fosse a incidência do *venire contra factum proprium*, uma situação jurídico-material mais benéfica se tivesse havido o atendimento da justa expectativa gerada pela atitude inicial.

Vê-se nitidamente na raiz do problema um inadimplemento em relação a uma obrigação ou a um dever assumido anteriormente e um gravame, um prejuízo dele decorrente

³⁰ “Contrato. Teoria da aparência. Inadimplemento. O trato, contido na intenção, configura contrato, porquanto os produtores, nos anos anteriores, plantaram para a CICA, e não tinham por que plantar, sem a garantia da compra.” (TJRS – EI n. 591.083.357/ Canguçu, 3º Grupo de Câmara Cíveis, rel. Juiz Adalberto Libório Barros, j. 01.11.1991, *Jurisprudência TJ/RS*, Cíveis, 1992, v. 2, t. 14, p. 1-22).

³¹ MARTINS-COSTA, Judith, A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*, cit., p. 116-117.

³² STJ – REsp n. 1.202.514/RS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.06.2011, *DJe*, de 30.06.2011.

– como corolário da veiculação do *factum proprium* – e que passa a ser considerado antijurídico, justamente pelo proceder contraditório. Em síntese, o comportamento contraditório do âmbito material se volta diretamente contra a contraparte – o destinatário da conduta –, atuando no campo do direito privado, razão pela qual a formulação não é cognoscível de ofício pelo juiz, demandando expresso pedido da parte prejudicada.³³

2.2 O comportamento retroativo processual

No prisma processual, a dinâmica do comportamento ocorre de modo diverso, haja vista que o *venire contra factum proprium* se volta frontalmente contra o exercício da jurisdição, erigindo peias sobre a relação processual e somente reflexamente contra a contraparte. Da mesma forma como sucede no plano processual, se trata de uma atuação contraditória, mas que fundamentalmente se volta contra natural fluxo da relação processual, propiciando uma retroatividade indesejada em seu *iter*, havida fora das hipóteses legalmente previstas.

Por isso, considerando o substrato ôntico do *venire contra factum proprium* processual, é mais adequado retratar o fenômeno no trabalho como “comportamento processual retroativo”, mais apropriado sob tal perspectiva do que “comportamento contraditório”, já que ele é uma decorrência direta do princípio da irretroatividade que incide sobre o fluxo procedural.

Feita essa introdução, uma vez produzido o ato processual pelo integral delineamento de sua *fattispecie*, passa imediatamente a irradiar sua esfera de ação independentemente da vontade de quem o produziu, por mera imposição legal. Cada ato processual possui uma peculiar potencialidade, constituindo, conservando, desenvolvendo, modificando ou extinguindo posições jurídicas ostentadas pelos sujeitos processuais e, uma vez produzido, passa a interferir no desenvolvimento da relação jurídica processual, por meio de um nexo de causalidade. Essa interferência marca o momento de apreensão de um “instante”³⁴ e tem como

³³ PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 168, out./dez. 2003.

³⁴ Para Bergel: “O instante é um ponto de referência essencial da vida jurídica, pois marca o momento do nascimento ou da extinção das pessoas jurídicas e dos direitos, o do início ou do fim das situações jurídicas, o da intervenção dos fatos jurídicos. Ele materializa o ponto inicial de um prazo e determina, portanto, o momento de sua expiração.” (BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 153-154).

conseqüentário a consolidação de situações jurídico-processuais, que aos olhos do direito processual civil já merece guarda.

Cabe aqui uma rápida digressão. Traçando uma analogia do processo com a construção de uma casa, o término da obra seria a conclusão definitiva do mérito disputado e as situações jurídicas criadas seriam os tijolos e os demais elementos materiais componentes. Após o assentamento de cada tijolo, a situação evolui e se torna um todo sólido, até o término de cada parede; levantadas as paredes, conclui-se o cômodo; concluídos todos os cômodos projetados, constrói-se o telhado, e assim sucessivamente, até o término completo da edificação.

No processo permite-se utilizar a mesma analogia, porquanto todo e qualquer fato processual concretizado dá azo a uma situação jurídica, entendida esta – na dicção de Emilio Betti –, como “as respostas que a ordem jurídica dá às diferentes situações de facto, que são configuradas à medida que vão sobrevindo os factos jurídicos”.³⁵

Essas situações jurídicas vão se estabilizando ao longo do processo, permitindo sua passagem para uma posição subsequente no encadeamento lógico; essa consolidação vai paulatinamente ocorrendo, até a consecução do término da fase processual, e assim por diante até seu epílogo – de preferência com o pleno atendimento de sua vocação, o julgamento de mérito e sua realização (cumprimento).

Vários institutos estão vocacionados a essa finalidade – a perempção, a eficácia preclusiva e a coisa julgada, sendo que o principal deles é a preclusão. Todos eles atuam de modo a impedir a renovação e rediscussão de situações processuais já estabilizadas, não permitindo, com isso, uma perniciosa interferência na dinâmica do *iter* procedural. É a irretroatividade que permite a propulsão do processo, sedimentando estágios processuais concluídos.

Corolário disso é que, assim como o desfazimento de cada etapa da construção depende de um acontecimento extraordinário – no caso a inobservância de uma regra técnico-

³⁵ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1, p. 19-20. Para nós, a situação jurídica seria a eficácia proveniente de determinada *fattispecie*.

jurídica³⁶ –, no processo sucede da mesma forma, somente retrocedendo o curso procedural em razão do descumprimento das prescrições legais, de um afastamento do ato processual às formas. Nesse caso, a permissível retrocessão do fluxo do processo depende de uma inconsistência na subsunção dos fatos à norma, de tal forma que impeça que o ato processual atinja suas finalidades intrínsecas. Quando isso ocorre, a invalidade delineará uma nulidade ou anulabilidade³⁷ – na forma ou conteúdo do ato processual –, exigindo também que tal mácula seja dogmaticamente insuscetível de superação.³⁸

Um ato processual cujo vício seja insuperável³⁹ pode comprometer inexoravelmente toda a cadeia dos atos processuais subsequentes, caso a mácula não seja corrigida de imediato (CPC, art. 281). Em nome do princípio constitucional do devido processo legal, a lei autoriza justificadamente uma retroatividade no fluxo do processo, de sorte que fora dessa conjuntura, a regressão não é admitida, implicando, outrossim, no desperdício de atividade judicante, com nítidas perdas de tempo, meios e recursos, culminando assim por embaraçar o pleno êxito dos fins processuais. É dizer, compromete-se, em certa medida, com o comportamento processual retroativo, a eficiência do resultado prático por ele almejado.⁴⁰

E como o processo civil se insere nos domínios do direito público, o comportamento retroativo vai de encontro à própria função jurisdicional. É nesse contexto que a configuração do *venire contra factum proprium* no processo representa precipuamente uma infração ao vetor de irretroatividade, que deriva do princípio da segurança jurídica e que visceralmente

³⁶ Adota-se o conceito de regras de Humberto Ávila, para quem: “As regras são normas imediatamente descriptivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 85).

³⁷ Adota-se a classificação referendada por Teresa Arruda Alvim Wambier: 1) as invalidades de forma, que são por natureza nulidades relativas – de exclusivo interesse da parte –, salvo se a lei considerá-las como absolutas; 2) as invalidades de fundo, que são vícios vinculados às condições da ação e aos pressupostos processuais, razão pela qual são sempre nulidades absolutas; 3) inexistências, que se assemelham às nulidades absolutas, haja vista que, endoprocessualmente, possuem o mesmo tratamento jurídico; 4) meras irregularidades, cujo defeito, de menor valor ofensivo, não interfere na validade do ato processual (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. rev., ampl. e atual., com notas de referência ao Projeto do Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 187-193).

³⁸ Não cabe aqui uma maior digressão acerca da teoria das invalidades. Por ora, é preciso ressaltar que a irretroatividade do curso processual não é absoluta, cedendo diante de irregularidades e defeitos encontrados no ato processual.

³⁹ O defeito é relevante quando gera prejuízo para a contraparte.

⁴⁰ MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise de justiça. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 21.

orienta todo o funcionamento da relação jurídica processual, razão pela qual é dogmaticamente repudiado.

O agente transgride o princípio da irretroatividade – da marcha procedural – ao pretender, por meio do comportamento contraditório, uma *eficácia jurídica distinta* daquela naturalmente propiciada pelo *factum proprium* e que já se encontra, por razões de segurança jurídica, devidamente cristalizada. A admissão do comportamento contraditório equivaleria a se lhe conferir um indesejado efeito retroativo.

Vale dizer, o agente pretende uma *retroeficácia*, ao adotar uma postura que, como ato processual que é, repercute efeitos na órbita do processo; essa eficácia consolida uma situação jurídica que é posteriormente vilipendiada pelo comportamento contraditório. Nesse ponto, o ritmo e o curso da vida jurídica não mais permitem que se revolva algo que já sucedeu no processo. O que passou, passou, não volta mais. Segue-se aqui o raciocínio de um célebre provérbio chinês, em que nunca regressam a flecha lançada, a palavra pronunciada e a oportunidade perdida.

A título ilustrativo, se a parte troca informações desautorizadas com o perito – motivando a ruptura da confiança do juiz e da contraparte –, não pode voltar-se contra a decisão de sua destituição sem incidir no *venire contra factum proprium*⁴¹. Ao pretender uma eficácia jurídica sem conexidade com aquela oriunda da troca maliciosa de informações com o perito do juízo – o *factum proprium* –, a parte se lança num comportamento ao mesmo tempo *retroativo e contraditório*, repudiado pelo ordenamento jurídico-processual.

Outrossim, se a parte alega em ação de regulamentação de visitas haver desocupado a residência do casal espontaneamente, não pode em posterior ação de separação arrazoar que foi violentamente desalojada do lar, postulando as consequências jurídicas desse ato. Ao argumentar inicialmente no sentido de haver saído espontaneamente de casa, consolidou-se uma situação jurídica, a ponto de não mais se permitirem discussões sobre tais fatos por parte da emitente, no processo em que emitida a declaração ou em qualquer outro. A admissibilidade da invocação equivaleria a se conferir à conduta contraditória um pernicioso efeito retroativo, reabrindo uma discussão já considerada superada e sedimentada pelo direito processual.

⁴¹ STJ – RMS 22.514/SP, 2^a T, rel. Min. Humberto Martins, j. 06.02.2007, DJe, de 18.11.2008.

Igualmente, se em ação de divórcio o cônjuge (CC, art. 1.571, IV), ainda que indiretamente, reconhece o direito de sua mulher à meação dos bens, não pode em posterior ação de partilha impugnar a argumentação outrora defendida, postulando uma eficácia jurídica desconexa com aquele anterior reconhecimento.⁴²

Como já diziam os romanos, *summum jus, summa injuria* – suma justiça, suma injustiça –, vale dizer, ao pretender o emitente das condutas em choque exercer duas vezes o mesmo direito, está, na verdade, extrapolando esse mesmo direito.⁴³

Nesse contexto, a irretroatividade é um fator de ordem e de segurança jurídica, ao tutelar o direito subjetivo contra comportamentos processuais retroativos, impedindo ataques a situações jurídicas até então cristalizadas. A irretroatividade dá concretude a um inexorável fator decorrente de uma ordenada convivência social, “livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes”, propiciando que haja uma certa estabilidade nas situações jurídico-processuais constituídas⁴⁴. Assim é porque o processo precisa ter um fim.

Para Ricardo de Barros Leonel: “Deve tornar-se ordenado e solícito o caminhar do processo, assegurando-se desenvolvimento sem contradições e repetições, garantindo-se, também, a certeza quanto às situações processuais nele surgidas.”⁴⁵

Essa é a doutrina da irretroatividade – fiel soldado do vetor axiológico da segurança jurídica –, à qual o Estado de Direito atribui a relevante função de dirimir os conflitos com o mínimo desgaste e perturbação social, não permitindo que situações jurídicas estáveis e consolidadas sejam novamente foco de intermináveis questionamentos jurídicos.⁴⁶

⁴² STJ – REsp 1.283.796/RJ, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.02.2012, *DJe*, de 22.02.2012.

⁴³ Para Miguel Reale: “Há certos casos em que a aplicação rigorosa do Direito redundaria em ato profundamente injusto. *Summum jus, summa injuria*. Esta afirmação, para nós, é uma das mais belas e profundas da Jurisprudência romana, porque ela nos põe em evidência a noção fundamental de que o Direito não é apenas sistema lógico-formal, mas, sobretudo, a apreciação estimativa, ou axiológica da conduta.” (REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 125).

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. e atual. até a EC 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 127.

⁴⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil*. 2004. 344 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Fadusp), São Paulo, 2004. p. 120.

⁴⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007. p. 252.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello: ‘Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a segurança em si mesma, a da certeza do possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano.’⁴⁷

O comportamento retroativo processual pode advir de demandas distintas. Visto que entre o início e o derradeiro ato do processo sucedem incomensuráveis situações jurídicas e atos processuais, que vão sendo encadeados logicamente para a consecução de seu epílogo, a realização da sentença de mérito. Garante-se, por meio da imposição do dever de não retroação, que o desenvolvimento do processo suceda sem retrocedimentos propiciados por repetições ou contradições. É possível – e sói acontecer – que uma dessas situações estabilizadas possa surgir em processo futuro, mesmo que possa envolver partes diversas.

A principal característica que torna o *venire contra factum proprium* uma formulação totalmente inédita dentro da dogmática processual é o fato de a retroação se configurar não somente em relação a uma mesma demanda, podendo abranger processos totalmente distintos e distantes entre si. Em outras palavras, é prescindível que as duas ações se manifestem em relação a um único feito.

Realmente, é perfeitamente possível que a segunda ação – que efetivamente venha a causar uma retrospecção indevida da marcha procedural – se dê em demanda distinta daquela em que fora perpetrado o *factum proprium*, a conduta inicial.

A ampla gama de atos e situações advindas dos partícipes do processo passa a irradiar seus efeitos para fora das barreiras do processo em que empreendida, atuando extraprocessualmente, de modo a propiciar a retroação indevida da marcha processual de processo futuro, além de ferir as expectativas dos demais entes e a boa-fé objetiva.

A casuística é rica em hipóteses em que se extrapolam os lindes da relação processual. Além dos exemplos supracitados, inúmeros outros podem ser extraídos da jurisprudência. Assim, se os promitentes vendedores, em processo anterior, reconhecem a validade e eficácia plena de compromisso de venda firmado, não podem suscitar a nulidade do compromisso por

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 127.

ausência de outorga uxória em processo posterior⁴⁸; se a parte, num dado processo, anui à juntada do detalhamento dos registros de suas ligações telefônicas, não pode ingressar com ação posterior buscando indenização por violação de seu sigilo⁴⁹; se o banco alega num dado processo a impossibilidade de aplicação de juros capitalizados, sustentando em diversos outros sua plena aplicabilidade, fica caracterizado o comportamento contraditório⁵⁰; se a parte ingressa com a demanda perante jurisdição estrangeira e perde, o reingresso da demanda no Brasil para tentar melhor sorte representa inadmissível comportamento contraditório⁵¹; se a matéria já foi decidida em demanda conexa, a atitude da parte de pretender sua rediscussão em outra demanda ou a redistribuição do processo configura comportamento contraditório repudiado pelo direito⁵²; não pode ser beneficiado aquele que, ainda que em ações diversas, ora atribui a propriedade do mesmo bem imóvel a pessoa jurídica, ora a pessoa natural, conforme o momento que se lhe apresente mais conveniente.⁵³

Eficácia semelhante à da coisa julgada material. Malgrado a situação jurídica consolidada não integrar a *auctoritas rei iudicatae*, ela ganha imperatividade, a ponto de impedir a busca por uma eficácia jurídica distinta daquela irradiada no processo primevo. Sobre a situação consolidada, em certo sentido são projetados efeitos semelhantes àqueles atribuídos à coisa julgada – de imutabilidade e indiscutibilidade.

Evita-se que uma determinada situação jurídica permanente e estável possa gerar consequências jurídicas diferentes, apuradas em duas ações diversas. No exemplo supra, se a própria parte reconheceu haver desocupado voluntariamente o lar conjugal, não pode mais pretender uma eficácia diversa oriunda desse reconhecimento, seja no processo em que proferida, ou em qualquer outro.

O *venire contra factum proprium* processual impede que o ente do litígio revolva essa sedimentada situação, por ser uma evidente violação da boa-fé objetiva, além de uma infração ao vetor de irretroatividade que permeia o direito.

⁴⁸ STJ – REsp n. 95.539/SP, 4^a T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 03.09.1996, *DJ*, de 14.10.1996, p. 39.015, *LEXSTJ* 91/267, *RSTJ* 93/314.

⁴⁹ STJ – REsp n. 605.687/AM, 3^a T., rel. Min. Nancy Andrichi, j. 02.06.2005, *DJ*, de 20.06.2005, p. 273, *RSTJ* 198/328.

⁵⁰ STJ – AgR ED REsp n. 762.031/MG, 3^a T., rel. Min. Nancy Andrichi, j. 28.06.2006, *DJ*, de 01.08.2006, p. 446.

⁵¹ STJ – MC n. 15.398/RJ, 3^a T., rel. Min. Nancy Andrichi, j. 02.04.2009, *DJe*, de 23.04.2009.

⁵² STJ – AgR REsp n. 975.529/RS, 4^a T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.11.2012, *DJe*, de 12.11.2012.

⁵³ STJ – REsp n. 1.288.006/SP, 4^a T., rel. Min. Raul Araújo, j. 01.10.2013, *DJe*, 18.02.2014.

2.3 A expectativa despertada pelo *factum proprium*

Como abordado com maior profundidade no item 8.1.2, a expectativa é a relação jurídica que produz uma eficácia específica, diante da probabilidade de o sujeito vir a adquirir um direito. Há uma simbiose entre o comportamento contraditório e a expectativa, nos dois domínios – o substancial e o instrumental. Enquanto no *venire contra factum proprium* do plano substancial a confiança, como visto, se deita prioritariamente sobre um direito material decorrente da atuação inicial, que propiciaria ao destinatário da conduta uma posição juridicamente mais benéfica, no campo processual ocorre uma dinâmica diferente.

Na relação processual, considerando-se o embate dialético, os sujeitos são submetidos a posições ativas e passivas decorrentes de situações jurídicas – em que a situação ativa de um corresponde à passiva do outro –, de sorte que a atuação no processo coloca a contraparte na condição de adotar outra conduta, num encadeamento de causa e efeito, até o desfecho do processo.⁵⁴

A expectação processual se materializa sobre a manutenção de uma situação jurídica consolidada no processo, propiciada pelo comportamento anterior, e que servirá como base para as futuras ações a serem adotadas no processo.⁵⁵

Para Bandeira de Mello:

É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, consequentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.⁵⁶

Como consabido, o ordenamento jurídico propõe, por meio de sua lógica deôntica, orientação para que as pessoas saibam de antemão o que podem ou não podem empreender. No processo ocorre a mesma racionalidade, pois do comportamento processual de um ente se tem a dimensão de quais serão os próximos passos. A expectativa, então, culmina por recair

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 631. (Curso de Processo Civil, v. 2).

⁵⁵ CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, cit., p. 322-323.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 127.

nas consequências advindas dos comportamentos manifestados pelos sujeitos do litígio, no porvir derivado da conduta, não propriamente em seu imediatismo. Sendo o ato processual fruto de uma vontade, não deixa de ser também um ato de responsabilidade.⁵⁷

Confia-se nos atos praticados para se estruturarem os próximos passos da disputa, de sorte que o segundo comportamento não pode retrooperar para prejudicar seu oponente, que já traçou sua estratégia de êxito quando da prática do *factum proprium*.

Assim, se o juiz decide pela realização de prova pericial, determinando às partes o oferecimento de quesitos e indicação de assistente técnico, não pode, repentinamente, julgar antecipadamente a lide. Sua atuação, por consequência, será a de agir no sentido da produção da prova determinada. A expectativa firmada e a lógica do processo determinam que nenhum ato processual subsequente rompa essa situação jurídica, caso contrário se estará empreendendo uma retroação indevida, apta a configurar o *venire contra factum proprium* processual.

⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais, cit., p. 308.

3 ESCORÇO HISTÓRICO

Consoante já retratado, concebido no direito romano, o aforisma foi cientificamente reconhecido e catalogado por Azzo – professor da Universidade de Bolonha – no século XIII, em uma compilação denominada *Brocardica*, e que Riezler⁵⁸ foi quem, em 1912, projetou o *venire contra factum proprium* para a comunidade científica, perfilhando seus primeiros contornos dogmáticos, a partir dos direitos romano – incluído o canônico –, anglo-saxão e germânico, passando pelos períodos dos glosadores, conciliadores e da pandectística, de onde foram traçadas suas linhas evolutivas⁵⁹. Na sua obra, Riezler explora a faceta romanística do direito teutônico, abordando o *venire contra factum proprium* como um problema de ilicitude, aproveitando-se de estudos envolvendo a figura do *stoppel*⁶⁰, desenvolvido no direito anglo-saxão.⁶¹

Os conceitos e premissas traçados pioneiramente por Riezler foram sendo paulatinamente discutidos na doutrina germânica a partir de construções jurisprudenciais⁶², cabendo a Lehmann aprimorá-los, poucos anos após – a partir de um problema envolvendo a desoneração de sócios retirantes de sociedades em nome coletivo, pelas responsabilidades oriundas de fornecimentos pendentes –, concluindo que o comportamento contraditório

⁵⁸ RIEZLER, Erwin, *Venire contra factum proprium: studien in römischen, englischen und deutschen Zivilrecht*, cit., p. 3.

⁵⁹ “No direito romano, não havia uma regra geral que vedasse o vcfp, mas apenas casos singulares onde esse tipo de comportamento era proscrito. De igual modo, a casuística canônica existente sobre o tema, mais do que a um princípio geral de Direito, deve ser imputada aos valores que informam o Direito canônico. Os glosadores criaram a fórmula ‘*venire contra proprium factum nulli conceditur*’, embora nem sempre a aplicassem. Já o Direito inglês, apesar da diversidade que aparenta em relação aos Direitos continentais, consagrou, através do instituto do *estoppel*, a proibição de contrariar o comportamento anterior e que tem larga aplicação. No Direito alemão, por fim, Riezler começou por deixar claro que a proibição de vcfp, ao contrário, por exemplo, da de contrariedade aos bons costumes, não constitui um princípio que retire de si próprio, como postulado ético, uma justificação jurídico-política, e daí tenha pretensão de validade geral. Coloca-se, subjacente à sua existência, um problema de interesses em conflito, que o Direito pode resolver muito diferentemente.” (CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 743).

⁶⁰ A cláusula de *stoppel* é uma expressão típica do direito internacional, em que se busca preservar a boa-fé e, com isso, a segurança das relações jurídicas. Consiste, em síntese, na vedação do comportamento contraditório no plano do direito internacional.

⁶¹ BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987. p. 45.

⁶² Menezes Cordeiro registra dois precedentes extraídos do BGH. No primeiro, um advogado formaliza um contrato de honorários com valor avultante, somente devido em caso de êxito, o que segundo a BGH é nulo por contrariedade à lei. Porém, ao perder a causa, o advogado postula a condenação do cliente ao valor considerado legal. O BGH vislumbrou a existência do *venire contra factum proprium* na conduta do advogado, contrariando sua posição anterior (em 26.10.1955); no segundo, exemplo, extraído do OGHBZ, de 02.12.1948, um pai doa imóvel ao filho do primeiro casamento, contando com a anuência dos filhos do segundo casamento. Passado longo tempo, após a morte do pai, um dos filhos faz a impugnação da doação, alegando a inexistência de consentimento formal de todos os interessados. O BGH denegou o pedido ao argumento de *venire contra factum proprium* (CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 749).

encerra uma dupla conotação. A primeira acepção se apresenta no sentido de que ninguém pode impor um poder que se manifeste em contraposição com outro imediatamente anterior, quando aquele malferir a lei, os bons costumes ou a boa-fé, entendendo-se como renúncia concomitante ao poder – caso em que o comportamento contraditório mostrar-se-á inconciliável com a manutenção desse poder –, impropriamente denominada de renúncia tácita. E a segunda conotação se mostra quando, apesar de reconhecer a validade de um negócio, a parte invoca sua nulidade⁶³, de comportamentos tidos por contraditórios, quando evidenciadas suas consequências, ou de atuação da realidade, após a criação de uma aparência em sentido diverso.⁶⁴

A crítica feita às considerações de Lehmann reside na ausência de destaque da boa-fé, em relação à lei e aos bons costumes, e a falta de imbricação direta entre o *venire contra factum proprium* e a boa-fé, em que aquele deriva diretamente desta.⁶⁵

Até a década de 1970, malgrado o *venire contra factum proprium* ser objeto de estudos pouco inspiradores na doutrina alemã – a partir de Rundstein e Studinger –, não houve maiores desenvolvimentos, exceto pelo fato de que Beltz propôs sua transposição para o direito processual civil em 1937⁶⁶ e Canaris o tenha vinculado à doutrina da tutela da confiança.⁶⁷

Coube à moderna doutrina tedesca imbricar o *venire contra factum proprium* com a boa-fé objetiva, enxergando-o como “suposto típico” cerceador do exercício de direitos subjetivos⁶⁸. Para Franz Wieacker, a boa-fé, enquanto limite para direitos subjetivos, está solidamente ligada à compreensão de lealdade, expressando a máxima:

[...] de forma tan inmediata la esencia de la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fé que a partir de ella se alumbra la totalidad del principio. La inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa se basa en la misma exigencia de fides que fundamentalmente impone el mantenimiento de la palabra, el pacta sunt servanda, y la restricción del deber de prestación inicia a través del

⁶³ Para Teresa Arruda Alvim Wambier, a nulidade representa a situação que torna vulnerável um ato quanto à sua eficácia, ou seja, poderá deixar de produzir seus regulares efeitos, podendo desconstituir aqueles já produzidos (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 129).

⁶⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 744.

⁶⁵ Ibidem, p. 744.

⁶⁶ Ibidem, p. 745.

⁶⁷ Ibidem, p. 742.

⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo. In: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Traducción de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977. p. 21.

*principio de buena fe, fue llevada a cabo por el antiguo concepto romano de la fides a través del elemental entendimiento de que la concepción textual del vínculo debía ser sustituida por una concepción leal del mismo.*⁶⁹

Alvitra ainda Wieacker que o princípio que veda o comportamento contraditório atua com foco precípuo na legítima expectativa da contraparte, independentemente de pressupostos anímicos, como a má-fé subjetiva ou a inescusável negligência do sujeito ativo, culminando seu raciocínio ao afirmar que “*el principio del venire es una aplicación del principio de la ‘confianza en el tráfico jurídico’ y no una específica prohibición de la mala fe y de la mentira*”.⁷⁰

Sua evolução como instituto jurídico o levou à condição de gênero, de que são espécies a *caducidad (Verwirkung)* – também denominada de *suppressio*⁷¹ – e a inalegabilidade de nulidades formais, ambas tidas como derivações do § 242 do BGB.⁷²

Nos países de língua espanhola, o apotegma romano vem retratado como parcela integrante da “teoria dos atos próprios”.

⁶⁹ WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fé*, cit., p. 61.

⁷⁰ Ibidem, p. 62.

⁷¹ Segundo Menezes Cordeiro: “*Suppressio* é a expressãoposta para traduzir a *Verwirkung*, i. é, a situação em que incorre a pessoa que, tendo suscitado noutra, por força de um não exercício prolongado, a confiança de que a posição em causa não seria actuada, não pode mais fazê-lo, por imposição da boa fé. A aceitação em processo é pacífica, levantando apenas dúvidas quando, através dela, se tente flexibilizar a presença dos prazos rígidos, típicos do direito adjetivo. A problemática real escondida pela *suppressio* não aconselha uma transposição simples do Direito civil para o processo, neste domínio.” (CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 443).

⁷² WIEACKER, Franz, op. cit., p. 62-63.

4 CONCEITO

4.1 Conceito do *venire contra factum proprium* no âmbito material

Conceito do *venire* no prisma do direito material. A conceituação do *venire contra factum proprium* é uma das preocupações da presente proposição científica, o que remete à seguinte indagação: Será que o conceito extraído do direito civil e dogmaticamente aceito pela comunidade jurídica pode ser aplicado também para o direito processual civil?

Veja-se. A clássica e sempre lembrada definição do fenômeno no hemisfério civil é de Menezes Cordeiro, para quem “a locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível”⁷³. Mais adiante, o autor português complementa sua digressão, ponderando que o “*venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”.⁷⁴

Para Alejandro Borda, a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta, quando essa conduta, interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes ou a boa-fé, justifica a conclusão de que não se fará valer o direito, ou quando seu exercício se choque contra tais elementos⁷⁵. Marcelo López Mesa simplifica a ideia, asseverando que “*nadie puede variar de comportamiento injustificadamente, cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro*”.⁷⁶

Também no direito comparado, Díez-Picazo propugna que:

Con base en algunos textos romanos y en la elaboración llevada a cabo sobre ellos por la doctrina posterior se viene repitiendo que nadie puede venir contra sus propios actos. Con ello se quiere decir que el acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisible cuando con él la persona se pone en

⁷³ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 742.

⁷⁴ Ibidem, p. 745.

⁷⁵ BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 55; e ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. Derecho civil (Parte General). Barcelona: Bosch, 1947. t. 1, v. 2, punto 208, p. 482.

⁷⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia: la utilidad de las normas abiertas el ocaso del legalismo estricto y la nueva dimensión del juez*. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 45.

*contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior. La regla veda una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior.*⁷⁷

No Brasil, dentre aqueles que estudaram *o venire contra factum proprium* sob a ótica do direito privado, sobretudo civil, Judith Martins-Costa, ao discorrer sobre as perspectivas traçadas pelo instituto, pondera que enquanto componente da teoria dos atos próprios, “tem por escopo tutelar ‘situações de confiança’ e vedar o comportamento contraditório quando, pela própria conduta, despertou-se, no *alter* ou em terceiros, a legítima confiança de que a palavra seria mantida ou o comportamento seguido seria observado”⁷⁸. Anderson Schreiber, por sua vez, aduz que “a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos”.⁷⁹

Afigura-se o *venire contra factum proprium* quando alguém, destoando de um paradigma de comportamento, pratica duas condutas que, do ponto de vista lógico, analisadas em seu conjunto, afiguram-se como incompatíveis, sem qualquer atitude intermediária que as compatibilize, demonstrando uma ausência de boa-fé objetiva, de lealdade, a ponto de atingir a confiança e a decorrente expectativa depositada por outrem e causar-lhe um prejuízo.

Todas essas conceituações – absolutamente corretas e adequadas ao instituto – se restringem ao plano civilístico, regente das relações interpessoais da ordem privada, emergindo de todas elas um dado racionalmente apreensível, qual seja, de que o comportamento contraditório volta-se diretamente contra a contraparte da relação, em que preponderam valores juridicamente tutelados da legítima confiança e boa-fé objetiva latentes no vetor geral de solidariedade.

A natureza jurídica do comportamento contraditório. Em relação à natureza jurídica do *venire contra factum proprium* no campo substancial, sua vedação traduz a reprovação do direito que pende sobre atuações inadmissíveis no exercício de direitos e posições jurídicas – também conhecido por abuso do direito (ver item 7.2) –, salvaguardando

⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, Prólogo, in *El principio general de la buena fé*, cit., p. 21.

⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith, A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*, cit., p. 110.

⁷⁹ SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 96.

a pessoa que teve por boa, confiou na primeira perpetração, e construiu, por conta disso, uma justa expectativa. O *factum proprium* não se impõe como decorrência da regra *pacta sunt servanda*, mas por ser a expressão verdadeira de concretização da boa-fé objetiva.⁸⁰

4.2 Conceito de *venire contra factum proprium* processual civil

Antes de se adentrar na temática da conceituação do instituto, mister se faz uma abordagem preliminar acerca da adequação da denominação ao *venire contra factum proprium*.

4.2.1 Do adequado *nomen iuris* do fenômeno

O avanço da ciência do direito exige, na medida do possível, que se dê denominações próprias a novos institutos, a fim de evitar confusões pelo operador do direito com fatores preexistentes no sistema⁸¹. A designação de qualquer instituto deve exprimir, na medida do possível, o alcance, a finalidade e sua essência, sob pena de transmitir mal a ideia que dele deveria se extrair⁸², de sorte que a identidade do *nomen iuris*, a coincidência em si, não significa necessariamente que correspondam à mesma figura jurídica. Para tanto, há de se perscrutar sobre a gênese, estrutura e sua função na seara instrumental, buscando os verdadeiros valores jurídicos por ele tutelados dentro do ordenamento jurídico.⁸³

Ainda que por questões de ampla tradição e operacionalidade se mantenha a denominação comum nos âmbitos do direito civil e do direito processual – *venire contra factum proprium*, já amplamente consagrada na jurisprudência e na doutrina, desde o direito romano, aliás –, não há como dispensar o cotejo analítico do fenômeno em ambas as esferas.

No campo do direito material, o *venire contra factum proprium* é retratado como “comportamento contraditório”, sob a perspectiva do conjunto da atuação, é dizer, uma

⁸⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 769-770. No mesmo sentido: SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 119-120.

⁸¹ CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 798.

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 371.

⁸³ Para Talamini, “Os nomes das coisas não são as coisas. Especialmente na identificação e compreensão de mecanismos e institutos jurídicos o fundamental é investigar-lhes a estrutura e a função, que é ditada não pela denominação que eles recebem, mas sobretudo pelo modo como estão configuradas suas disposições internas, seu conteúdo.” (TALAMINI, Eduardo. *Direito processual concretizado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 30).

segunda laboração em relação à outra que lhe precede. No caso, a segunda é oposta ou incoerente em relação à que dissera ou adotara anteriormente. Por isso que se afirma ser ela – a segunda – “contraditória”.

Todavia, para os fins da presente demonstração científica, levando em consideração que o principal prejudicado pela incoerência é o exercício da tutela jurisdicional e o processo a ele correspondente, é mais adequado que a denominação no direito processual civil busque na denominação esse objeto precipuamente prejudicado. Ontologicamente, não deixa de ser “contraditória” a laboração perpetrada pelo sujeito. Mas, voltando-se frontalmente contra o *iter* processual, ocasiona uma indesejada e ilícita retroação em seu fluxo avante, fora das situações processuais em que a lei permite, em nome de um interesse mais relevante, essa contramarcha.

Nesse sentido, torna-se mais apropriado que o *venire contra factum proprium* processual seja retratado como “comportamento processual retroativo”, sob a perspectiva do instrumento da atuação jurisdicional. Essa denominação leva em consideração o fato de o comportamento retroativo processual conformar uma decorrência direta do princípio da irretroatividade que norteia todo o direito processual civil, atuando no nascimento da relação processual, em seu desenvolvimento e também em sua extinção.

4.2.2 Conceito no campo processual civil

Os dois pioneiros trabalhos acadêmicos englobando exclusivamente o apotegma romano sob o prisma do direito processual civil – de Talita Macedo Romeu⁸⁴ e Larissa Gaspar Tunala⁸⁵ – enfocam o “voltar-se contra seus próprios atos”, sob as perspectivas da boa-fé e da confiança, aquela como primordial fundamento jurídico. Além desses, vários outros ensaios e artigos acadêmicos abordam o fenômeno no contexto processual civil, como será abordado com maior detalhamento mais adiante. Basicamente, o postulado romano é abordado

⁸⁴ “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.” (ROMEU, Talita Macedo, *A proibição de comportamento contraditório aplicada ao direito processual civil*, cit., p. 29).

⁸⁵ Para a autora, “o *nemo potest venire contra factum proprium* é um instrumento protetivo da confiança gerada por um comportamento praticado, de modo que o agente da conduta referência não mais deva contradizer-se por meio da prática de ato posterior, sob pena de gerar prejuízo àqueles que objetivamente aderiram à confiança emanada pelo primeiro ato” (TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 45).

principalmente sob a perspectiva da boa-fé objetiva, como seu primacial embasamento jurídico. Deixa de se proceder à devida compatibilização do vetusto apotegma romano com o direito processual civil e suas principais características. O *venire contra factum proprium*, elemento jurídico visceralmente traçado sob as diretrizes do direito material, deve ser devidamente adaptado, compatibilizado para o direito processual civil, de raiz predominantemente instrumental e publicístico.

Conceituar um instituto jurídico é, antes de tudo, descrever sua natureza jurídica e suas características principais, em seu respectivo ambiente de atuação – o ordenamento jurídico-processual –, de forma a permitir sua exata dimensão e perfeita compreensão.

Dentro dessas premissas, o que a tese propõe, é que, em nome do aprimoramento do direito, não se pode transportar a conceituação do aforisma romano traçada sob as bases teóricas do direito civil *sic et simpliciter* para a seara processual, sem maiores digressões e reflexões. É necessária, como premissa da aplicação nesse meio, que se perfaça uma profunda adaptação e compatibilização com seus dogmas.

Hão de ser respeitadas preliminarmente as amplas diferenciações existentes entre esses dois grandes polos metodológicos do direito, principalmente no aspecto axiológico. Se o *venire contra factum proprium* foi originariamente concebido no direito civil, as adaptações de suas regras para outros ramos do direito devem respeitar as peculiaridades dos fenômenos jurídicos de cada específica área do direito.

Como vem sendo defendido no desenvolvimento do estudo, no âmbito do processo civil, o brocardo *nemo potest venire contra factum proprium* não tem vinculação e alicerce primário na boa-fé objetiva e na confiança depositada pela contraparte, tendo, ao contrário, profunda imbricação com a guarda, o resguardo do natural desenvolvimento da marcha processual.

Repudia a máxima – forjada no seio da boa-fé, é verdade – as indevidas retroações propiciadas pelo comportamento contraditório, atuando para que a função precípua do Estado de Direito – a função jurisdicional – se desenvolva sem peias, ardis ou meios artificiosos, em nome da boa-fé objetiva e confiança depositadas pelos demais entes.

Isso porque, uma vez invocada a tutela jurisdicional do Estado, “as partes já não são os donos do processo”⁸⁶, que passa a pertencer ao Estado. Ato contínuo, a sociedade de forma latente assume a condição de maior interessado em sua cabal satisfação.

A ação civil é, em sua última essência, o substitutivo civilizado da vingança⁸⁷, de maneira que, ao assumir a responsabilidade pelo adequado exercício da jurisdição, essencial aos propósitos constitucionais da nação e da sociedade civil – pelo fortalecimento das instituições e pelos valores humanos e sociais –, o Estado-juiz passa a ser o maior prejudicado com atitudes que refletem a ausência de boa-fé no processo. A atitude contraditória se volta, de fato, diretamente contra o exercício da atividade jurisdicional, e somente indiretamente à contraparte da relação processual, razão pela qual não se pode aplicar a mesma conceituação oriunda do prisma civilístico para o direito processual civil.

Destarte, configura-se o *venire contra factum proprium* no processo civil quando alguém, destoando de um paradigma de comportamento, pratica, dentro ou fora do processo, duas condutas que, conjunta e logicamente analisadas, afiguram-se como contraditórias, sem qualquer atitude intermediária que as compatibilize ou justifique, propiciando uma retroação indevida da marcha processual fora das hipóteses legalmente previstas, atingindo, por conseguinte, o regular desenvolvimento da função jurisdicional exercida pelo Estado.

4.2.3 Natureza jurídica do comportamento retroativo processual

Conforme será abordado com maior detalhamento e fundamentação, o *venire contra factum proprium* processual é regra-princípio. As conclusões extraídas do estudo indicam possuir o fenômeno no hemisfério processual a natureza jurídica de princípio de jaez constitucional – o princípio da irretroatividade, aplicado à dinâmica processual. É igualmente regra jurídica que obsta retroações indevidas e que busca resguardar os atos processuais e as situações jurídicas consolidadas no processo.

Além disso, possui também natureza jurídica de fato jurídico processual, na medida que traduz um acontecimento decorrente da incompatibilidade entre os comportamentos

⁸⁶ MILHOMENS, Jônatas. *Da presunção de boa-fé no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 36.

⁸⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2008, p. 26.

inicial e final, este último produzido dentro da relação processual, aos quais a lei assegura, por conta disso, consequências jurídicas.

Ainda, para complementar, o *venire contra factum proprium* constitui um fato impeditivo, ao obstar o retrogradar da relação processual para fases procedimentais anteriores e, ao mesmo tempo, permitir sua evolução progressiva, sem dar azo a manobras escusas dos litigantes.

5 SURGIMENTO DO INSTITUTO

5.1 O surgimento do comportamento contraditório – no espectro substancial

Ausência de norma expressa. Uma das relevantes indagações que a presente demonstração científica visa a responder se refere ao surgimento da aplicabilidade do aforisma *nemo potest venire contra factum proprium*. A questão tem relevância, na medida que não há no direito brasileiro – de tradição romano-germânica – um ato legiferante transformador da ordem jurídica, constitutivo de direitos, a partir do qual se legitimaria a aplicação da teoria dos atos próprios no direito civil do Brasil. Inexiste, de fato, uma disciplina legal específica para o instituto do *venire contra factum proprium* que possa regulamentar e legitimar integralmente o comportamento contraditório no campo material. Entretanto, independentemente da vontade de sua positivação por parte do legislador, o instituto existe, é uma realidade no direito processual civil contemporâneo. Hodiernamente, o direito vigente vai além daquilo que está materializado no texto normativo, não se restringindo ao positivismo que se encontra descrito nos códigos e demais textos legais⁸⁸. Isso porque o sentido deônico da norma pode não se restringir obrigatoriamente àquilo que consta expressamente do texto da lei. Há sempre de ser considerado que o silêncio legislativo não implica necessariamente na ausência de norma sobre a questão envolvida.⁸⁹

O sistema relativamente aberto. Isso se deve ao fato de que o direito civil – como ramo do direito – não pertence a um sistema fechado para o seu aprimoramento, estático e autorreferente. Ao contrário, é um sistema incompleto, relativamente aberto⁹⁰, partindo-se da

⁸⁸ Para Emilio Betti: “É uma ilusão crer que a disciplina codificada não apresente lacunas e que seja um direito vivo e vigente todo aquele que está escrito no código; e é um grave erro acreditar que se pode imobilizar o direito e paralisar sua dinâmica com a coação ao formalismo na aplicação da lei.” (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*: teoria geral e dogmática. Tradução de Karina Jannini, a partir da segunda edição revista e ampliada por Giuliano Crifò. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 10).

⁸⁹ Para Teresa Arruda Alvim Wambier: “A lei é a pauta de conduta mais visível e, portanto, tem o seu valor, bastante significativo, neste contexto em que se exige segurança. Sabe-se que o princípio da legalidade, como se observou, hoje não se confunde mais com a necessidade de adstrição absoluta à literalidade da lei. Há a lei, que é filtrada pela jurisprudência, pela doutrina. Na jurisprudência, na doutrina, se fala dos princípios, dos direitos fundamentais. Todos estes são elementos do sistema jurídico, que determinam o sentido que deve ter a lei, ou seja, qual, exatamente, é a pauta de conduta.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 113-114).

⁹⁰ Para Judith Martins-Costa, “não se pode entender a expressão sistema aberto em sua literalidade. Um sistema completamente aberto é um não sistema, uma *contradictio in terminis*. Devemos, pois, entender por sistema

premissa de que há sempre um descompasso entre o mundo experimental e a realidade prescritiva da norma. Numa perspectiva axiológica, pode-se afirmar que esse sistema aberto, caracterizado pela ductilidade de uma miríade de novos valores, é captado pelo hermeneuta na adequada exegese da norma jurídica. Logo, regras, princípios e valores diversos daqueles até então subsistentes podem validamente defluir do sistema de normas, de acordo com as necessidades sociais reinantes.⁹¹

Em certo sentido, isso pode ser atribuído à possibilidade de o direito ser fruto de uma geração espontânea, que surge continuamente de seus fundamentos, de seus princípios e valores, numa vertente autopoietica idealizada por Luhmann, na qual o direito presente é alimentado pelo direito pretérito, que por sua vez alimentará o direito futuro, que ainda está por vir. É o direito circular e contínuo que – sem perder sua característica de abertura – recria o próprio direito.⁹²

Isso não significa que o direito seja mutável a todo momento, de forma lotérica e frívola – o que constituiria foco de constante insegurança jurídica. Há um paradoxo entre um vetor de pacificação de relações jurídicas e sociais gerador de estabilidade e segurança – para que as situações jurídicas já estabilizadas não sofram bruscas e inesperadas modificações e continuem, portanto, como estão – e uma força em sentido oposto, de dinâmica e adaptabilidade do direito às mutações do mundo experimental e analítico. Trata-se de um círculo virtuoso, que permite que o direito não fique irremediavelmente engessado, destoante da realidade e dos anseios sociais, nem seja constante e inopinadamente renovado, fator de instabilidade⁹³. Importante ressaltar, todavia, que por força dessa salutar tensão, essas mutações são gradativas e operam, em princípio, nas camadas externas do ordenamento

aberto um sistema que se auto-referencia de modo apenas relativo. Não é, portanto, excludente do que está às suas margens, possuindo mecanismos de captação do seu entorno e de ressistematização destes elementos” (MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 42-43).

⁹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 107.

⁹² Luhman exportou o conceito de sistema autopoietico para a sociologia afirmando que a autopoiese significa a “determinação do estado posterior do sistema, a partir da limitação anterior à qual a operação chegou” (LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. p. 112-113). Savigny, com certa semelhança, entende que o direito positivo se complementa por si só em razão de sua “força orgânica” (ALPA, Guido. *La biblioteca dell'avvocato civilista nell'ottocento. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, v. 54, n. 2, p. 335, giugno, 2000).

⁹³ BERGEL, Jean-Louis, *Teoria geral do direito*, cit., p. 133.

jurídico, não em seus fundamentos e alicerces – que possuem bases mais sólidas, perenes, estáveis e que inadmitem constantes ou bruscas intervenções.⁹⁴

A argumentação jurídica e o desenvolvimento do sistema científico⁹⁵. Canaris, de uma certa forma, atribui o surgimento do *venire contra factum proprium* à abertura e desenvolvimento do sistema⁹⁶. De fato, a inclusão na ordem jurídica do *venire contra factum proprium* se deu por contribuição de um desenvolvimento dentro do sistema “científico”, que, num sopro de inspiração, o identificou como uma derivação de valores e princípios latentes em sua respectiva legislação, que não tinham até então o alcance dessa magnitude⁹⁷. Esse exercício de criatividade foi influenciado pelos direitos romano – no qual o fenômeno foi concebido – e alemão – no qual a teoria se desenvolveu e a partir daí se disseminou pelo mundo.

Doutrina e jurisprudência, no desempenho de uma linguagem dialética – típica de quem argumenta para um auditório –, retiraram elementos intrínsecos preexistentes no ordenamento jurídico que deram ensejo à introdução definitiva do apotegma *venire contra factum proprium non valet* na dogmática jurídica nacional⁹⁸. A ciência jurídica, no caso,

⁹⁴ Segundo Bergel: “Nenhum ramo do direito pode escapar a essas mutações, mesmo as instituições mais fundamentais do direito público ou do direito privado; mas os fundamentos são mais duradouros do que suas manifestações superficiais, e as revoluções jurídicas são raras, pois o equilíbrio das múltiplas forças conservadoras e criadoras do direito impede, mesmo em momentos de crise, as subversões duradouras e favorece simples oscilações.” (BERGEL, Jean-Louis, *Teoria geral do direito*, cit., p. 136-137).

⁹⁵ A argumentação jurídica será abordada com maior profundidade no item 6.3. Por ora, necessárias algumas considerações acerca do tema para o desenvolvimento dessa colocação teórica.

⁹⁶ Para Canaris: “No que toca, em primeiro lugar, à abertura, encontram-se, na literatura, utilizações linguísticas diferentes. Numa delas, a oposição entre sistema aberto e fechado é identificada com a diferença entre uma ordem jurídica construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência e uma ordem dominada pela ideia da codificação; nesse sentido, o sistema do Direito alemão actual deve-se considerar, pela sua estrutura, sem dúvida como fechado. Na outra, entende-se por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema; neste sentido, o sistema da nossa ordem jurídica hodierna pode caracterizar-se como aberto. Pois é um facto geralmente conhecido e admitido o de que ele se encontra numa mudança permanente e que, por exemplo, o nosso sistema de Direito privado surge, no essencial, diferente do imediatamente posterior à promulgação do BGB ou do ainda há trinta anos existente. Esta mudança, em cujo decurso foi descoberta uma série de ‘novos’ princípios, tem sido descrita com frequência e só precisa, aqui, de ser indicada. Assim, e enquanto factos construtivos ou modificativos do sistema, desenvolveram-se: o princípio do risco, na responsabilidade objectiva, o princípio da confiança, na responsabilidade pela aparência jurídica e na doutrina da *culpa in contrahendo* e o princípio da equivalência material no instituto da alteração das circunstâncias; de modo semelhante, o princípio da boa fé demonstrou, na *exceptio doli*, na doutrina da *suppressio* ou na multiplicidade dos deveres de comportamento desenvolvidos a partir dela, uma inegável força de alteração do sistema.” (CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 105).

⁹⁷ Ibidem, p. 118.

⁹⁸ Para Canaris: “O facto de a mudança de conteúdo do sistema não ser determinada por princípios retirados da lei e, com isso, através das modificações da ‘consciência jurídica geral’, não exclui, por outro lado, que ela seja fundamentalmente, não ‘posta’ ou ‘postulada’ mas antes ‘descoberta’ ou ‘encontrada’. Mas isso significa, no que toca à relação entre o sistema objetivo e o científico, que de novo a mudança do primeiro precedeu a

contribuiu, pelas mãos dos operadores do direito, para o seu aprimoramento, passando a teoria dos atos próprios do plano descritivo da ciência para o prisma prescritivo da norma.⁹⁹

Se existe uma sólida construção jurisprudencial envolvendo o comportamento contraditório no direito privado – iniciada ainda sob a égide do Código Civil de 1916 –, é porque os profissionais do universo jurídico (juízes, promotores, procuradores, docentes, juristas, advogados) – que efetivamente desempenham em suas respectivas tarefas a linguagem do jurista –, em cada um dos precedentes conformadores que originaram a aplicação do apotegma romano, teceram uma argumentação jurídica racional e lógica, suficiente para persuadir os órgãos da jurisdição quanto à sua coerência e compatibilidade com os fundamentos, valores e princípios componentes do ordenamento civilista¹⁰⁰. Referimo-nos não à lógica formal, em que as decisões judiciais são fruto de um silogismo – lei, fatos e conclusão, respectivamente, premissa maior, premissa menor e conclusão –, mostrando-se racionalmente insuficiente, mas fundamentalmente com base em uma lógica material, embasada em valores reinantes e numa argumentação jurídica fidedigna.¹⁰¹

Acontece que a principal ferramenta do jurista e do operador do direito é a argumentação jurídica – utilizada na busca incessante do convencimento –, na qual seu brilho, seu logro está justamente em saber defender com clareza uma ideia, em sua capacidade criativa de argumentar, a fim de persuadir seu respectivo auditório, a partir do texto e do contexto normativo.

mudança do segundo; também, então, em casos deste tipo, a doutrina e a jurisprudência exprimem o que, ‘em si’ já vigorava. Torna-se então particularmente claro que a relação entre o Direito objectivo e o seu conhecimento e aplicação – pelo menos onde se trate de concretização valorativa e não de mera subsunção – só se pode entender como dialéctica: ela está na argumentação a partir de um princípio geral de Direito cuja vigência pressupõe sempre desde logo, enquanto este, por seu lado, também só se concretiza no processo da sua aplicação.” (CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 124-125).

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 183.

¹⁰⁰ Para Perelman, a argumentação objetiva “provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento: uma argumentação eficaz é a que consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida (ação positiva ou abstenção) ou, pelo menos, crie neles uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno” (PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão da tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 50).

¹⁰¹ ALVIM, Arruda. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, n. 1, p. 92-95, jan./mar. 1976.

Esse salutar exercício intelectual, por vezes, culmina por modificar o sistema objetivo, extraindo soluções até então inéditas, mas que encontram relativa compatibilidade no sistema, a ponto de se sedimentarem.

Se porventura fosse o *venire contra factum proprium* um elemento destoante da unidade componente da ordem jurídica, baseada em sua organicidade e hierarquia normativa e não atendesse às exigências do bem comum, seria naturalmente repelido ou eliminado do sistema por absoluta incompatibilidade lógica ou finalística.¹⁰²

Particularmente em relação ao comportamento contraditório do direito civil, sua extração do ordenamento pode ser atribuída a uma revaloração dos institutos, dentro de uma perspectiva até então fincada no voluntarismo¹⁰³, com supremacia totalitária da vontade, para uma vertente eminentemente ética – intrinsecamente ética, na verdade, com forte apoio na *moralidade essencial do direito* – atuando nos planos constitucional e infraconstitucional e repudiando todo e qualquer fenômeno incompatível que tenha aptidão de contrariar sua principiologia moral, privando-o de suficiente juridicidade¹⁰⁴. Se o direito visa a regulamentar e ordenar a vida em sociedade, deve acompanhar as constantes transformações da realidade, representando moralidade e ética a posição axiológica essencial para a consecução desse ideal. Essa tomada de consciência possibilitou a alteração no eixo metodológico do direito, elevando a boa-fé objetiva a uma “invariante axiológica” da civilística, sendo que, uma vez definitivamente incorporada, passou a atuar em todos os seus institutos como um valor congênito impenetrável, livre dos efeitos deletérios do tempo e de transformações políticas, técnicas e econômicas.¹⁰⁵

¹⁰² Bergel complementa essa ideia, afirmando que: “A coerência, a interdependência dos elementos de todo sistema jurídico o impedem de digerir os corpos estranhos. Os fenômenos de rejeição que se operam então impõem que todo elemento novo do direito se reporte a elementos preexistentes: a personalidade moral tem afinidades com a personalidade física; as técnicas novas do direito social ou do direito comercial se abeberam na fonte da velha noção de contrato; o valor econômico dos monopólios de exploração foi atrelado ao conceito ancestral de propriedade. Em matéria jurídica, como na vida ou na natureza, ‘nada se perde; nada se cria; tudo se transforma’.” (BERGEL, Jean-Louis, *Teoria geral do direito*, cit., p. 142).

¹⁰³ Sobre o voluntarismo, diz Simon Blackburn: “Em geral, qualquer posição que veja a razão e o intelecto como algo que é subserviente em relação à vontade; ou seja, qualquer posição favorável à afirmação de Hume segundo a qual a razão é, e deve ser, a escrava das paixões. Na ética, o voluntarismo é a posição de que é a vontade, ou o desejo, que cria os valores, embora seja mais usual chamar-lhe projetivismo ou emotivismo.” (BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Consultoria da edição brasileira, Danilo Marcondes; tradução de Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 407).

¹⁰⁴ Com base em Miguel Reale: MARTINS-COSTA, Judith, A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*, cit., p. 109.

¹⁰⁵ REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, cit., p. 215 e 591.

A atividade pretoriana como fator de contribuição para o aprimoramento do direito. Atualmente, a jurisprudência possui um papel relevante para o aprimoramento do direito e, consequentemente, para a erupção do *venire contra factum proprium*¹⁰⁶. Para Miguel Reale, o termo “jurisprudência”, em seu sentido estrito, indica a “forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”¹⁰⁷. Os precedentes conformam os *topoi* integrantes de uma argumentação jurídica estruturada na tópica de Viehweg, orientando a complexa dialética de interpretação da norma¹⁰⁸. Teleologicamente, o construído é elaborado para dirimir problemas práticos, porém tais construções somente são passadas do plano abstrato para o concreto por força da atividade judicante exercida pelos tribunais, que funciona, no caso, como uma espécie de filtro, de controle de qualidade certificador da inovação, dando, por meio da *ratio decidendi*, a última palavra acerca da adequada exegese da lei e, dessa forma, contribuindo para a modificação do sistema normativo.¹⁰⁹

O direito processual civil possui íntima imbricação com o mister exercido pelos tribunais, pois toda e qualquer elaboração teórica acerca do processo é idealizada para aprimorar o direito e melhor atender às exigências do bem comum e da vida social, cada vez mais complexa e intrincada. Em suma, “o tribunal é o laboratório das leis no processo”, descontinuando o modo pelo qual devem ser entendidas pelo jurisdicionado.¹¹⁰

Karl Larenz obtempera que à jurisprudência deve ser atribuída não somente a atividade de colmatar lacunas, mas também a de “adoção e conformação ulterior de novas ideias jurídicas que, em todo caso, se tinham insinuado na própria lei, e cuja realização pela

¹⁰⁶ Tércio Ferraz reconhece o crucial papel da jurisprudência: “Até bem recentemente, um livro de dogmática de direito constitucional não se referia à jurisprudência. Hoje, manuais e dissertações são repletos de menções jurisprudenciais. Nas faculdades de direito, a pesquisa de jurisprudência começa a sobrepor-se à doutrina.” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014. p. XIV-XV).

¹⁰⁷ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 167.

¹⁰⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 36, n. 199, p. 140-141, set. 2011.

¹⁰⁹ “Todas as elaborações teóricas do processo têm de ter, sempre, como elemento vital no equacionamento final e último do problema e respectiva solução, a autoridade judiciária, a figura mais eminente do processo. O processo é impensável prescindindo-se da atividade jurisdicional. A sua razão de ser é servir de instrumento àqueles que pedem justiça; e quem a distribui, por meio do processo, são os magistrados e os tribunais. São os magistrados que dão o perfil último, eficaz e concreto da lei.” (ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 183).

¹¹⁰ “A lei e a doutrina servem de apoio aos tribunais, a quem compete a última palavra – a linguagem do tribunal, que reflete a posição sobre as questões é fornecida pela jurisprudência – são os tribunais que realizam a lei – e que trazem à tona a forma pela qual a lei vem sendo entendida.” (ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 183 e 184).

jurisprudência vai para além do plano originário da lei e o modifica em maior ou menor grau”.¹¹¹

Existe uma natural limitação à função legiferante exercida pelo Poder Legislativo, haja vista que a lei não tem como regulamentar todas as hipóteses fáticas possíveis advindas das relações intersubjetivas, necessitando ser integrada por meio de processo interpretativo dos juízes e tribunais para acompanhar as profundas metamorfoses e fenômenos que despontam de modo crescente no mundo contemporâneo.¹¹²

Mesmo uma lei primorosamente elaborada não pode prever uma solução jurídica para todo e qualquer problema que possa ser atribuído ao seu “âmbito de regulação”, sendo inevitável a subsistência de lacunas no ordenamento¹¹³. O direito deve funcionar em função da realidade. Nesse sentido, sistemas de *civil law* concedem à atividade jurisdicional um “*poder paralegislativo*”, em que o juiz, uma vez vedado o *non liquet*, não se exime de julgar e solucionar o conflito, ainda que diante de eventual lacuna ou obscuridade da lei, quando deve necessariamente recorrer à analogia, aos costumes ou aos princípios gerais de direito (LINDB, art. 4º e CPC/2015, art. 140)¹¹⁴. Esse mister condiz com o exercício de criatividade da jurisprudência sobre a lei, não somente a interpretando, mas sobretudo a tornando mais próxima das necessidades do homem em sociedade¹¹⁵. Independentemente da profunda discussão acerca da jurisprudência como fonte primária do direito¹¹⁶, é inegável a existência

¹¹¹ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 519.

¹¹² CAENEDEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 264.

¹¹³ LARENZ, Karl, op. cit., p. 519.

¹¹⁴ BERGEL, Jean-Louis, *Teoria geral do direito*, cit., p. 81.

¹¹⁵ Bergel complementa esta ideia afirmando que “o papel do juiz é essencial para aplicar a lei, interpretá-la, preencher as lacunas, mas também para rejuvenescê-la, vivificá-la ou atenuá-la, até mesmo ignorá-la ou combatê-la... Conquanto tenha a missão de se submeter à lei e de a aplicar, o juiz, é o intermediário necessário entre a promulgação da regra de direito e sua efetividade, pode na realidade combatê-la. As relações entre o legislador e o juiz às vezes são tempestuosas” (BERGEL, Jean-Louis, *Teoria geral do direito*, cit., p. 83-84). Para Mauro Cappelletti, a criatividade “mostra-se inherente a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, ‘aplicá-los’ e ‘realizá-los’ em novo e diverso contexto, de tempo e lugar” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 21).

¹¹⁶ Duas correntes antitéticas debatem se a jurisprudência é fonte primária do direito. Para Arruda Alvim, “dogmaticamente, nos sistemas de Direito escrito e origem europeia continental, a jurisprudência não pode ser considerada como fonte do direito, sequer para os próprios tribunais (afirmação esta que subsiste como verdadeira, mesmo em face de súmula vinculante – art. 103-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004 e regulamentada pela Lei 11.417/2006 –, mas que, pragmaticamente, fica reduzida a muito pouco, consoante se expõe adiante)” (ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*,

de uma convergência atual – cuja intensidade vem sendo progressivamente acentuada – quanto ao papel decisivo da jurisprudência como fator de adaptabilidade do direito ao dinamismo da realidade social¹¹⁷. Como afirma Reale, “criando ou não Direito novo, com base nas normas vigentes, o certo é que a jurisdição é uma das forças determinantes da experiência jurídica”.¹¹⁸

Mas o fato é que esse pulso inventivo – inspirado, como visto, na argumentação jurídica dos atores dessa experiência jurídica – não é amplo e ilimitado, a ponto de permitir sua utilização em todas as hipóteses em julgamento, de forma subjetiva e arbitrária, restringindo-se cautelosamente a casos complexos (*hard cases*), em que a resposta jurisdicional não está claramente descrita no texto legal, por meio do tradicional método de subsunção, exigindo do julgador um maior esforço argumentativo de fundamentação na construção da norma ao caso concreto, o que é feito retirando-se a solução necessária da unidade do ordenamento jurídico – princípios, valores, doutrina.¹¹⁹

Essa possibilidade de transmutação atribuída ao direito jurisprudencial é uma característica da contemporaneidade – com vertiginoso aumento das relações interpessoais desaguando no natural recrudescimento da demanda de regulamentação no campo legislativo –, sendo responsável, em certo sentido, pela diminuição da distância existente entre as grandes famílias do direito – o *civil law* e o *common law*.¹²⁰

cit., p. 184); em sentido oposto, para Miguel Reale, “se o Judiciário considera de ordem pública uma norma legal antes tida na conta de regra dispositiva, ou vice-versa, verifica-se uma alteração substancial na dimensão típica do preceito, o qual adquire ou perde força cogente. Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser ‘de direito’ no caso concreto”. E complementa: “Numa compreensão concreta da experiência jurídica, como é a da teoria tridimensional do Direito, não tem sentido continuar a apresentar a Jurisprudência ou o costume como fontes acessórias ou secundárias.” (REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 169).

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes legisladores?*, cit., p. 7.

¹¹⁸ REALE, Miguel, op. cit., p. 168-169.

¹¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 105.

¹²⁰ Para Mauro Cappelletti: “Para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua causa, tal necessidade é certamente um fenômeno arriscado e aventureiro. Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas, se é verdade que semelhante fenômeno, no nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação dos sistemas jurídicos, aproximação que, à distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica.” (CAPPETELLI, Mauro, *Juízes legisladores?*, cit., p. 133-134).

As soluções extraídas pela jurisprudência¹²¹ – principalmente dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ) – da unidade do sistema objetivo ganham maior relevância ao extrapolar as balizas do caso concreto, para atingir a comunidade jurídica e os demais cidadãos, fornecendo, conjuntamente com a lei, a pauta de conduta que doravante deverá ser seguida pela sociedade¹²². Trata-se da função *nomofilática* dos tribunais superiores de conferir uniformidade ao direito, garantindo que uma determinada regra jurídica seja interpretada de forma isonômica diante de um mesmo enquadramento fático e de forma a orientar a jurisprudência sucessiva, horizontal e verticalmente¹²³. A nomofilaquia do precedente se patenteia principalmente pela função dos tribunais superiores, propiciando segurança jurídica, por meio de uma visão prospectiva do direito, fornecendo o sentido deôntico do enunciado normativo e a pauta de conduta a ser doravante seguida pela sociedade – para que se enquadre na adequada exegese do direito legislado e de modo a não incorrer em antijuridicidades e ilicitudes. Serve também como orientador e unificador da jurisprudência sucessiva, particularmente dos tribunais hierarquicamente inferiores. Chiarloni referenda essa ideia, asseverando que a nomofilaquia das Cortes Superiores garante os valores jurídicos que a uniformidade tende a tutelar e se prende a uma interpretação uniforme do direito, e ao mesmo tempo coerente, rechaçando uma indiscriminada liberdade ao juiz no momento da aplicação, reduzindo, por conseguinte, a conflituosidade e garantindo certeza e previsibilidade ao tráfego jurídico.¹²⁴

¹²¹ O Enunciado n. 362, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, deliberou que: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extraí dos arts. 187 e 422 do Código Civil.” (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 4., 2007, Brasília, DF. Organização: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal (CJF), Centro de Estudos Judiciários, 2007. v. 1, p. 45).

¹²² Para Bergel: “Esse processo de transformação de simples decisões judiciais em verdadeiras normas jurídicas repousa ao mesmo tempo num fenômeno de generalização das soluções jurisprudenciais e num fenômeno de sedimentação da jurisprudência que procedem a um só tempo de argumentos de analogia e de autoridade implicados pelas soluções particularmente significativas ou inovadoras.” (BERGEL, Jean-Louis, *Teoria geral do direito*, cit., p. 82).

¹²³ Para Michele Taruffo: “Em páginas claríssimas da *Cassação Civil*, já em 1920, Piero Calamandrei sublinhava que a função de nomofilaquia da Corte de Cassação teria tido que se desenvolver, em conexão com a função de garantir a uniformidade da jurisprudência, através da prolação de sentenças capazes de garantir a uniformidade da jurisprudência, através da prolação de sentenças capazes não apenas de assegurar a exata interpretação do direito, mas também de impor esta interpretação como cânones de decisão dos casos sucessivos. Calamandrei apresentava a ideia que a Corte de Cassação, uma vez unificada, torna-se aquilo que em termos modernos se chama ‘corte do precedente’ e assim desenvolveria as suas funções, e em particular aquela de nomofilaquia, através de decisões capazes de orientar a jurisprudência sucessiva. [...] Com fórmula sintética se pode falar de ‘nomofilaquia através do precedente’, justamente para indicar que a função típica de uma corte superior é de assegurar o uniforme respeito à lei através de decisões ‘universalizáveis’ e projetáveis para o futuro.” (TARUFFO, Michele, *Precedente e jurisprudência*, cit., p. 153).

¹²⁴ CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 225-227.

O surgimento do apotegma como derivação da boa-fé objetiva. Dentro de tais premissas, a jurisprudência dos tribunais tem um papel de relevo na erupção do *venire contra factum proprium* no cenário jurídico nacional. Na ocasião, tinha vigência o Código Civil de 1916, que por sua vez nenhuma alusão trazia acerca do fenômeno, apesar de já consagrado no direito comparado. Para Judith Martins-Costa, o surgimento e aceitação do instituto se deveu ao direto acolhimento do princípio jurídico que veda o comportamento contraditório, por vezes como derivação da boa-fé e dos bons costumes, ou do brocardo que impõe que a ninguém é lícito invocar e beneficiar-se da própria torpeza (*turpitudinem suam allegans non auditur*)¹²⁵. Em verdade, a inovação da ordem jurídica propiciada pelo crescente reconhecimento da importância da boa-fé como pilar de sustentação do direito civil redundou no surgimento de novos institutos jurídicos ao longo do tempo, alterando, por conseguinte, os sistemas objetivo e científico¹²⁶. O princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, atendendo aos apelos pontuais da argumentação jurídica, até então circunscritos à análise do caso concreto¹²⁷, foi sendo pragmaticamente reconhecido como integrante do direito normativo, como derivação da boa-fé objetiva, em nome de valores de maior relevância, que visam às tutelas da lealdade e da legítima confiança das relações interpessoais.

O *leading case* no Brasil, que adotou a teoria dos atos próprios e o princípio *nemo potest venire contra factum proprium* abrange os direitos de família e o processual civil. Em julgamento de recurso extraordinário proferido em 20.10.1978¹²⁸, o STF considerou como ruptura da boa-fé e legítima confiança de outrem e infração ao princípio geral de direito, propugnando que a parte incide no *venire contra factum proprium*, quando, após manifestar atos espontâneos de reconhecimento do regime da separação total de bens adotado quando da celebração do matrimônio realizado no Uruguai, sustentou perante o juízo brasileiro, contraditoriamente e a fim de locupletar-se com a partilha do patrimônio, que o casamento contraído naquele país seria nulo, devendo prevalecer o regime jurídico adotado da comunhão universal de bens.¹²⁹

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith, A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*, cit., p. 116.

¹²⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 126.

¹²⁷ Segundo Larenz, a opinião externada como interpretação da lei importa somente ao caso concreto a resolver (LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 610).

¹²⁸ STF – RE n. 86.787/RS, 2^a T., rel. Min. Leitão de Abreu, j. 20.10.1978, *DJ*, de 04.05.1979, p. 3.520, *RTJ* 90/968.

¹²⁹ Do acórdão extrai-se que: “Com perfeita boa fé agiu o recorrente ao estabelecimento do regime de bens no casamento. Tanto quis, com lealdade, esse regime, que, realizado o matrimônio, além de outros atos, que traduzem manifestação inequívoca de que se considerava casado sob o regime de separação de bens, chegou mesmo a declarar-se assim casado em escritura pública de aquisição de bens (fs. 660). Se isso é certo, não

A partir de então, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, foi se solidificando uma construção jurisprudencial, disseminada por diversos tribunais pátrios, como fruto de um viés de tutela da confiança, da boa-fé objetiva, impedindo que um participante de negócio jurídico, afrontando uma posição jurídica firmada anteriormente, adote comportamento contraditório, rompendo uma justa expectativa firmada pela contraparte quando da celebração.¹³⁰

As cláusulas gerais. Aquilo que, até então, não passava de uma realidade descontinuada ao longo do tempo pela atividade pretoriana, se impôs como vaso condutor da existência de hipóteses legais eminentemente abertas¹³¹. Criou-se, por conta disso, uma pauta de conduta para o conjunto da comunidade jurídica e toda a sociedade civil, a partir de um princípio geral de boa-fé e probidade. Esse norte trilhado pela pragmática culminou por reconhecer um instituto que, não obstante não constar da lei, inegavelmente já integrava o direito¹³². A atividade dos tribunais – como sói acontecer¹³³ – inspirou o legislador a positivar o *venire contra factum proprium* no direito positivo brasileiro, por meio da utilização de uma particular técnica legislativa, com o emprego das denominadas cláusulas gerais.

pode, agora, passados anos, cerca de um quinquênio, ser ouvido quando vem sustentar que o regime de bens, em vez de ser o da separação, ao qual conscientemente se submeteu e sob o qual, de fato, passou a viver, é o regime da comunhão. Tendo criado, com a recorrida, uma situação que ambos acreditaram regular e juridicamente constituída, situação que foi condição do casamento, não pode vir agora, sem quebra da boa fé, renegar o regime a que ambos, no casamento, quiseram submeter-se. Instituindo uma situação em que a outra parte confiou, a alegação, que agora levanta, de que o regime de bens é o da comunhão de bens, importa quebra do princípio geral de direito, segundo o qual não pode a parte *venire contra factum proprium*.¹³⁰

¹³⁰ TJRS – Ap. n. 589.073.956, 5ª Câm. Cív., rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 19.12.1989, *RJTJRS* 145/320; STJ – REsp n. 95.539/SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 03.09.1996, *DJ*, de 14.10.1996, p. 39.015, *LEXSTJ* 91/267, *RSTJ* 93/314; STJ – REsp n. 47.015/SP, 2ª T., rel. Min. Adhemar Maciel, j. 16.10.1997, *DJ*, de 09.12.1997, p. 64.655, *RT* 754/225; TJSP – Ap. Civ. n. 069.715-4/2-00, 2ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Cezar Peluso, j. 16.03.1999, v.u.; TJRS – Ap. Cív. n. 70000428128, 5ª Câm. Cível, rel. Des. Carlos Alberto Bencke, j. 05.04.2000; TJRS – Ap. Cív. n. 70.000.111.068, 9ª Câm. Cív., rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 28.06.2000.

¹³¹ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 681-682.

¹³² Na dicção de Larenz: “O Direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Face às estatuições positivas do poder estadual, pode em certas circunstâncias existir um mais de Direito, que tem as suas fontes na ordem jurídica conforme à Constituição, como um todo de sentido e que pode operar como correctivo da lei escrita; achá-lo e realizá-lo em resoluções é tarefa da jurisprudência.” (LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 522).

¹³³ Jean-Louis Bergel corrobora essa ideia, lecionando da seguinte forma: “Sustentou-se que ‘o antagonismo entre o legislador e a jurisprudência é um fenômeno inevitável da formação do direito’. Mas podem existir entre um e a outra tanto relações de colaboração como relações de oposição. É uma evidência o fato de o legislador ter uma ação sobre o juiz que, nos sistemas de direito escrito, tem a missão de aplicar a lei. Mas há que precisar, em compensação, a ação do juiz sobre o legislador e a reação do legislador contra o juiz. Os tribunais, defrontados com realidades concretas, preenchendo os vazios legislativos, interpretando e adaptando as leis, descobrindo continuamente remédios novos, em geral inspiram o legislador que consagra então as soluções pretorianas com a lei.” (BERGEL, Jean-Louis, *Teoria geral do direito*, cit., p. 84). Nesse sentido, o CPC/2015 incorporou ao ordenamento jurídico processual vigente diversas soluções construídas em sede jurisprudencial. Veja, por hipótese, o caso da Súmula n. 309 do STJ, que foi positivada no artigo 528, parágrafo 7º, do CPC/2015, prevendo que: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.”

Não obstante a peculiar denominação, não há diferenciação ontológica entre as cláusulas gerais e os textos legais pautados no modelo hermético. Na dicção de Engisch, “seria apenas uma diferença de grau, não de espécie ou natureza”¹³⁴, ambos se enquadrando no gênero das proposições jurídicas. A diferenciação preponderante diz respeito ao alcance da norma, pois as cláusulas gerais, por sua “vagueza socialmente típica” e textura aberta (*open texture*)¹³⁵, abrangem uma quantidade maior de hipóteses de incidência. Assim, as cláusulas gerais, no gênero das normas jurídicas, representam o meio termo entre as regras – de relativa precisa significação – e os princípios.¹³⁶

As cláusulas gerais configuraram poderoso instrumento característico do direito hodierno e consistem numa especial técnica legislativa que, empregando ordinariamente conceitos jurídicos indeterminados¹³⁷⁻¹³⁸ e termos vagos¹³⁹, possibilitam a formulação do texto legal com tamanha abrangência e alcance semânticos, a ponto de submeterem ao seu regime um grande domínio de situações fáticas. Para Emilio Betti, quanto maior for a indeterminação da formulação normativa, maior será a contribuição do aplicador na função de “descoberta e de recognição” dos valores e princípios fundamentais reinantes.¹⁴⁰

¹³⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 233.

¹³⁵ A expressão é cunhada por Judith Martins-Costa e indica o gênero da qual são espécies as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados (MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 315).

¹³⁶ Princípios, na dicção de Humberto Ávila: “São normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. [...] Eles estabelecem um fim a ser seguido.” (ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 85).

¹³⁷ Para Henke: “El concepto indeterminado es, tal como lo denota su nombre, un elemento de figura legal con límites fluidos. Puesto que su contenido debido a esa fluidez, no está fijado, tal concepto resulta especialmente apto para dar cabida a significados nuevos.” (HENKE, Horst-Eberhard, *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, cit., p. 57).

¹³⁸ A diferenciação entre cláusula geral e conceitos jurídicos indeterminados é trilhada por Judith Martins Costa, nos seguintes termos: “Enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectiva do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema.” (MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., p. 326-327).

¹³⁹ Para Menezes Cordeiro, a ideia de conceito indeterminado ocorre sempre que “um conceito não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento: polissemia quando tenha vários sentidos, vaguidade quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa, ambiguidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira, porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do termo se deva encontrar e esvaziamento quando falte qualquer sentido útil” (CORDEIRO, António Menezes, *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 1.177).

¹⁴⁰ BETTI, Emilio, *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*, cit., p. 216.

Concreção ou concretização. Esse preenchimento valorativo condiz com o método de concretização (ou concreção) das cláusulas gerais e é extraído ou inspirado sobretudo no texto constitucional¹⁴¹ – norma impregnada de forte carga deontológica – ou na unidade do sistema objetivo, não se excluindo a captação desses subsídios em elementos extrajurídicos. E no desempenho desse mister, as cláusulas gerais acabam encampando a função de normas de calibração do sistema normativo, introduzindo no ordenamento disposições e valores até então inexistentes ou que se encontram latentes, logicamente decorrentes desse *statu quo*. Basicamente, o aplicador avaliará se aquela determinada conduta se encaixa ou não no amplo espectro fático encampado pela cláusula geral, valendo-se, para tanto, das regras de experiência. Estas podem integrar a norma jurídica, permitindo ao juiz que estabeleça o sentido lógico-deôntico das expressões indefinidas, utilizadas no texto legal para traduzir conceitos valorativos.¹⁴²

Para Judith Martins-Costa¹⁴³, a cláusula geral é:

[...] uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluída” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente, ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.

Foram as cláusulas gerais inseridas na codificação civil alemã de 1846 e na italiana de 1942, todavia foi nos idos de 1920 a 1930 que recrudesceu o cenário favorável à proliferação, particularmente na doutrina germânica, inspirada na *bona fides* romana, com Stammller¹⁴⁴, Radbruch e Weimar, que propugnavam, diante do caos econômico pós-Primeira Guerra – com vertiginosa escalada inflacionária – pela aplicação do direito de forma mais maleável, com duras críticas ao processo de subsunção e da figura do juiz-autônomo, remanescendo nas cláusulas gerais o poder mais abrangente a ser conferido ao juiz, como corolário do Estado de

¹⁴¹ A ideia é corroborada por Humberto Theodoro Júnior, ao lecionar que: “Na seara do direito, essa nova técnica, que recorre às cláusulas gerais, remete, no caso do direito civil, à sua conexão axiológica com a Constituição, onde se definem os valores e princípios conformadores da ordem pública, com cujo apoio se haverá de conceber, entre outras, a noção de função social do contrato.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *O contrato e sua função social*, cit., p. 131).

¹⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 70.

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional, cit., p. 303.

¹⁴⁴ Para Reale: “A exigência de um Direito justo, postulada pelo grande renovador da Filosofia do Direito contemporâneo, Rudolf Stammller, abria, assim, caminho à atividade criadora do intérprete, liberto do artifício de recorrer sempre à interpretação extensiva ou à analogia, mesmo quando incompatível a norma com o fato.” (REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 288).

Direito¹⁴⁵. Ao juiz estaria franqueado o direito livre, atuando a partir da norma genérica, para construir a norma do caso concreto.¹⁴⁶

A lei seria, a partir de então, considerada como pedra angular para a criação e desenvolvimento do direito por parte do juiz alemão, funcionando as cláusulas gerais como alicerce para a concreção de ideias éticas, pautadas na boa-fé e nos bons costumes, tais como a inalegabilidade das nulidades, da *culpa in contrahendo*, do abuso de direito, dentre outros¹⁴⁷. Essa foi a base para a sedimentação das cláusulas gerais nos demais ordenamentos do mundo, inspirados no modelo romano-germânico do *civil law*.

No Brasil, esse modelo de produção legislativa, francamente adotado pela Constituição Federal de 1988, contagiou as demais legislações de direito privado que estariam por vir, particularmente no Código de Defesa do Consumidor e depois, de forma ampla, pelo Código Civil de 2002, com a contemplação da cláusula geral da boa-fé (arts. 113 e 422), do abuso do direito (art. 187) e da função social do contrato (art. 421).¹⁴⁸

Esse tecnicismo propiciado pela cláusula geral vai de encontro a uma elaboração legislativa casuística¹⁴⁹ – circunscrita a um grupo restrito de casos e que, portanto, não oferece dúvidas quanto ao seu sentido e alcance. A casuística remete a uma ideia preponderantemente racional e iluminista¹⁵⁰, surgida no século XIX, cujo escopo foi regulamentar na figura de

¹⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 398-399.

¹⁴⁶ “Segundo os adeptos do Direito Livre, o juiz é como que legislador num pequeno domínio, o domínio do caso concreto. Assim como o legislador traça a norma genérica, que deverá abranger todos os casos futuros, concernentes à matéria, caberia ao juiz legislar, não apenas por equidade, mas, toda vez que lhe parecer, por motivos de ordem científica, inexistente a lei apropriada ao caso específico: estamos, pois, no pleno domínio do arbítrio do intérprete.” (REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 289).

¹⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 292.

¹⁴⁸ Para Arlete Inês Aurelli: “A Constituição Federal de 1988 trouxe o conceito de função social, primeiramente ligado ao direito de propriedade. No entanto, o conceito alargou-se, passando a traçar definições sobre a função social da posse, função social da empresa, do capital e do trabalho, culminando com a discussão sobre a função social da jurisdição e do próprio processo.” (AURELLI, Arlete Inês. Função social da jurisdição e do processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 124).

¹⁴⁹ “‘Casuística’ é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria.” (ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., p. 228-229).

¹⁵⁰ Segundo Simon Blackburn, o iluminismo é o: “Período do pensamento europeu caracterizado pela ênfase na experiência e na razão, pela desconfiança em relação à religião e às autoridades tradicionais, e pela emergência gradual do ideal das sociedades liberais, seculares e democráticas. Na Inglaterra do século XVII, o movimento já pode ser apreciado nos textos de Francis Bacon e de Hobbes, assim como, na França, na obra de Descartes, através da nova ênfase na independência da razão. No entanto, foi só no século XVIII que se deu o completo florescimento do Iluminismo, especialmente na França, na Escócia e na Alemanha, onde a filosofia crítica de Kant foi ao mesmo tempo uma espécie de apogeu e o primeiro presságio do período romântico que se seguiu.” (BLACKBURN, Simon, *Dicionário Oxford de filosofia*, cit., p. 196).

uma única codificação todas as possibilidades comportamentais e demais atos possíveis encontráveis na esfera do direito civil, de forma a prever suas respectivas hipóteses de incidência e a devida consequência jurídica¹⁵¹. Segundo essa perspectiva, o método de interpretação da lei é feito por meio de subsunção, numa forma de dedução silogística, com a aplicação direta e simplista dos fatos à norma, sem possibilidade de o operador considerar nesse processo regras alheias ao ordenamento jurídico.¹⁵²

Se por uma dada vertente a casuística permite uma maior segurança jurídica na aplicação da lei – por não deixar margem a dubiedades ou dilemas –, configura um dos mais relevantes fatores de rigidez do sistema, que permite a proliferação de lacunas objetivas¹⁵³ e, consequentemente, o prematuro desuso da norma por não acompanhamento da dinâmica do mundo empírico¹⁵⁴. Dentro do paradoxo existente entre segurança jurídica e justiça, esse modelo pende mais à primeira vertente, prestigiando uma concepção de previsibilidade das resoluções, em detrimento do desenvolvimento e maleabilidade do direito.¹⁵⁵

Vigente a cláusula geral, o aplicador do direito, diante de termos e expressões generalíssimas, intrinsecamente equívocos – cujo amplo sentido semântico depende de um processo hermenêutico –, vale-se das peculiaridades e circunstâncias extraídas do caso concreto para a construção da norma aplicável. A concreção das cláusulas gerais possibilita o exercício da “criatividade jurisprudencial” pelo aplicador, atividade que, não chegando a ser

¹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?>>>. Acesso em: 06 jan. 2016. Para Teresa Arruda Alvim Wambier: “A complexidade das sociedades contemporâneas já não permite que nem mesmo o presente, em sua integralidade, seja abrangido pelo direito escrito, se este se amoldar às codificações oitocentistas, que tinham a pretensão de esgotar o mundo real. Esta pretensão tem origem no Iluminismo e na ilusão de que seria possível entender e regular a realidade, de modo absolutamente exauriente.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 162).

¹⁵² MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 279.

¹⁵³ Norberto Bobbio classifica as lacunas, sob a perspectiva de sua motivação, em subjetivas e objetivas, afirmando que: “Quanto aos motivos que as provocaram, as lacunas se distinguem em subjetivas e objetivas. Subjetivas são aquelas que dependem de algum motivo imputável ao legislador; objetivas são aquelas que dependem do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções, de todas aquelas causas que provocam um envelhecimento dos textos legislativos e que, portanto, são independentes da vontade do legislador” (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 297).

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith, O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 8.

¹⁵⁵ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 521.

totalmente livre a ponto de flanar com a arbitrariedade – pois o juiz não decide de acordo com suas convicções pessoais –, pode ser comparada, em certo sentido, à atividade legiferante.¹⁵⁶

Possuem as cláusulas gerais da “função social do contrato”, “função social da propriedade”, “boa-fé”, “melhor interesse da criança” tamanha generalidade e vagueza que permitem a constante e perene adaptabilidade do texto legislativo à realidade social, com o cotejo pelo hermeneuta das idiossincrasias decisivas do caso *sub judice* ao plexo axiológico e demais princípios tutelados naquele dado momento histórico, propiciando um sistema jurídico aberto, que impede sua rigidez e a obsolescência da regra aplicável.

Têm, as cláusulas gerais, a aptidão de subsumir a regra tanto à realidade presente como a porvindoura¹⁵⁷, já que o seu real significado e critérios de aplicação são fornecidos justamente pelo conjunto da construção jurisprudencial que a originou e pela também pela doutrina, atuando no sistema objetivo como verdadeiras metanormas¹⁵⁸, atualizáveis paulatinamente conforme a variação da *ratio decidendi* extraída da atividade dos tribunais.¹⁵⁹

O efeito colateral assumido na utilização de cláusulas gerais na atividade legiferante é a eventual insegurança gerada no aplicador quanto ao seu real sentido e efetivo alcance¹⁶⁰. Encontrar um norte seguro para um termo amplamente semântico não é tarefa singela. O

¹⁵⁶ Para Mauro Cappelletti, “quando o juiz é livre para basear as próprias decisões em preceitos vagos e não escritos de equidade, sua atividade não pode ser diferenciada da do legislador, no que concerne aos seus limites substanciais. E até a atividade do juiz vinculado à lei, aos precedentes, ou a ambos dificilmente pode ser diferenciada, do ponto de vista de seus limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito esteja sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas decisões da justiça constitucional. Deste ponto de vista, a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de frequência ou quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes judiciais ordinários, em relação às normas constitucionais – usualmente contidas em textos sucintos e formuladas em termos mais vagos – como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional” (CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes legisladores?*, cit., p. 26-27).

¹⁵⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 162.

¹⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith, O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 8-9.

¹⁵⁹ “As normas, uma vez postas, tendem a se enrijecer na sua objetividade: eis a razão para o perigo de que elas se tornem, distanciando-se da atualidade, estranhas às exigências da vida. Percebe-se, assim, a necessidade de reagir a um enrijecimento estático, oferecendo instrumentos que assegurem a elasticidade e a capacidade dinâmica da ordem jurídica, mantendo-a em perene eficácia perante as exigências emergentes da vida social”. (BETTI, Emilio, *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*: teoria geral e dogmática, cit., p. 198).

¹⁶⁰ Sob certa perspectiva a utilização das cláusulas gerais pelo Poder Judiciário afronta a trípartição de poderes, ao conceder um considerável poder nas mãos do hermeneuta, como bem apontado por Menezes Cordeiro: “Na medida em que se associem a conceitos indeterminados, as cláusulas gerais deixam nas mãos do intérprete-aplicador um poder considerável, perturbando a repartição de poderes entre parlamento e tribunais e constituindo um factor suplementar de insegurança. Permitem, contudo, uma aplicação cuidada do Direito, com limites, apenas, no nível juscultural dominante no espaço jurídico e expresso pelo julgador, facilitando a atividade legislativa” (CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1.184).

próprio conceito de justiça em si considerado, segundo Engisch, é “demasiadamente vago para nos garantir, só de per si, uma decisão adequada”¹⁶¹. Judith Martins-Costa atribui essa incerteza apenas ao período que antecede a um posicionamento mais consistente por parte dos tribunais sobre a questão¹⁶². Porém, no caso do *venire contra factum proprium*, como salientado, a positivação do apotegma foi um *posteriorius* em relação à formação da jurisprudência, e não um *prius*, um antecedente, de sorte que o argumento não se aplica à questão.

Há consenso doutrinário acerca da benéfica e salutar mesclagem que deve revestir o sistema objetivo, entre previsões rígidas, com significados determinados e aquelas embasadas em cláusulas gerais; não somente leis casuísticas – que ocasionariam a imobilidade do sistema –, e nem totalmente com cláusulas gerais – que elevaria à inaceitabilidade o grau de insegurança jurídica¹⁶³. Para Canaris, a salutar miscigenação remete à noção de um “sistema móvel”, conforme a denominação de Wilburg, constituindo um “enriquecimento decisivo do instrumentário quer legislativo quer metodológico devendo, por isso, incluir-se sem dúvida entre as ‘descobertas’ jurídicas significativas”¹⁶⁴; ante a rigidez de uma vertente e a flexibilidade de outra, a consequência deve ser a construção do direito pela concatenação das duas frentes; ao sistema móvel se atribui um papel importante, diante de seu meio termo entre as previsões normativas firmes e as cláusulas gerais, estando em equilíbrio entre a generalização da justiça e a individualização.

Portanto, a argumentação jurídica desenvolvida pelos operadores do direito, somada à atividade pretoriana e à introdução das cláusulas gerais no ordenamento jurídico, sobretudo da boa-fé objetiva, vieram a legitimar a erupção do *venire contra factum proprium* no direito positivo brasileiro, propiciando seu amplo desenvolvimento dogmático.

¹⁶¹ ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., p. 245.

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith, O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 8.

¹⁶³ ENGISCH, Karl, op. cit., p. 231; MARTINS-COSTA, Judith, O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 8; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 163; DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 35, n. 187, p. 72-73, set. 2010.

¹⁶⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 148.

5.2 O surgimento do comportamento processual retroativo

No processo civil, o *venire contra factum proprium* foi introduzido praticamente percorrendo a mesma *via crucis* daquela perpassada ao introduzir-se no âmbito do direito material. Com efeito, não havia, quando a teoria foi de fato aplicada, um ato legiferante certificador de sua positivação no ordenamento jurídico processual brasileiro. A argumentação jurídica desenvolvida pelos operadores do direito, extraída de elementos e valores existentes no sistema objetivo processual foi, de fato, sendo paulatinamente captada pela atividade pretoriana dos tribunais, no desempenho do mister de solucionar os casos concretos a eles confiados.

Por conseguinte, a interpretação da lei externada pelos tribunais, que inicialmente e em princípio somente interessa ao caso concreto, devido a uma reiteração e uniformidade, criou uma pauta de conduta para casos futuros, sucedidos dentro de uma mesma premissa fática¹⁶⁵, no sentido de impedir a prática de comportamentos contraditórios no processo, em afronta à máxima *nemo potest venire contra factum proprium*.

Nenhuma teoria jurídica, como retratado, encontra validade se ela não se inserir comodamente no plano geral das ideias, ainda que os novos conceitos configurem uma profunda inovação, em cotejo com as convicções então predominantes¹⁶⁶. Nesse sentido, diferentemente da vedação ao *venire contra factum proprium* proveniente do direito civil – fundamentalmente escorado na tutela dos interesses privados da contraparte, mirando prioritariamente os dogmas da lealdade e da boa-fé objetiva –, o comportamento processual retroativo encontrou consonância primária e acomodação nos mesmos valores e princípios elementares que dão suporte, no processo civil, à preclusão, à perempção, à eficácia preclusiva da coisa julgada e ao próprio instituto da coisa julgada.

Dessarte, para a presente demonstração científica, o princípio que veda o *venire contra factum proprium* na seara do processo civil volta-se a tutelar, com absoluta primazia, o adequado funcionamento da atividade jurisdicional e encontra consonância no subprincípio da irretroatividade, uma das vertentes da segurança jurídica, mais precisamente a sua dimensão dinâmica, prezando, dentre outros valores, a previsibilidade, a estabilidade, a confiabilidade e

¹⁶⁵ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 611.

¹⁶⁶ REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. XVII.

a calculabilidade dos estados processuais solidificados¹⁶⁷. Referidos valores são conaturais ao próprio direito, razão pela qual o princípio da segurança jurídica é um dos mais importantes vetores do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Sendo um brocardo um vetor axiológico intuitivo¹⁶⁸, tem-se que no direito processual civil o *venire contra factum proprium non valet* está umbilicalmente relacionado com um fator de implementação da pacificação, um vetor de vedação à retroeficácia, um dos pilares que permeia o Estado de Direito, atuando nos principais institutos que conformam o direito processual civil.

Isso não significa de forma alguma que o comportamento processual retroativo deixe de ter imbricação com a boa-fé objetiva, com parâmetros de urbanidade, honestidade e retidão, pois seria impensável se conceber um ordenamento processual civil que não esteja total e absolutamente alicerçado numa principiologia de probidade, lealdade e boa-fé. Ontologicamente, o *venire contra factum proprium* é uma antítese da boa-fé objetiva, seja no prisma substancial ou instrumental.

Cassio Scarpinella Bueno com propriedade já consignou que a boa-fé objetiva não tem pujança suficiente para permitir a transposição de forma simplista de formulações próprias do direito privado para o campo processual, enquanto parte integrante do direito público. Uma coisa é o dever de todos se comportarem no ambiente processual de acordo com a boa-fé objetiva e lealdade, outra bem diferente é se pretender reinventar o direito processual com base nessa concepção.¹⁶⁹

Vale dizer, o *venire contra factum proprium* processual não encontrou acolhimento no direito processual civil na boa-fé objetiva. Sua consonância e harmonização recebeu apoio teórico com o princípio que veda o comportamento retroativo processual, por este representar igualmente uma afronta direta a um *statu quo*. Ao pretender modificar uma situação jurídica já sedimentada sob domínio do *factum proprium*, resta caracterizada a subsistência de uma nefasta surpresa no âmbito do processo, geradora de insegurança jurídica.

¹⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 354-355.

¹⁶⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 837.

¹⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 94.

Pode-se dizer, nessa medida, que a vedação ao comportamento retroativo no processo já tinha presença múltipla, estando contemplada de forma profusa em diversas regras e institutos do processo civil, todos voltados à tutela das situações jurídicas já sedimentadas.

5.2.1 Incorporação do princípio da irretroatividade na dogmática

Preclusão. A preclusão é uma das principais manifestações do princípio da irretroatividade do processo e será retratada, dada sua crucial importância, em item próprio e destacado.¹⁷⁰

O princípio da eventualidade. O princípio da eventualidade igualmente atua para impedir a retrospecção viciosa do fluxo processual, propiciada por argumentação serôdia, deduzida fora da oportunidade legalmente prevista. A regra compõe as partes – por lealdade, probidade e isonomia –, a aviarem em uma única oportunidade toda a argumentação possível que possa favorecer suas respectivas teses e pretensões, ainda que uma delas seja suficiente para respaldar seu direito. Essa imposição da lei processual tem como inobservância a pena de preclusão, de forma a impedir que, futuramente, o processo seja atingido por novas discussões que somente o distanciariam de seu desiderato final.

Litispendência. Verifica-se também, nesse sentido, a eficácia obstativa da litispendência – pressuposto processual negativo –, ao impedir a tramitação de uma demanda com identidade de elementos, em face de outra que lhe é antecedente, e cujo julgamento definitivo ainda se encontra pendente (CPC, art. 337, IV e § 3º). A litispendência – afora o fato de buscar evitar o desperdício de atividade judicante (economia processual) propiciado pela subsistência de decisões conflitantes –, sob certo sentido, malgrado não delinear dogmaticamente o *venire contra factum proprium*, não deixa de representar um comportamento retroativo processual da parte, pois se a jurisdição irrompida e a tutela jurisdicional foi, de fato, requerida, a repositura do mesmo objeto aponta, inequivocamente, para uma afronta a um *statu quo ante* e uma atuação retroativa.

Perempção. Há perempção quando a desídia do autor dá ensejo à extinção do processo sem resolução do mérito por três vezes, por abandono da causa (CPC, art. 485, III

¹⁷⁰ Em razão da profunda imbricação do *venire contra factum proprium* com a preclusão, será retomado o tema no Capítulo 11.

c/c art. 486, § 3º), hipótese em que haverá a perda do direito de ação, mantendo-se íntegro o direito material subjacente¹⁷¹. O raciocínio é que se o titular do direito de ação, em três situações subsequentes, demonstrou tamanho desinteresse na invocação da tutela jurisdicional, renunciando à demanda – presumida ou tacitamente –, a quarta tentativa lhe será denegada, por representar um comportamento conflitante, uma retroatividade antijurídica, em face de uma situação jurídica suficientemente estabilizada. Após um longo período de inatividade por parte do titular do direito de ação, a perempção dispensa os órgãos da jurisdição de dar cabo à relação processual, isentando-o de todas as obrigações que possam, de uma forma ou de outra, decorrer durante seu desenvolvimento.¹⁷²

Eficácia preclusiva da coisa julgada. Na eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 508), com o trânsito em julgado da sentença, consideram-se repelidas todas as alegações pertencentes àquela causa de pedir e pedido que poderiam ter sido opostas pelas partes, mas que não foram¹⁷³. O que o direito processual repudia, nesse caso, é que as discussões e disputas sobre aquela causa de pedir – interpretada à luz daquele pedido – se renovem desnecessariamente, valendo-se a parte de novos argumentos. Semelhantemente, mais uma vez, atua sobre a eficácia preclusiva da *res iudicata* um vetor de irretroeficácia sobre questões já consolidadas à luz do *due process of law*.

Coisa julgada. As bases estruturais do Estado Constitucional e Democrático de Direito estão sedimentadas sobre a coisa julgada (CPC, art. 502), que se configura, por opção legislativa, como a situação jurídica que impede a reiteração de uma precisa atuação jurisdicional contendo o mesmo objeto, fazendo com que aquela atividade jurisdicional imperativa adquira as características da imutabilidade e da indiscutibilidade¹⁷⁴. É dizer, uma vez evocado e cumprido o ofício jurisdicional, não cabe ao autor da demanda primitiva dar ensejo a uma nova jurisdição, promovendo o reinicio de algo que já está definitivamente

¹⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.140.

¹⁷² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale; acompanhada de notas por Enrico Tullio Liebman; com uma introdução do prof. Alfredo Buzaid. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 188.

¹⁷³ No âmbito do STJ, resta sedimentado que “a eficácia preclusiva da coisa julgada (artigo 474, do CPC) impede que se infirme o resultado a que se chegou em processo anterior com decisão trânsita, ainda que a ação repetida seja outra, mas que, por via oblíqua, desrespeita o julgado anterior (Precedentes desta relatoria: REsp 714792/RS, Primeira Turma, DJ de 01.06.2006; EDcl no AgRg no MS 8483/DF, Primeira Seção, DJ de 01.08.2005; REsp 671182/RJ, Primeira Turma, DJ de 02.05.2005; e REsp 579724/MG, Primeira Turma, DJ de 28.02.2005).” (STJ – REsp n. 763.231/PR, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 15.02.2007, DJ, de 12.03.2007, p. 202).

¹⁷⁴ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 29.

sedimentado, buscando com isso tentar uma melhor sorte. Se o objeto do pedido de tutela jurisdicional está definitiva e irremediavelmente julgado, não cabe ao titular da pretensão querer revisitar um estado consolidado. É o instituto jurídico¹⁷⁵ que, por excelência, tutela a confiança dos jurisdicionados e o ideal de justiça. Sintetiza, por assim dizer, a noção de segurança jurídica, de certeza e pacificação do *status social*, estando teleologicamente ligada à própria função judiciária do Estado.¹⁷⁶

Leading case. Todas essas importantes instituições citadas representam, como exposto, os fundamentos do direito processual, estando positivados desde que os primeiros diplomas legais sobre processo foram editados no país, e que se destinam a imprimir um maior grau de certeza ao meio processual, seja antes ou após sua conclusão. Esse cenário propiciou o acolhimento da teoria dos atos próprios no direito processual civil brasileiro, tendo o STJ aplicado o princípio do *venire contra factum proprium non valet* por ocasião do julgamento, em 03.09.1996, de recurso especial¹⁷⁷ em que, em ação de rescisão de compromisso de venda e compra, a autora alegou haver ausência de outorga uxória em relação ao contrato firmado. Todavia, posteriormente em outra demanda, admitiu a existência e validade do liame, para justificar pedido de denunciação da lide, reconhecendo a titularidade dos compromissários compradores sobre o imóvel objeto do compromisso. Entendeu o voto condutor que se houve reconhecimento expresso da eficácia do contrato por parte da pessoa que o deixou de subscrever, deixando de dar sua outorga ao negócio, ainda que em outra demanda (eficácia panprocessual), resta configurado o *factum proprium* caracterizador da figura jurídica em apreço, não podendo a mesma parte posteriormente se voltar contra o mesmo, por configurar um exercício inadmissível tido por ineficaz, segundo a doutrina dos atos próprios.

¹⁷⁵ Para Miguel Reale, institutos jurídicos são “concebidos como estruturas normativas de uma classe de ações, não constituem meras previsões de fatos futuros possíveis no âmbito e em função de dados pressupostos, mas traduzem antes o reconhecimento de que certos fins são social e eticamente necessários: os ‘modelos’ jurídicos não são, pois, esquemas ou sínteses de ordem lógico-operacional ou técnica, mas sim ordenações deontológicas de caráter ético, muito embora fundadas na análise objetiva de dadas situações sociais e históricas” (REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, cit., p. 326).

¹⁷⁶ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, *Coisa julgada*, cit., p. 107-108.

¹⁷⁷ “A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denunciação de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC.” (STJ – REsp n. 95.539/SP, 4^a T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 03.09.1996, DJ, de 14.10.1996, p. 39.015, LEXSTJ 91/267, RSTJ 93/314).

O que se deseja com essa digressão é a ampla aplicabilidade do princípio da irretroatividade incidente sobre o desenvolvimento da marcha procedural.

Outras hipóteses abjuntivas de encaixe do comportamento retroativo processual.

Confira-se, a propósito, a regra do parágrafo 1º do artigo 412 do CPC/73, que reza que se a parte se comprometer a levar suas testemunhas à audiência, independentemente de intimação, e as mesmas faltarem ao ato designado, considerar-se-á que houve desistência de seus depoimentos. Implica asseverar que se houve esse comprometimento da parte em levar suas testemunhas à audiência e assim não procedeu sem justo motivo¹⁷⁸, não pode postular que seja fixada nova data para a oitiva, agora com a regular intimação formal delas, por caracterizar um comportamento retroativo.

O CPC/73 dispõe em que a “nulidade” – *rectius*, nulidade relativa¹⁷⁹ – dos atos deve ser arguida na primeira oportunidade propiciada à parte para manifestar-se no processo, por economia e celeridade processuais, sob pena de preclusão da oportunidade (CPC/73, art. 245). Em importante precedente para essa argumentação, o STJ decidiu que “revelando os autos que os executados estiveram presentes e intervieram diversas vezes sem o reclamo dos vícios apontados, indicando comportamento que pretende obstaculizar efetivamente a execução do título judicial, não há fundamento para a decretação de nulidade”¹⁸⁰. A lei considera como genuíno ato de ficção, que o vício nunca esteve presente no processo¹⁸¹. Vale dizer, se a parte, único ente legítimo a insurgir-se contra a mácula, mesmo diante da irregularidade, não faz qualquer pronunciamento, mantendo-se estática, não pode posteriormente voltar-se contra esse ato. Isso nada mais é do que a aplicação do princípio da irretroatividade no processo.

Omissão na especificação das provas. Antes do julgamento, o CPC/73 impõe, a depender do estado do processo, a realização de providências denominadas de “preliminares”, aptas a ensejar o julgamento conforme o estado do processo, com a extinção prematura da relação, sem resolução de seu mérito (CPC/73, art. 267), a autocomposição das partes

¹⁷⁸ STJ – REsp n. 132.016/SP, 3^a T., rel. Min. Menezes Direito, j. 24.03.1998.

¹⁷⁹ As nulidades absolutas não precluem, e podem ser objeto de ação rescisória pela parte prejudicada. Para Teresa Arruda Alvim Wambier: “Aplica-se somente às anulabilidades o *caput* do art. 245.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 214). Nesse sentido: STJ: AgR ED AREsp n. 314.781/RS, 3^a T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 03.12.2015, *DJe*, de 11.12.2015; AgR AREsp n. 124.159/RS, 4^a T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17.11.2015, *DJe*, de 23.11.2015; REsp n. 1.538.035/AP, 3^a T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20.10.2015, *DJe*, de 17.12.2015; AgR AREsp n. 487.268/DF, 4^a T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 04.08.2015, *DJe*, de 12.08.2015.

¹⁸⁰ STJ – AgR AREsp n. 642.221/SC, 4^a T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.04.2015, *DJe*, de 13.04.2015.

¹⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 256.

(CPC/73, arts. 269, II, III e V) ou o julgamento antecipado da lide (CPC/73, art. 330). Dentro das providências preliminares, o juiz insta as partes à especificação probatória, para que possam, se for o caso, demonstrar a veracidade de suas afirmações (CPC/73, art. 324), em audiência de instrução e julgamento. A genérica especificação de provas feita pelas partes na petição inicial (CPC/73, art. 282, VI) ou na contestação (CPC/73, art. 300) não tem essa amplitude e alcance. Em razão disso, entende-se que o silêncio da parte em atender ao despacho que determina a especificação de provas no prazo legal faz precluir o direito à produção probatória, implicando na desistência do pedido genérico formulado na inicial ou na contestação¹⁸². Implica afirmar que se o autor não especifica as provas a serem produzidas no prazo determinado, por entender suficientes aquelas então existentes, não poderá voltar-se contraditoriamente contra a sentença de improcedência fundada na ausência de provas, justamente em razão da preclusão lógica, conforme uníssona jurisprudência reinante¹⁸³. Esse ato configurador de preclusão lógica é tão próximo da figura do *venire contra factum proprium non valet* no processo civil que passou a ser assim retratado pelo STJ. Com efeito, a situação jurídica narrada, constantemente ocorrida nos tribunais pátrios, passou a não mais ser considerada como hipótese de “preclusão lógica”, mas como natural derivação do apotegma romano, pura aplicação da teoria dos atos próprios.¹⁸⁴

¹⁸² STJ – REsp n. 329.034/MG, 3^a T., rel. Min. Gomes de Barros, j. 14.02.2006, DJ, de 20.03.2006, p. 263, LEXSTJ 200/143. No mesmo sentido: STJ – Ag ED REsp n. 1.176.094/RS, 4^a T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.06.2012, DJe, de 15.06.2012.

¹⁸³ “Prova – Julgamento antecipado da lide – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Requerimento expresso de prolação da sentença no estado do processo – Preclusão lógica verificada – Recurso desprovido” (1º TACSP – Ap. n. 848.718-7/Bauru, 2^a Câm., rel. Des. Cerqueira Leite, j. 04.06.2003, v.u.).

¹⁸⁴ “Processual civil. Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Acolhimento, sem a atribuição de efeito modificativo. 1. Considerando que o Tribunal de origem tratou expressamente da matéria contida no art. 130 do CPC, revela-se inconsistente a alegada afronta ao art. 535 do CPC. Em relação ao tema, não há vínculo no acórdão ora embargado. 2. Por outro lado, do exame minucioso dos autos, percebe-se que, de fato, houve equívoco no acórdão embargado no ponto em que afirma estar assentado na origem que a embargante é sociedade limitada, de caráter empresarial. 3. O Tribunal de origem sequer apreciou o mérito da controvérsia (recolhimento do ISS nos termos do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68), visto que concluiu que ‘as provas documentais encartadas nos autos [...] não são suficientes para esclarecer se o serviço prestado pela sociedade é sob a forma de trabalho pessoal de cada profissional (como alega a autora), ou se a aludida sociedade é realmente uma empresa (como sustenta o Município)’. Além disso, consignou expressamente que ambas as partes dispensaram a produção de prova, ‘o que legitima o julgamento antecipado da lide’. Nesse contexto, não obstante o prequestionamento da matéria contida no art. 130 do CPC, constata-se que a revisão do entendimento exposto no acórdão recorrido — para se verificar se o conjunto fático-probatório é apto a demonstrar que a autora (ora embargante) tem direito ao tratamento privilegiado previsto no art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/68 — demanda necessariamente o reexame de matéria fática, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 4. Acrescente-se que foi consignado expressamente na sentença que: ‘Instadas a especificar provas, manifestaram-se as partes às fls. 150 e 151/152, requerendo o julgamento antecipado da lide’. Desse modo, ‘o entendimento adotado pelo Tribunal de origem, no sentido de julgar improcedente o pedido por inobservância da regra contida no art. 333, I, do CPC, não implica ofensa aos arts. 130, 330, I, e 331, § 2º, do CPC. A jurisprudência desta Corte, com base no princípio da boa fé objetiva, tem consagrado a proibição do *venire contra factum proprium*’ (REsp 876.682/PR, 2^a Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 5.8.2010).” (STJ – ED AgR AG n. 1.023.655/SP, 2^a T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 14.10.2010, DJe, de 06.10.2010).

Conflito de competência. O conflito de competência é o incidente legalmente estabelecido decorrente da divergência entre dois ou mais juízes, ao afirmarem ou negarem suas respectivas competências para a hipótese *in litem*. Era impropriamente denominado pelo CPC/39 de “conflito de jurisdição”¹⁸⁵. O artigo 117 do CPC/73, inserido na primitiva redação sancionada pelo então presidente Médici, dispõe que fica impedido de suscitar conflito de competência a parte – *rectius*: réu, pois somente este pode ingressar com exceção de incompetência, como bem lembrado por Nery e Nery¹⁸⁶ – que, no processo civil, ofereceu exceção de incompetência. A regra, com nítida vertente ética, voltando-se contra procrastinações indevidas da prossecução processual¹⁸⁷, obsta ao réu que arguiu a exceção declinatória do foro – julgado ou não – poder, concomitante ou sucessivamente, dar ensejo também ao conflito de competência. Malgrado detenha o réu legitimidade para opor o incidente, como assim determina a lei processual (CPC/73, art. 116), com a oposição da exceção, deixa de deter interesse, por força da preclusão consumativa¹⁸⁸. A lei subtrai a legitimidade do réu que opôs a exceção de incompetência no processo, na consideração de que o conflito de competência possibilita, da mesma forma, a suspensão do processo, “constituindo uma demasia a possibilidade de a mesma parte provocar duas vezes a suspensão do mesmo processo, pelo mesmo motivo”¹⁸⁹. Aquele que excepcionou a incompetência deve aguardar e submeter-se à solução apurada, não lhe sendo dado suscitar, ainda assim, o conflito de competência, pois escolheu outro caminho legal e, segundo os romanos, *electa una via non datur recursus ad alteram*¹⁹⁰. A exceção legal permitida ocorre quando “ambas as partes opuseram exceções de incompetência, cuja rejeição foi confirmada em sede de agravo de instrumento, não constatado ainda o propósito de paralisar o andamento do processo”¹⁹¹. Afora a restrição ao dispositivo assinalada, a regra em comento, inegavelmente, volta-se contra uma retrogressão indevida, pois se a parte ingressou com a exceção declinatória de foro, haverá de aceitar a decisão definitiva dela proveniente, confirmadora de uma situação consolidada.

¹⁸⁵ PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 343. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 55).

¹⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*, cit., p. 460.

¹⁸⁷ STJ – CC n. 1.665/RJ, 2ª S., rel. Min. Athos Carneiro, j. 09.10.1991, *DJ*, de 11.11.1991, p. 16.131.

¹⁸⁸ PIZZOL, Patricia Miranda, op. cit., p. 348; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*, cit., p. 1.183.

¹⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, tópico 213, p. 459.

¹⁹⁰ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1 a 153*. Coordenação de Sergio Bermudes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 1, p. 370.

¹⁹¹ STJ – CC n. 94.897/DF, 2ª S., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 10.12.2008, *DJe*, de 02.02.2009.

Preclusão lógica. Outrossim, o CPC/73 contempla como hipótese de preclusão lógica a aceitação, expressa ou tácita, feita pela parte em relação à sentença ou decisão interlocutória proferida, situação contraditória que a impossibilitaria de recorrer (CPC/73, art. 503), ocasionando o trânsito em julgado. Prevê o parágrafo único do citado dispositivo que há aceitação tácita quando se pratica, sem ressalva, um “ato incompatível com a vontade de recorrer”. A preclusão lógica extingue o direito de recorrer, ocasionando o trânsito em julgado, ocorrendo em suas situações, a saber, quando a parte interessada em recorrer renuncia expressamente a esse direito (CPC/73, art. 502), ou quando manifesta, de qualquer forma, aquiescência à sentença, seja por aceitá-la ou por concretizar, sem estabelecer condições ou reservas, um ato contraditório, totalmente incompatível com o desiderato de recorrer¹⁹². Se dentro ou fora do processo a parte, de alguma forma, expressa ou tacitamente, anuiu com o conteúdo da decisão judicial, estabiliza-se uma situação jurídica da qual não lhe é lícito voltar-se contra, pretendendo dela recorrer. Se esse comportamento contraditório é ou não a figura que impede o *venire contra factum proprium*, o fato relevante é que, desde seu ingresso no ordenamento jurídico, em 1973, o estatuto processual já vedava regressões indevidas na marcha processual.

Todas essas situações jurídico-processuais são trazidas a lume para corroborar o argumento da tese, de que o *venire contra factum proprium* é a evolução de diversos institutos processuais tradicionais – principalmente por sua característica de eficácia panprocessual –, com forte viés publicista e com dogmática presente e sedimentada, e não, como peremptoriamente afirmado pela doutrina existente, de que se trata exclusivamente de uma variação da boa-fé objetiva e da tutela da confiança.

A sustentação científica do *venire contra factum proprium* processual está na dogmática existente de institutos já amplamente abordados pela doutrina e experimentados pela pragmática e que sempre tiveram regulamentação expressa nas codificações processuais civis.

Sob tais premissas, não se pode querer atribuir unicamente à boa-fé objetiva um alcance de que ela não dispõe, como a única responsável pela erupção de novos institutos processuais – dentre eles o *venire contra factum proprium* –, de modo a sobrepujar outros

¹⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3, tópico 954, p. 306.

institutos já ampla e pacificamente arraigados no ordenamento de cariz instrumental¹⁹³. De todos os institutos elencados, pode se destacar a figura da preclusão e, por excelência, a sua modalidade lógica, que se afina totalmente com o instituto. No processo, o *venire contra factum proprium* é uma das concreções do princípio que veda as retroações indevidas na marcha processual, fora das hipóteses legalmente previstas, e que, axiologicamente, incorporam os vetores máximos de irretroeficácia, de tutela da confiança e de segurança jurídica.

¹⁹³ BUENO, Cassio Scarpinella, *Manual de direito processual civil...*, cit., p. 94.

6 PRESSUPOSTOS

6.1 Requisitos do comportamento contraditório – âmbito material

Por ser o resultado de uma construção pretoriana e tendo em conta a infinita gama de situações geradoras do instituto, a norma não especifica os pressupostos de incidência do princípio de vedação ao comportamento contraditório no direito brasileiro, tarefa de sistematização que compete à doutrina, à luz da dogmática, da experiência comparatista e da sólida base jurisprudencial existente, erigida ao longo do tempo. Todavia, “*a claridad en los requisitos para la aplicación de la teoría de los actos propios es fundamental para la seguridad en el tráfico jurídico*”.¹⁹⁴

Anderson Schreiber, em sua clássica obra sobre o tema, elenca o enquadramento fático suficiente para que os efeitos do princípio *venire contra factum proprium non valet* possam incidir. Para o autor, a adequada incidência desse princípio pressupõe a subsistência dos seguintes pressupostos: i) uma conduta inicial ou ato que pode ser atribuível a alguém, considerado como “próprio” – o *factum proprium*; ii) uma segunda conduta, simultânea ou posterior, que pode ser atribuída ao mesmo sujeito, contraditória e incompatível com aquela; iii) ruptura da confiança depositada no *factum proprium*, provocada pelo ato contraditório; e, iv) um potencial dano advindo da contradição.¹⁹⁵

Tais requisitos devem estar presentes, mas não se mostram cumulativos, de forma que a falta ou intensidade mínima de um elemento pode ser compensada pela intensidade especial do outro no caso concreto.¹⁹⁶

Cada pressuposto de incidência possui suas respectivas particularidades e serão objeto de abordagem com maior detalhamento.

¹⁹⁴ FANDIÑO, Mariana Bernal. La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. *Universitas*, Bogotá, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, n. 120, p. 261, enero-junio 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n120/n120a11.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

¹⁹⁵ SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 132.

¹⁹⁶ CORDEIRO, Antônio Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 759.

6.1.1 O *factum proprium*

Factum proprium é ato proveniente da ação humana. O *factum proprium* traduz a atitude inicial que dará ensejo à vedação da incoerência e que servirá de mote para despertar a confiança da contraparte e, por consequência, a erupção da legítima expectativa despertada.

Apesar da expressão latina se referir a um fato jurídico, não possui a conformação jurídica de um acontecimento natural desvinculado da atuação do homem, pois nesses não há a imputação de uma atuação, sendo, à vista disso, insuscetíveis de incutir e despertar uma relação de confiança; forçosamente, o *factum proprium* é um ato derivado da ação humana, uma conduta¹⁹⁷ – comissiva ou omissiva¹⁹⁸ – em que o agente, inequivocamente, manifesta a intenção de praticar ou deixar de praticar determinado ato.¹⁹⁹

Esse comportamento há de ser fruto da manifestação da autonomia da vontade, que tenha aptidão para despertar a confiança de terceiros.

É dispensável a aferição de culpa. Para fins da configuração do *factum proprium* e do ato contraditório, é indiferente o elemento anímico do agente emissor no momento da ruptura da confiança. A configuração ou não de culpa do agente, de ausência de boa-fé, é indiferente para fins de caracterização do aforisma, uma vez que o que se tutela é a boa-fé objetiva e a confiança da contraparte, atingidas que são independentemente do *animus* do emitente.

Natureza jurídica do *factum proprium*. O *factum proprium* não precisa ser necessariamente um ato jurídico – apto a criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos –, bastando apenas que tenha potencialidade suficiente, segundo suas particularidades, para

¹⁹⁷ Para Alejandro Borda, a conduta é o ato ou a série de atos que revelam uma determinada atitude de uma pessoa a respeito de alguns interesses vitais. A conduta importa a tomada de posição frente a uma situação determinada, reflete uma atitude (BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 72).

¹⁹⁸ Segundo Alejandro Borda: “*El silencio provoca una manifestación de voluntad que, en sus efectos, no difiere de una manifestación expresa de voluntad y, por lo tanto, ambas tienen la misma consecuencia: la inadmisibilidad de contradecir la manifestación anterior en aras de proteger los intereses depositados en esta.*” (BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 95).

¹⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 747.

vincular outrem. Essa vinculação é objetivamente aferível e deverá despertar uma justificável expectativa no destinatário do ato.²⁰⁰

O *factum proprium* não pode configurar um ato ilegal. Para Azzo, citado por Borda, o *venire contra factum proprium* condiz com o impedir que se voltem contra seus próprios atos, “excepto cuando el primer acto o conducta vinculante haya sido ilegítimo por violar expresas disposiciones legales de fondo”²⁰¹, pois atos ilegais não detêm naturalmente aptidão de germinar confiança.

O *factum proprium* deve derivar da vontade livre e consciente e de agente capaz. A conduta inicial tendente à configuração do comportamento contraditório deve representar a vontade livre e consciente do emitente, isenta de vícios – erro, dolo, coação, lesão enorme²⁰² ou estado de perigo –, pois esta conjuntura, ainda que desperte a confiança do destinatário, não vincula o emitente. Por outro lado, o *factum proprium* igualmente não restará configurado quando for proveniente de emitente incapaz.

Vinculação do *factum proprium*. Há entendimento divergente na doutrina estrangeira e nacional abrangendo a vinculatividade do *factum proprium*. Parte da doutrina se manifesta no sentido de que para a formalização do aforisma *venire contra factum proprium* é necessário que o comportamento inicial não configure um ato juridicamente vinculante, a ponto de subsumir-se em alguma figura jurídica, cujas consequências encontram-se previamente reguladas no ordenamento jurídico.

Para essa concepção científica, o *factum proprium* não é um ato jurídico, torna-se jurídico pela infração do dever de coerência²⁰³. Nesse caso, esse proceder somente adquire relevância a partir do momento que, rompendo uma confiança gerada, é contrariado, em princípio, pelo mesmo agente que o praticou. Se o comportamento pioneiro configura uma

²⁰⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 27, p. 252-278, jul./set. 2006. [p. 12, versão online].

²⁰¹ BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 23.

²⁰² Aldemiro Dantas traz como exemplo de *factum proprium* viciado por lesão a situação de um pai que, para salvar a saúde do filho, vende imóvel por preço vil e depois postula judicialmente a anulação do ato (DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios da boa-fé*. Curitiba, PR: Juruá, 2008. p. 347).

²⁰³ SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 134.

figura típica, mostra-se despicienda a invocação argumentativa da tutela da boa-fé e da confiança. Nesse sentido posiciona-se Anderson Schreiber²⁰⁴ e Larissa Gaspar Tunala.²⁰⁵

A segunda frente teórica alvitra exatamente o oposto, manifestando-se pela necessidade de o *factum proprium* conformar uma conduta juridicamente relevante, sendo encabeçada por Alejandro Borda²⁰⁶, Judith Martins-Costa²⁰⁷ e Aldemiro Rezende Dantas Júnior.²⁰⁸

Mostra-se correta a segunda corrente teórica, por entender ser a vinculatividade da conduta um *prius lógico* do *factum proprium*. A primeira vertente é equivocada, por sustentar uma meia verdade. O fato de a prática adotada integrar ou não um modelo tipificado não tem correlação com irradiar efeitos na órbita do direito. Um elemento não exclui o outro, podendo a conduta inicial irradiar efeitos à esfera jurídica de outrem sem substanciar uma espécie típica de negócio jurídico. Sob uma perspectiva lógica, se a conduta inicial não vincula o emitente a ponto de irradiar efeitos jurídicos, sua posterior contradição não pode corporizar um comportamento antijurídico.

Explica-se. A nova relação jurídica propiciada pela afiguração do *venire contra factum proprium* não se consuma como ato jurídico perfeito enquanto não estiver totalmente delineada a *fattispecie* que representa seu pressuposto, já que esta não se aperfeiçoa de uma única vez, mas sim por meio da progressão de duas fases distintas²⁰⁹. Nesse caso, ainda que a *fattispecie* não tenha se consumado integralmente pelo agir contraditório, essa incompletude não deixa de ser irrelevante para o direito e já merece proteção. Isso porque ela dá ensejo ao fenômeno da “pendência”, correspondendo a uma situação jurídica preliminar, relevante para

²⁰⁴ No Brasil, Anderson Schreiber afirma que: “O *factum proprium* é, por definição, uma conduta não-vinculante. Torna-se vinculante apenas porque e na medida em que, despertando a confiança de outrem, atrai a incidência do princípio de proibição do comportamento contraditório e impõe ao seu praticante a conservação do seu sentido objetivo. O *factum proprium* não consiste em ato jurídico, no sentido tradicional; passa a produzir efeitos jurídicos somente por força da necessidade de tutelar a confiança legítima depositada por outrem. Em síntese, não é jurídico; torna-se jurídico.” (SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 134).

²⁰⁵ TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro, cit., p. 47.

²⁰⁶ BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 72.

²⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith, A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*, cit., p. 121.

²⁰⁸ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, *Teoria dos atos próprios da boa-fé*, cit., p. 317.

²⁰⁹ BETTI, Emilio, *Teoria geral do negócio jurídico*, cit., v. 1, p. 23.

o direito, perfeitamente vinculativa e que pode originar uma expectativa a ela conexa em favor do destinatário.²¹⁰

Malgrado ainda não restar configurado o apotegma romano em sua plenitude, já incide uma redoma de juridicidade que paira sobre a legítima expectativa despertada no receptor, haja vista o plexo de princípios incidentes, a saber, da proteção da confiança, da lealdade e da boa-fé objetiva.

Talvez dois exemplos possam clarear nossas ideias: i) se a Administração Pública concede licença ambiental para determinada empresa, não pode recusar posteriormente o mesmo pedido para outra empresa, sob as mesmas condições. Em outras palavras, no momento em que o Poder Público, diante de determinadas premissas fáticas, defere requerimento de licenciamento ambiental para um ente privado, autovincula-se a concedê-lo a outros interessados que se enquadram naquelas mesmas condições, por uma questão de isonomia de tratamento. A lei determina que a Administração Pública deve obedecer nos processos administrativos a interpretação que melhor garanta o atendimento do fim público da norma, sendo vedada a aplicação retroativa de nova eventual interpretação (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.784/99); ii) se a Administração Pública institui Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), autovincula-se a conceder eventuais pedidos que obedecerem aos pressupostos de concessão do benefício. Nesse caso, não pode o Fisco, posteriormente à instituição do benefício, impor ao contribuinte óbices não descritos nas condições estabelecidas ou fazer exigências desarrazoadas ou desproporcionais, por configuração do *venire contra factum proprium non valet*.²¹¹

Em ambos os exemplos citados há nítida vinculação do emitente das condutas: ela não nasceu somente com o indeferimento dos requerimentos, mas os atos praticados já encampavam juridicidade e não se tornaram jurídicos somente com a negativa dos requerimentos.

²¹⁰ BETTI, Emilio, *Teoria geral do negócio jurídico*, cit., v. 1, p. 23.

²¹¹ Já decidiu o STJ que: “Se o Estado chancela o pedido de parcelamento fiscal, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, e recebendo, sem oposição, todas as prestações mensais estabelecidas, por mais de quatro anos, caracteriza comportamento contraditório a tentativa da Fazenda de excluir o contribuinte de boa-fé por não haver este formalizado tempestivamente a desistência do recurso administrativo interposto.” (STJ – REsp n. 1.143.216/RS, 1ª S., rel. Min. Luiz Fux, j. 24.03.2010, DJe, de 09.04.2010, LEXSTJ 248/167).

Então, se há no enquadramento fático uma conjuntura conformadora de um estado de confiança e se dessas premissas nasce uma legítima expectativa no espírito do aderente, pode-se asseverar, à luz do ordenamento jurídico, se tratar de um ato juridicamente vinculante, cuja responsabilidade é a de ser o início de um teórico e potencial *venire contra factum proprium*.

Trata-se, evidentemente, de conduta vinculante relevante e eficaz porque, sob tais premissas, passa a irradiar efeitos na órbita do direito, na medida que o ordenamento jurídico prestigia e tutela a boa-fé objetiva, a lealdade e a confiança.²¹²

Quanto ao segundo aspecto da primeira corrente, tem-se que o *factum proprium* não poderá subsumir-se em alguma figura jurídica, porque, nesse caso, ter-se-á o singelo descumprimento contratual ou legal, não necessitando do *venire contra factum proprium* para justificar juridicamente o descumprimento.

Atos insuscetíveis de substancializar o *factum proprium*. Destacada a necessária vinculação do *factum proprium*, tem-se a ser considerado que meras opiniões, manifestações despretensiosas, simples intenções propagadas pela pessoa ou declarações *obiter dicta* não têm aptidão de vincular juridicamente²¹³. Incluem-se nessa relação as propagandas ou atitudes francamente inverossímeis, absolutamente desproporcionais ou destituídas de suficiente seriedade²¹⁴. São atos insuscetíveis de originar uma obrigação ou dever legal e, consequentemente, de gerar uma confiança apta a despertar uma expectativa plausível e circunstancial. São, portanto, atos juridicamente indiferentes para a caracterização do *factum proprium*. Ao contrário, o que torna um ato vinculante para fins da aplicação do postulado romano é sua capacidade ou não de fomentar uma legítima expectativa, sob uma sedimentada base de confiança.

Essas ponderações mostram-se relevantes para fins da caracterização do comportamento contraditório, pois a conduta inicial pode despertar a confiança de terceiros

²¹² No que tange à necessidade de se ferir uma expectativa firmada, nossas conclusões amoldam-se às exortadas por Schreiber.

²¹³ Tais atos, segundo Díez-Picazo, “não possuem transcendência” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 1963. p. 197). No mesmo sentido: BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 72.

²¹⁴ Larissa Gaspar Tunala, com base no ensinamento de Anderson Schreiber, aduz que o importante é que o *factum proprium* tenha aptidão para despertar a confiança de terceiros, sendo desnecessária, portanto, alusões a meras opiniões ou intenções externalizadas (TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 48).

destinatários sem, contudo, vincular o emissor. Imagine-se, por hipótese, uma pessoa anuindo, de boa-fé, num pagamento desproporcional a quem lhe prestar um singelo socorro mecânico. Trata-se de uma oferta inverossímil que não vincula o proponente. Uma pessoa extremamente ingênua, recebendo tal informação e cumprindo seu escopo, pode sentir-se credora de tal desproporcional quantia. A despeito da “expectativa” firmada, a conduta, evidentemente, objetivamente considerada, não tem potencialidade de vincular o emitente, por ser desproporcional, inverossímil e destituída de seriedade suficiente. Sob tais premissas, não se pode considerar na conformação do *factum proprium* apenas o fato de ter ou não gerado uma relação de confiança.

6.1.2 Legítima confiança

O segundo elemento a compor a base empírica dos requisitos pressupostos pelo instituto é que subsista uma legítima confiança na conservação do sentido objetivo do *factum proprium*, sem a qual não restará caracterizado o instituto²¹⁵. É aqui que a imbricação com a boa-fé objetiva atua com maior intensidade.

Malgrado posições em sentido contrário²¹⁶, não se trata de se verificar subjetivamente o estado anímico do destinatário da conduta, mas de verificar sua adesão ao seu sentido objetivo, em cotejo com as particularidades de seu comportamento no caso. Isso em razão de o instituto não se voltar contra a má-fé e a mentira, mas fundamentalmente zelar pela aplicação do princípio da confiança no trâfico jurídico²¹⁷. Desse modo, não é suficiente para o delineamento do instituto a subsistência em si do *factum proprium*, demandando que esse ato efetivamente fira uma legítima expectativa, despertada com base numa relação de confiança subjacente.

Isso induz a que o sistema admita comportamentos contraditórios sem, no entanto, conformar uma conduta antijurídica. Pune-se não a contradição inocente – que não interfere na esfera jurídica de terceiros –, todavia a incoerência desleal. De fato, não há na ciência do

²¹⁵ SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 141.

²¹⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 89.

²¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 470. No mesmo sentido: WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fé*, cit., p. 60-61.

direito uma genérica vedação à contradição ou incoerência, demandando esta a subsistência de especiais circunstâncias.²¹⁸

Um comportamento não pode ser contraditado quando tenha a aptidão de suscitar a confiança das pessoas. A confiança vence um grave problema dogmático, que surge da impossibilidade jurídica de vinculação permanente das pessoas aos comportamentos assumidos. A ideia é vincular os autores das situações de confiança que livremente despertaram, todavia a coexistência de princípios antagônicos – de proibição ao *venire contra factum proprium* e seu contraposto, de permissão à contradição – é conquista da ciência do direito e a ponderação deve ser feita sem ruptura do sistema, de acordo com as particularidades de cada caso concreto.²¹⁹

Como anotado, a conduta apta a ensejar a confiança deverá ser objetivamente considerada e valorada pelo aplicador do direito segundo as vicissitudes do enquadramento fático. Porém, para a concretização da confiança: a) a postura deverá ser consonante com a boa-fé objetiva e juridicamente amparada pelas circunstâncias por parte do emitente; b) o comportamento deve possuir legitimidade e resultar daquilo que se mostrar razoável e apto ao convencimento e adesão de uma pessoa normal, envolvida nas mesmas circunstâncias; c) a prática de atos deverá se dar com direta causalidade na confiança gerada.

Por outro lado, presumir-se-á a confiança por parte do aderente diante da subsistência de indícios denotadores de sua adesão ao comportamento exordial²²⁰, dentre outros, quando houver dispêndio de recursos com nexo causal no *factum proprium*, quando o destinatário referendá-lo publicamente, praticar atos em razão dele ou demonstrar que experimentou prejuízo com a ação inicial. Referindo-se a uma presunção relativa, esta poderá ser superada quando houver elementos suficientes que demonstrem a falta de adesão ao comportamento inicial, quando a proteção jurídica será inviável.²²¹

²¹⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 750.

²¹⁹ Ibidem, p. 756.

²²⁰ Menezes Cordeiro, vislumbrando a necessidade do elemento subjetivo compor a confiança, leciona que se por alguma razão o confiante não aderir à situação que se oferecia, não será possível a concessão da proteção jurídica (elemento subjetivo). Para ele, o Direito português consagra reiteradamente, a boa-fé ética, bastando que desconheça a confiante eventual instabilidade do *factum proprium*, mesmo que cumprindo com seu dever de indagação (Ibidem, p. 759).

²²¹ Ibidem, p. 759.

6.1.3 Comportamento contraditório

Estabelecidos a atuação inicial (o *factum proprium*) e a legítima expectativa firmada sob uma base de confiança, o postulado romano exige uma infração ao dever de coerência. Para a incidência do princípio (e regra) do *venire contra factum proprium non valet*, é preciso que haja duas proposições volitivas, logicamente contraditórias, lícitas, mas conflitantes, sendo uma a negação ou a antítese da outra, intermediadas por determinado interstício²²², suficiente a ponto de romper a justa expectativa formada em torno dele pelo aderente da relação.²²³

Aqui também, conforme já retratado, é indiferente a má-fé do emitente ou sua inescusável negligência no momento em que empreende a conduta inicial, nem aquilo que efetivamente foi compreendido pelo receptor, sendo relevante apenas o significado normativo da atuação e decisivo o horizonte de compreensão da contraparte.²²⁴

Se a incoerência for complementada por meio de um ato reconhecidamente ilícito, a própria lei se incumbirá de definir seus efeitos, independentemente da afronta à confiança e solidariedade das relações negociais.²²⁵

O agir contraditório não pode ensejar um descumprimento contratual. Uma das condições de tipificação do *venire contra factum proprium* é que a segunda postura adotada pelo emitente não configure a transgressão de uma obrigação expressamente assumida com a conduta inicial. A doutrina, comparada e interna, é uníssona nesse sentido – Díez-Picazo²²⁶,

²²² Anderson Schreiber vê possibilidade de simultaneidade entre as condutas conformadoras do comportamento contraditório considerando o tempo transcorrido entre a prática da atitude inicial e a adesão da confiança por parte do aderente (SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 151). Para Borda, o tempo deve ser suficiente para que a confiança, fundada na boa-fé, possa ser vulnerada (BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 76-77).

²²³ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 746. No mesmo sentido: BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 76-77.

²²⁴ LARENZ, Karl, *Metodología da ciéncia do direito*, cit., p. 421-422. No mesmo sentido: WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fé*, cit., p. 61-62.

²²⁵ SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 146.

²²⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, *La doctrina de los propios actos: un estudio critico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., p. 148.

Menezes Cordeiro²²⁷, Humberto Theodoro Júnior²²⁸, Aldemiro Rezende Dantas Júnior²²⁹, Anderson Schreiber²³⁰, Larissa Gaspar Tunala²³¹ e Judith Martins-Costa²³².

É que algumas condutas se adequam à *fattispecie* necessária para o enquadramento em modelos adrede tipificados, desencadeando a eficácia jurídica prevista em lei, criando, modificando ou extinguindo direitos subjetivos. Nesse caso, o segundo comportamento se subsumirá a um inadimplemento contratual, sendo desnecessária a alusão ao *venire contra factum proprium* e a invocação da proteção da boa-fé objetiva e da confiança.²³³

Contudo, é importante ressaltar que a segunda conduta que conforma a incoerência pode derivar de um *dever anexo* descumprido, oriundo de uma relação jurídica tipificada. Nesse caso, o *factum proprium* não está previsto na avença, decorrendo apenas reflexamente do ato jurídico perfeito. A obrigação principal, nesse caso, extrapola os deveres típicos para, em nome de uma adequada prestação e da boa-fé objetiva, abranger outros deveres que igualmente passam a encampar o liame obrigacional.

A retratação. A retração imediata feita pelo emitente do ato não obstará a tutela da confiança, se culminar pela violação da boa-fé objetiva de quem despertou uma legítima expectativa com o proceder inicial.²³⁴

²²⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 746-747.

²²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e boa-fé objetiva: repulsa aos atos contraditórios e desleais – *venire contra factum proprium, suppressio, surrectio e tu quoque*. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). *40 anos da teoria geral do processo: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 482-483.

²²⁹ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, *Teoria dos atos próprios da boa-fé*, cit., p. 317.

²³⁰ SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 134.

²³¹ TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 46.

²³² MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 471.

²³³ Para Menezes Cordeiro: “Só se considera como *venire contra factum proprium* a contradição directa entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor. Por outro lado, afasta-se, também, à partida, a hipótese de o *factum proprium*, por integrar os postulados da autonomia privada, surgir como acto jurídico que vincule o autor em termos de o segundo comportamento representar uma violação desse dever específico; accionar-se-iam, então, os pressupostos da chamada responsabilidade obrigacional e não os do exercício inadmissível de posições jurídicas.” (CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 747). Para Menezes Cordeiro, há o *venire contra factum proprium* “quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue” (Ibidem, p. 747).

²³⁴ BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 77.

O sujeito ativo da contradição. Em relação aos emitentes das condutas componentes da incoerência, os comportamentos não precisam ser necessariamente praticados pelo mesmo sujeito que deu azo ao *factum proprium*. Mostra-se suficiente que os comportamentos emanem de um único “centro de interesses”. Anderson Schreiber tem o mesmo entendimento e traz como exemplo as condutas emanadas de um mesmo grupo econômico – empresas que mantêm um único controle operacional – ou por entes diversos pertencentes a uma mesma Administração Pública²³⁵. Para corroborar sua ideia, assevera o autor que “somente se pode falar em contradição de um ato próprio se ao emissor do segundo comportamento puder se imputar, em alguma medida, também a conduta inicial, no sentido de que a confiança na coerência desta conduta o abrangia”, concluindo que: i) a identidade de sujeitos ativos não é requisito para a incidência do instituto, bastando a mera contradição por parte de um único centro de interesse; ii) quanto ao sujeito passivo, dispensa-se identidade, bastando que o *factum proprium* atinja sua esfera jurídica, por quebra de uma legítima confiança gerada pelo segundo comportamento²³⁶. No mesmo sentido posiciona-se Larissa Gaspar Tunala.²³⁷

6.1.4 Dano potencial ou efetivo

Relativamente às consequências do comportamento contraditório, Anderson Schreiber aduz que sua afiguração no mundo jurídico depende da subsistência de um dano ocasionado pela ruptura da confiança ou sua ameaça iminente²³⁸. Evidencia-se a necessidade de concretização do dano patrimonial para após o delineamento do postulado romano. Basta, para tanto, como sói acontecer, que a situação jurídica propiciada pela infração ao dever de coerência afete concretamente a esfera de interesses do aderente²³⁹. Estando o comportamento contraditório vertido contra o destinatário da conduta, propiciando um descumprimento, um inadimplemento de uma obrigação ou dever gerados pelo emitente após a primeira atuação, o dever de indenizar é uma natural decorrência de um comportamento antijurídico (CC, art. 187). O dano passa a ser exigível em nome da confiança despertada e de uma fidedigna expectação a ela correspondente.

²³⁵ SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 158-159.

²³⁶ Ibidem, p. 161-162.

²³⁷ TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 60.

²³⁸ SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 152.

²³⁹ BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 73.

Para Aldemiro Rezende Dantas Júnior, a segunda conduta há de piorar a situação do outro sujeito, caso contrário não se poderá falar em *venire contra factum proprium*. O autor dá como exemplo o funcionário cuja empresa abre procedimento disciplinar para apuração de falta grave e, no seu decorrer, de forma discrepante, envia missiva ao mesmo noticiando sua promoção no cargo por merecimento²⁴⁰. Evidentemente, nesse caso, não restará configurado o postulado, haja vista que este veio para beneficiar o aderente da conduta e não para prejudicá-lo.

Vale ressaltar que a infinita gama de situações empíricas de incidência do instituto não exclui a possibilidade de o dano não gerar uma indenização, mas uma obrigação de dar, fazer ou não fazer. Imagine-se, por hipótese, um candidato reprovado em concurso público por uma falta não claramente delineada no edital inicialmente veiculado. Nesse caso, a composição do dano poderá ser feita mediante a aprovação do candidato no certame ou por perdas e danos, a critério do interessado.

Dispensa-se na hipótese a prova de culpa, pois configurando o comportamento contraditório um ato abusivo, há dispensa da prova do elemento anímico, bastando a demonstração do dano e do nexo de causalidade com as atuações.²⁴¹

6.2 Requisitos do comportamento processual retroativo

O *venire contra factum proprium* praticado no processo civil se concretiza de forma diversa do mesmo instituto na seara do direito material. No cariz substancial, é preciso que fique cabalmente demonstrada a adesão à situação de confiança que se oferecia ao destinatário da conduta, sem o que a tutela jurídica não se sustentará.

E assim é por uma razão elementar: o *venire contra factum proprium* material percorre o ambiente privado e se volta diretamente contra o interesse da contraparte, e o processual – muito diferentemente – se materializa no ambiente asséptico do processo, impactando frontalmente a atividade jurisdicional do Estado e a relação processual. Claro que atingirá os demais entes processuais, porém somente reflexamente. Por afrontar o interesse público no

²⁴⁰ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, *Teoria dos atos próprios da boa-fé*, cit., p. 344-346.

²⁴¹ SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 167.

adequado desempenho da atuação judicante, o comportamento processual retroativo recebe tratamento jurídico diverso.

Como visto anteriormente, o processo é uma sucessão de fatos das mais diversas espécies e conteúdo e que têm por peculiaridade atuarem organizadamente como atos processuais destinados à realização dos fins do processo, a adequada solução do conflito que o ensejou²⁴². O *venire contra factum proprium*, sob tais premissas, rompe essa organicidade dos atos processuais, pretendendo dar azo a uma retroação indevida da marcha processual. Contudo, para que isso suceda, é necessária a concretização da *fattispecie*, sem a qual o fenômeno não se instala, deixando de produzir a eficácia a ele correspondente.

6.2.1 O *factum proprium* processual

O conceito de ato processual possui grande relevância na aplicação do comportamento retroativo no processo civil, pois é somente a partir dele que se pode falar na existência e conformação do fenômeno.

Fato jurídico processual é todo advento da existência que apresenta alguma relevância para o direito, ainda que possa ser ilícito²⁴³. Essa importância atribuída ao fato é concedida pelas normas jurídicas, às quais compete a definição e delimitação da base empírica e sua respectiva eficácia. Assim, sem a norma definidora e sem a incidência desse quadro fático, não há juridicidade²⁴⁴. Todavia, uma vez havida a subsunção dos fatos à norma²⁴⁵, a eficácia atua independentemente da vontade de quem praticou o ato ou mesmo de quem sofreu as consequências derivadas de seus efeitos.

A classificação que leva em conta o suporte fático que lhe dá origem considera os fatos jurídicos – enquanto acontecimentos derivados na natureza²⁴⁶ – e os atos processuais

²⁴² WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977. v. 1, p. 50.

²⁴³ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 465.

²⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24.

²⁴⁵ Nesse caso, trata-se de um ato processual *conveniente*, na acepção de Carnelutti (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956. v. 1, p. 456).

²⁴⁶ Como o nascimento, a morte, o perecimento do bem litigioso.

propriamente ditos, que necessariamente derivam da ação do homem. Essas duas espécies pertencem ao gênero “fatos jurídicos”.

Das quatro posições existentes acerca da conceituação de “fato jurídico processual”²⁴⁷, é adotada, para os fins da presente exposição científica, aquela que leva em consideração não somente os atos componentes da estrutura do processo, mas também aqueles que não fazem parte da cadeia procedural e que irradiam efeitos para o processo – como, por exemplo, a escolha do foro (CPC, arts. 25 e 63). Nesse sentido, ato processual é todo ato oriundo de uma atividade humana que, integrando ou não o procedimento, de alguma forma repercute efeitos para o desenvolvimento da relação jurídica processual.²⁴⁸

O *factum proprium* no processo é um curinga. O *substratum* do *factum proprium* pode ostentar natureza visceralmente instrumental, tais como o preparo, a interposição de recurso, a alteração da causa de pedir etc., ou substancial, pagamento, sub-rogação, consignação, depósito, dação em pagamento, novação, compensação, dentre outros. Também se permite que seja praticado durante o desenvolvimento da relação processual ou anteriormente a esta.

Segundo a classificação que considera o critério subjetivo, o ato processual pode ser empreendido por qualquer partícipe do processo, seja ele i) parcial – partes, seus representantes e assistentes; ii) imparcial – atos do órgão jurisdicional, do perito, do oficial de justiça, do leiloeiro etc.; ou mesmo iii) totalmente alheio, que apenas pontual e ocasionalmente participa do processo, uma testemunha, por exemplo. Todos, em diferentes intensidades, interferem por suas respectivas atuações na evolução e progressividade da marcha processual.²⁴⁹

²⁴⁷ Freddie Didier Junior divide as quatro correntes da seguinte forma: “a) alguns entendem que é suficiente o produzir efeitos no processo para que o fato seja havido como processual; b) há quem o vincule aos sujeitos da relação processual: apenas o ato por eles praticado poderia ter o qualificativo de processual; c) há os que exigem tenha sido o ato praticado no processo, atribuindo à sede do ato especial relevo; d) há quem entenda que ato processual é o praticado no procedimento e pelos sujeitos processuais” (DIDIER JUNIOR, Freddie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 376).

²⁴⁸ Ibidem, v. 1, p. 377.

²⁴⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1, p. 484.

Dentro dessa linha de raciocínio, o *factum proprium* pode ser, em princípio, toda e qualquer conduta que modela um ato jurídico processual e que tenha por consequência imediata constituir, conservar, desenvolver, modificar ou extinguir posições jurídicas integrantes da relação jurídica processual – direitos, deveres, ônus, poderes etc.²⁵⁰. Segundo a mesma dogmática aplicada aos atos processuais, o *factum proprium* pode ser praticado i) endoprocessualmente; ou ii) panprocessualmente, caso em que se considerará como ato processual efetivo a sua documentação no processo.²⁵¹

Consequentemente, se a postura adotada não tem uma dessas aptidões no processo – de constituir, modificar ou extinguir posições jurídicas – no qual foi empreendida, não há o pressuposto inicial para a estruturação do *venire contra factum proprium* no processo.

Obedecido o modelo legal, em princípio, o ato processual será passível de despertar a confiança dos demais entres processuais. A noção de confiança, porém, é incompatível com atos processuais praticados no processo por equívoco ou devidamente ressalvados, assim como atos processuais irrelevantes ao resultado da demanda²⁵². Não se firma expectativa sobre aquilo que não importa.

Os comportamentos processuais. Consideram-se comportamentos processuais das partes, terceiros intervenientes e Ministério Público – na verdade verdadeiros atos processuais – as condutas – comissivas ou omissivas – realizadas no exercício de direitos e poderes processuais, ou, ainda, em atenção a um ônus, consistentes em declarações de vontade – bilaterais ou unilaterais – aptas a produzirem a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais (CPC, art. 200). Essas atuações inserem os entes partícipes num contexto de exercício de posições jurídicas e consistem em faculdades, ônus, deveres e poderes-deveres.

A faculdade. Impõe a faculdade ao seu titular uma liberdade, uma opção a ser exercida ativamente em seu exclusivo interesse e que, se não exercida, não atribui qualquer sanção ao seu titular. Em sua maioria, o exercício da faculdade corresponde a uma

²⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 15-16.

²⁵¹ Ibidem, v. 3, p. 17.

²⁵² TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 272-273.

desvantagem da contraparte ou para o Estado-juiz, caso em que ela incorpora um ônus ou um poder.²⁵³

O ônus. O atendimento ao ônus é um exercício de liberdade, uma opção daquele que o detém. Diferentemente da faculdade *stricto sensu*, seu não atendimento implicará a ele uma determinada consequência jurídica prevista em lei – geralmente a preclusão –, sem irradiar efeitos nocivos à esfera jurídica de terceiros ou gerar expectativas.²⁵⁴⁻²⁵⁵

O dever. O dever é, segundo Dinamarco, “um imperativo de conduta no interesse alheio” e deriva da sujeição à autoridade exercida pelo Estado-juiz, na defesa do interesse público de fiel desempenho da jurisdição. Além de atentar contra uma expectativa da contraparte, o descumprimento do dever implica o comprometimento da atuação jurisdicional, configurando um ilícito processual.²⁵⁶

O poder. Sendo uma espécie de faculdade, o poder subjuga o juiz, a ponto de impor-lhe um dever ou agrava a situação jurídica da contraparte. Nesse sentido, pode ser anotado o poder de propor a demanda, de recorrer, reconvir ou contestar.²⁵⁷

O poder-dever. Atribuído ao juiz na função de prestação da tutela jurisdicional, corresponde ao desempenho de poderes atinentes à imperatividade e substitutividade, impondo-os aos demais entes processuais, necessários ao fiel desempenho desse mister (CPC, art. 139, I a X)²⁵⁸. As leis processuais não atribuem ao juiz faculdades (faculdades, ônus, poderes), nem há discricionariedade, apenas e tão somente poderes-deveres no papel de bem desempenhar a solução do conflito.²⁵⁹

²⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 208 e 215.

²⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*: introdução e função do processo civil. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2000. v. 1, n. 21, p. 119.

²⁵⁵ Assim, se eu não recorrer contra o conteúdo da sentença, incidirá seu trânsito em julgado; seu a parte não der cumprimento ao ônus da prova, em princípio, a demanda será julgada em meu desfavor.

²⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., 2009, cit., v. 2, p. 215. O festejado autor traz como um dos poucos exemplos o dever de lealdade, remetendo o infrator às penas da litigância de má-fé e do atentado à dignidade da Justiça.

²⁵⁷ Sob outra perspectiva, o poder também pode ser um ônus, na medida em que se não exercido advirão consequências negativas ao seu detentor.

²⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella, *Manual de direito processual civil*..., cit., p. 164.

²⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., 2009, cit., v. 2, p. 213. A respeito da ausência de discricionariedade, o doutrinador obtempera que: “Discricionariedade é o poder de escolha entre duas ou mais condutas igualmente legítimas (Maria Silvia Zanella di Pietro) – como é a que exerce o administrador ao decidir por construir um hospital e não uma escola, ou o legislador quando tipifica

Atos de sujeição ou submissão. A todo poder se contrapõe uma sujeição, em que a parte, estando impossibilitada de reagir (Carnelutti) diante de um poder exercido pelo outro litigante, não detém outra alternativa senão a de suportar sua eficácia jurídico-processual²⁶⁰. A sujeição não chega a ser um “ato”, um “comportamento”, mas uma situação jurídica, sob a perspectiva do sujeito passivo. Pode-se citar, como exemplo, a sujeição do assistente à vontade do assistido, frente à desistência da ação ou ao reconhecimento do pedido. Nesse caso, desaparece um dos requisitos para a conformação da assistência – a pendência da lide entre o assistido e terceiro.

A análise dos comportamentos evidencia que ao mesmo tempo que podem ser ativos, sob determinado ponto de vista, podem ser passivos, sob o prisma dos demais litigantes; a cada poder corresponde um dever ou uma sujeição; a cada situação ativa corresponde uma passiva. A relação jurídica processual é o vínculo jurídico formado entre o autor, o juiz e o réu que cria situações jurídicas ativas e passivas entre eles, a depender do ponto de vista do objeto de apreciação.

Todavia, em princípio, podem-se classificar como situações ativas as faculdades e os poderes e, como passivas, os deveres, ônus e os estados de sujeição.

Somente se vislumbra possibilidade de configuração do *venire contra factum proprium* processual sobre condutas concernentes a faculdades, poderes e ônus ou a omissão em seus respectivos exercícios. Isso se deve ao fato de que, inerente a tais possibilidades, ressalta um comportamento proveniente necessariamente de uma escolha, estando latente em referidas oportunidades a dialética do sim, do adimplemento, e do não, da transgressão.²⁶¹

Por conseguinte, as demais conformações – deveres e sujeições – são insuscetíveis à conformação do fenômeno. No caso da sujeição, o ente processual não detém meios lógicos de impor um comportamento de forma a contrariá-la, uma vez que seus efeitos estão

crimes e dosa a pena a cominar abstratamente a cada um deles. Ao decidir uma causa ou deferir requerimentos no processo, o juiz tem pela frente a norma jurídica e os fatos provados ou não, que deve confrontar com a lei posta. Geralmente, só uma decisão é legítima e as demais viriam a contrariar direitos e garantias dos sujeitos litigantes. O poder de livre convencimento na apreciação das provas (art. 131) não é sinal de discricionariedade, mas um imperativo do indispensável subjetivismo racional indispensável para o bom julgamento; não facilita ao juiz a tomada de posições ou presunções pessoais e as suas conclusões são sempre suscetíveis de reexame pelos órgãos superiores, em grau de recurso.” (Ibidem, p. 213).

²⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122.

²⁶¹ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 35-36.

tipificados em lei. Da mesma forma, o descumprimento de um dever configura um ilícito processual e não uma contrariedade, uma infração ao dever de coerência²⁶². Se, por hipótese, a parte “descumpre” o dever de lealdade (CPC, art. 5º c/c arts. 79 *et seq.*), a sequela correspondente será sua consideração como litigante de má-fé, incidindo nas penalidades a ela previstas.

Destarte, o *venire contra factum proprium* processual incide quando a parte usa de uma faculdade, mas tempos depois pratica um ato retrospectivo, buscando uma eficácia jurídica diferente da correspondente ao exercício daquela; ou, ao contrário, quando a parte se omite no exercício da faculdade, mas pretende posteriormente – por meio de um ato retroativo – uma eficácia diversa da correspondente ao não exercício.

Não há espaço imune à configuração do *factum proprium*. O *factum proprium* – enquanto ato jurídico processual – pode se delinear no nascimento, vida e morte da relação processual, permitindo que se verifique em qualquer de suas fases – de reconhecimento, quantificação ou realização do direito material violado –, em primeiro grau de jurisdição ou em âmbito recursal – ordinário ou extraordinário.

Não há espaço imune à certificação do comportamento retroativo processual civil, sendo infinita a gama de possibilidades de conformação do *factum proprium*, razão pela qual não se permite uma adequada e suficiente sistematização.

A argumentação jurídica pode configurar o *factum proprium*. Conforme será exposto mais adiante no item 6.3, a corporificação do *factum proprium* pode derivar de um exercício de argumentação jurídica.

A arguição de invalidade pelo próprio causador. Da construção teórica sobre o *venire contra factum proprium* depreende-se que o proceder inicial conformador do fenômeno pode corporificar uma invalidade. Nesse caso, o comportamento contraditório não seria seu

²⁶² TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro, cit., p. 279-280. A tese discorda da autora apenas na fundamentação adotada, não em suas conclusões, por entender que, exceto na submissão, sempre há uma liberdade de atuação no processo, não existindo ato processual obrigatório. O cumprimento ou descumprimento sempre é um ato da parte. O processo é o resultado de uma infinidade de escolhas perpetradas pelas partes.

oposto imediato, ou seja, uma atuação tendente a convalidar o ato processual ou mesmo proceder à sua sanação, mas sim uma postura antiética no sentido de extrair, maliciosamente, uma vantagem da declaração judicial de nulidade. Explica-se. O sistema objetivo impede que a própria parte causadora da invalidade – independentemente de dolo ou culpa do agente – requeira em juízo a decretação da nulidade, por considerar subsistir falta de decoro nessa segunda perpetração. Essa regra – trazida do direito material – integra a codificação processual desde o CPC/39 (art. 273, II), passando pelo CPC/73 (art. 243) e, por fim, estando positivada no atual CPC/2015 (art. 276). Basicamente, a disposição impede que a parte causadora do vício alegue em juízo sua própria torpeza – *nemo allegans propriam turpitudinem auditur* –, pretendendo angariar algum benefício advindo de sua decretação.²⁶³

Todavia, é importante frisar que essa vedação à arguição de invalidade somente incide se aquele que a ela deu causa puder ostentar uma posição jurídico-processual mais vantajosa após a decretação da nulidade, caso contrário, a regra deixa de ter sentido.²⁶⁴

Antes tido pela doutrina como um ato indecoroso, sua *ratio iuris* tem correlação com a punição contra o dolo processual, de forma a obstar que o causador do vício apure algum benefício de sua própria torpeza. Como ato ofensivo à boa-fé objetiva, denotador de ausência de cooperação e desrespeito às regras do jogo, foi posteriormente relacionado dogmaticamente pela doutrina como hipótese de *venire contra factum proprium*.²⁶⁵

Âmbito de incidência da disposição. Discute-se na doutrina acerca do âmbito de incidência dessa disposição, vale dizer, quais espécies de invalidade não se admite que sejam levadas a conhecimento judicial por parte de seu causador. Nesse particular, duas concepções teóricas se aglutinaram sobre a questão.

²⁶³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 154-269*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2, p. 349.

²⁶⁴ Ibidem, p. 350.

²⁶⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., v. 1, p. 420; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo, cit., v. 1, p. 542; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 292; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 430-431.

A primeira vertente prioriza o interesse público em detrimento do interesse privado e restringe o dispositivo às nulidades relativas e às meras irregularidades. Excluem-se, por conseguinte, as invalidades de forma – apenadas com nulidade absoluta –, as invalidades de fundo e a inexistência, considerando-se que tais máculas são apreciáveis de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição, admitindo-se que possam ser arguidas pelo próprio causador do vício, redundando, quando muito, em litigância de má-fé. Considera-se que, tendo sido levada à apreciação da nulidade absoluta pelo causador, pode o juiz apreciá-la de ofício, restringindo, portanto, o âmbito de incidência da norma. Manifestam-se nesse sentido Moniz Aragão²⁶⁶, Pedro Dinamarco²⁶⁷, Sálvio de Figueiredo Teixeira²⁶⁸, Arruda Alvim e Araken de Assis²⁶⁹, Wambier e Talamini²⁷⁰ e Teresa Arruda Alvim Wambier²⁷¹.

Verbi gratia, a lei obsta a alegação de suspeição do juiz quando o vício for provocado pela própria parte que a invoca (CPC, art. 145, § 2º, I)²⁷². Da mesma forma, se veda a oposição de suspeição quando a parte que a suscita houver praticado ato que signifique aquiescência em relação ao arguido (CPC, art. 145, § 2º, I). Em ambas as hipóteses fecham-se as portas do Judiciário para esse comportamento, uma vez que a ninguém é lícito beneficiar-se de sua própria torpeza. Sob outra perspectiva, essa conduta representa um comportamento processual retroativo em relação à marcha procedural, além de um desrespeito a uma situação jurídica consolidada.

A segunda *opinum doctoris* – francamente minoritária – preconiza que a vedação descrita no artigo 276 do CPC condiz, outrossim, com as invalidades que evidenciam

²⁶⁶ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 154-269, cit., p. 350.

²⁶⁷ MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 716.

²⁶⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. ampl., rev. e atual. até a Lei 10.444, de 7-5-2002. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 187.

²⁶⁹ ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 480.

²⁷⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo, cit., v. 1, p. 542.

²⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 734.

²⁷² Da jurisprudência do STJ consta: “Se o réu solicitou, com insistência, o encontro com o juiz, inadmissível pretender acoimar o ato de suspeito.” (STJ – HC n. 206.706/RR, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. 27.09.2011, DJe, de 21.03.2012).

nulidades absolutas. Na defesa dessa posição estão Pontes de Miranda²⁷³, Humberto Theodoro Júnior²⁷⁴ e Fredie Didier Junior.²⁷⁵

O estudo ratifica a segunda gnose teórico-científica porque:

i) restringir esse óbice apenas às nulidades relativas representaria o completo esvaziamento do instituto;

ii) o positivado sistema de invalidades foi erigido dentro do princípio de máximo aproveitamento dos atos processuais, não se decretando a nulidade sem prejuízo – *pas de nullité sans grief* – (CPC, art. 283, parágrafo único) e, ainda que possa haver prejuízo, não se decretará a nulidade quando for possível decidir o mérito a favor da parte prejudicada pela invalidade (CPC, art. 282, § 2º);

iii) a própria lei reconheceu a possibilidade de a regra abranger as nulidades absolutas, quando impede que a parte postule a declaração de impedimento do juiz – pressuposto processual de validade e ensejador de nulidade absoluta – após haver anteriormente provocado fato que o possa caracterizar (CPC, art. 144, § 2º);

iv) o processo não é um fim em si mesmo, existindo para que dê concretude aos direitos subjetivos violados. A formalidade só se justifica como garantia dos direitos em disputa judicial;

v) o sistema objetivo não é avesso às nulidades, ainda que absolutas. Em verdade, ocorrido o trânsito em julgado da sentença, eventuais nulidades passam a ostentar melhor enquadramento como causa de anulabilidade, porquanto se trata de mácula que somente opera

²⁷³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 3, p. 366.

²⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 579. O autor cita como exemplo a existência de ação real imobiliária que decorreu sem a citação da mulher do réu – causa de inexistência – julgada improcedente, tendo o autor invocado posteriormente a nulidade do processo com fundamento no artigo 73, § 1º, I, do CPC.

²⁷⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., v. 1, p. 421-422.

efeitos após sua desconstituição, o que se dá exclusivamente no seio de ação rescisória²⁷⁶. Escoado o biênio (CPC, art. 975), sucede a eficácia *sanatória geral* de todas as invalidades²⁷⁷, tornando a tutela jurisdicional definitivamente imutável e indiscutível. Sobre a questão incide a presunção absoluta de que a relação jurídica processual atingiu seus escopos, razão pela qual a invalidade não mais justifica qualquer rediscussão;

vi) não se trata de cotejar o interesse público com o privado, pois da mesma forma que há um interesse público na higidez da relação jurídica processual, há um inegável interesse público em se permitir o desenvolvimento dessa mesma relação dentro da máxima eficiência, sem que haja retrocessões indevidas em seu fluxo, ocasionadas por invalidades causadas pela própria parte que pretende desconstituí-la e que lhe beneficia de alguma forma;

vii) por fim, justamente porque o dispositivo não faz qualquer ressalva, não cabe ao intérprete restringir o que o legislador não restringiu – regra elementar de hermenêutica.

Por tais razões, advoga-se a posição manifestada por Fredie Didier Junior, por entender que a resolução da questão com base tão somente na divisão entre os planos público e privado é uma forma simplista que – especificamente neste caso – não mais se sustenta na atual dogmática processual. Essa problemática haverá de ser dirimida de acordo com a base empírica apresentada ao aplicador do direito, com o emprego da máxima da proporcionalidade, funcionando a prioridade do interesse público apenas como regra abstrata de preferência em caso de colisão. Se eventualmente se chegar à conclusão de que o causador da invalidade será o único beneficiário de sua própria torpeza ou que ofendeu o dever de cooperação e de atuação dentro da boa-fé objetiva, devem ser fechadas as portas do Judiciário relativamente à apreciação dessa objeção.

Nessa hipótese, mesmo tendo havido arguição de invalidade pelo próprio causador, poderá esta ser admitida e apreciada se a análise apontar pela ausência de má-fé. *Verbi gratia*,

²⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 108-109; ALVIM, Arruda. Coisa julgada: limites e impossibilidade de desconsideração. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 39, n. 236, p. 34, out. 2014.

²⁷⁷ Com exceção da inexistência jurídica, que é insuscetível de sanação pela coisa julgada, podendo ser invocada a qualquer tempo, em *querela nullitatis*. Segundo Pontes de Miranda: “Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe.” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral: validade, nulidade, anulabilidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 4, p. 6-7).

é perfeitamente factível que o autor ingresse com a demanda perante juízo absolutamente incompetente e, após apontar o vício, requeira sua remessa ao juízo competente.

A jurisprudência, nessa hipótese, é imprecisa – dificultando uma sistematização sobre a questão do causador do vício –, mas permite e indica que se possa analisar: a) a relação do causador com o vício; a.1) que quem invoca a invalidade deve ostentar uma situação de confiança equânime à boa-fé subjetiva e ética, em que o emitente ignore estar lesando posições jurídicas alheias; b) as consequências advindas do reconhecimento da nulidade; b.1) que a inalterabilidade da situação se justifica quando a nulificação do ato processual irradiar eficácia insuportável contra quem é atuada.²⁷⁸

O busílis da questão reside exatamente no fato de o causador da invalidade aproveitar-se de sua própria indignidade. Assim, valendo-se do exemplo trazido por Humberto Theodoro Júnior, se o autor de ação real imobiliária deixa de incluir maliciosamente a mulher do réu no polo passivo, de modo a gerar uma nulidade absoluta (CPC, art. 73, § 1º, I), não pode, após ver sua demanda ser julgada improcedente, postular sua desconstituição por nulidade, pretendendo, unicamente de acordo com sua conveniência, uma nova sorte em sua repropósito. Por certo tal conduta – ontologicamente um exercício intolerável de uma posição jurídica destoante da boa-fé objetiva – delinearia um comportamento retroativo, repudiado pelo *venire contra factum proprium* de jaez processual. Ao mesmo tempo, referida conduta mostrar-se-ia insuportável para quem viu a demanda contra si movida julgada improcedente.

Em outra hipótese extraída da casuística, o devedor emitiu nota promissória com sua assinatura reproduzida mecanicamente (escaneada). Tecnicamente, deu o emitente origem a título de crédito inexistente, pois o direito brasileiro não dispõe de lei validando a assinatura digitalizada. Após ser executado, ingressou o devedor com ação visando à declaração de inexistência do título – que respeita o mesmo regime jurídico atribuído às nulidades –, tendo o STJ considerado que o vício não pode ser invocado por quem lhe deu causa, aplicando, com aplicação da teoria dos atos próprios, como concreção da boa-fé objetiva.²⁷⁹

²⁷⁸ CORDEIRO, Antônio Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 784-785.

²⁷⁹ STJ – REsp n. 1.192.678/PR, 3^a T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.11.2012, DJe, de 26.11.2012.

6.2.2 Legítima confiança

Todo ato processual tem aptidão para gerar confiança. No campo do direito processual, o exercício de poder estatal sucede dentro de um procedimento preestabelecido, que demanda a existência de garantias constitucionais para as partes, integrantes do devido processo legal, de modo a assegurar a higidez da decisão final.²⁸⁰

Por integrar um ambiente ético-jurídico plenamente tipificado em lei, no qual o Estado é o protagonista e garante absoluto do respeito às *regras do jogo dialético* – o processo –, presume-se que todo ato processual esteja fadado a despertar a confiança de todos os seus partícipes.

O modelo legal atribui faculdades, poderes e ônus aos litigantes, além de poderes-deveres ao juiz, sendo de se presumir que cada um esteja agindo de modo ético, em absoluto respeito às regras do jogo, na busca de seus interesses, ou, no caso do juiz, no fiel desempenho de seu mister. Exige-se de todos os partícipes uma atuação sobretudo ética, consentânea com os sublimes desideratos da jurisdição. Confiança e expectativa são elementos intrínsecos à eticidade do processo.

Sob tais premissas, a ausência desses requisitos no desempenho de faculdades, poderes ou ônus processuais – ou na omissão em seus exercícios – somente se justifica nas excepcionais idiossincrasias do caso concreto, de modo que se a atitude é relevante a ponto de interferir de alguma forma no desenvolvimento da marcha processual, presume-se que esteja apta a suscitar a confiança e despertar a legítima expectativa dos demais entes. Essa presunção *iuris tantum* será rompida pela indicação de elementos concretos da hipótese empírica *sub judice* que remetam e possam justificar a inexistência de falta de adesão ao comportamento dos demais entes processuais.²⁸¹

²⁸⁰ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 30, n. 126, p. 60, ago. 2005.

²⁸¹ Para Larissa Tunala, há no processo condutas que não possuem potencialidade, são insuscetíveis de despertar expectativas, não obstante haver intenção do agente, dando, como exemplos, a defesa de um processo ter sido protocolada erroneamente em outro, a contradição na argumentação sobre fatos irrelevantes no julgamento da demanda, a contradição permitida pelo exercício da regra da eventualidade, ou, ainda, atos feitos com a ressalva de alteração de posicionamento – como quando o juiz determina às partes a especificação de provas, fazendo a ressalva de que será possível o julgamento antecipado (TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 272-273).

A expectativa não tem por pressuposto a estabilização do ato processual. Consoante visto, após ingressar no meio processual, para, despertando confiança, gerar expectativas, o *factum proprium* não reclama uma relativa estabilização. É certo que ao adentrar na esfera processual, o *factum proprium* ainda pode ser objeto de impugnação pelo interessado, por conformar casualmente alguma irregularidade, o que deve ser feito, em princípio, na primeira oportunidade para a parte se pronunciar nos autos acerca do ato, sob pena de preclusão (CPC, arts. 148, 278 e 436, parágrafo único). De outra parte, o ato processual pode também passar pelo crivo judicial de ofício, quando a mácula retratar matéria de ordem pública.

Contudo, uma vez produzido, o ato processual será tido como válido e eficaz, até que ulterior pronunciamento judicial possa, se o caso, reconhecer a eventual irregularidade apontada, aplicando-se-lhe a respectiva consequência jurídica prevista na norma. Nessa hipótese, o ato processual está *sub conditione resolutur*, permanecendo sob condição resolutiva e, uma vez desconstituído o ato processual por decisão judicial, restabelece-se o *statu quo ante*²⁸². Entretanto, essa circunstância não interfere na caracterização do comportamento retroativo posteriormente praticado pelo ente processual.

Destarte, considera-se o postulado *nemo potest venire contra factum proprium* mesmo enquanto pendente o referido estado de precariedade, pois já há bem jurídico a ser tutelado pelo fenômeno, haja vista que o ato processual, ainda que impugnado pela parte contrária, possui aptidão suficiente para propiciar confiança e gerar legítima expectativa.

Na medida que o dever de coerência no processo – diferentemente do mesmo instituto no prisma material – tutela a segurança jurídica das situações jurídico-processuais, antes de escoado o prazo legal para a impugnação do ato processual produzido ou da decisão que, julgando sua impugnação, corrobora sua validade no processo, já se tem um ambiente jurídico suscetível a se infringir o dever de coerência e conformação do postulado romano.

6.2.3 Comportamento retroativo processual

Além de uma postura inicial praticada dentro ou fora do meio processual, todavia devidamente documentada nos autos do processo, e da ruptura de uma confiança despertada,

²⁸² RÁO, Vicente. *Ato jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 299.

o *venire contra factum proprium non valet* na esfera processual demanda, da mesma forma, uma irretroatividade em relação ao *factum proprium*. Vale dizer, a segunda atuação, logicamente contraditória em relação à primeira, conformará forçosamente um ato processual.²⁸³

Em relação ao curso da marcha processual, ele se constitui como ato processual retroativo que almeja no processo, em essência, um resultado antagônico ou diverso daquele congênito ao ato processual primevo, e a aceitação dessa segunda eficácia no mundo do direito significaria o rompimento de uma situação processual estável e consolidada.

6.2.4 Dano

Tese. O dano (patrimonial) não é pressuposto do comportamento retroativo processual, mas, apesar disso, pode ainda dele derivar. É plenamente possível – e de fato sói acontecer – a incidência do aforisma romano sem que advenham consequências patrimonialmente danosas para os demais entes processuais.

Um dano proveniente diretamente do comportamento retroativo processual – semelhante ao ocorrido no espectro civil –, com consequências patrimoniais diretas, em que se perde ou deixa de ganhar (CC, art. 402) –, não é de impossível incidência. Contudo, é de difícil ocorrência no caso concreto. Na verdade, não se apurou na ampla gama de casos envolvendo o aforisma nos tribunais superiores um único precedente em que houve direta imputação de um dano em decorrência de sua configuração no processo.

É plenamente comprensível que assim seja, pois no comportamento retroativo processual – em que pese se respeitar e tutelar semelhantemente a confiança, a justa expectativa e a boa-fé objetiva –, o principal prejudicado não é a contraparte da relação.

²⁸³ TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 26-27.

O direito não é aplicado e realizado por quem se encontra em conflito, mas sim por quem e para quem está “sob o conflito”; a atuação do direito ocorre *supra* partes e não *inter* partes; está, portanto, acima dos interesses das partes.²⁸⁴

É o interesse público, o *interest rei publicae* remanescente na racionalização do processo que sofre interferência direta do *venire contra factum proprium* processual.

Há um inegável comprometimento dos fins do processo com a implementação desse abrupto movimento retrospectivo, expondo a risco sua utilidade, a economia processual, a duração razoável e sua efetividade. Há, com isso, nociva interferência na própria eficiência da atuação jurisdicional do Estado, fato que o torna mais distante dos fins preconizados pela Constituição.

Quanto maior for a distância entre o processo e sua eficiência, maior será sua discrepância com o ideal de pacificação com justiça e, portanto, de realização do direito material violado.

Conforme consta da Exposição de Motivos do CPC/2015:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

Com o comportamento processual retroativo, infringe-se precipuamente o princípio constitucional da irretroatividade do *iter* procedural e a principal decorrência disso é que há um detimento da relação jurídica processual, que deixa de lograr um grau mais intenso de funcionalidade e eficiência. Há uma afetação de sua plenitude.

Por último remate, o dano proveniente do *venire contra factum proprium* processual recai diretamente sobre a eficiência do método de resolução de conflitos e reflexamente sobre os interesses dos demais entes do litígio. O desrespeito à forma leva ao comprometimento do

²⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de direito processual civil: introdução e função do processo civil*, cit., p. 373.

interesse público e, à vista disso, toda a sociedade é atingida e prejudicada, pois os valores almejados constitucionalmente deixam de ser atingidos em sua totalidade. Isso tudo vai muito além dos interesses dos partícipes do processo.

Essa é uma das primordiais razões que contribuem para as convicções da tese, que evidenciam as profundas diferenças entre o comportamento contraditório civil e o comportamento retroativo processual.

6.3 A teoria da argumentação jurídica

6.3.1 Noções gerais

A retórica – enquanto arte da argumentação –, que já foi equivocadamente confundida no passado com o verbalismo atribuído aos discursos ocos e vazios²⁸⁵, ganhou por parte de filósofos e juristas outra conotação no direito contemporâneo, no qual passou a compor a teoria da argumentação. Apresentou-se esta como integrante da lógica da persuasão, instrumento indispensável aos operadores do direito.²⁸⁶

A lógica jurídica. O ideal de pacificação com justiça é a principal aspiração da função jurisdicional. Geralmente, a decisão que envolve a solução do conflito se apresenta como a única admissível, sendo que, por razões de equidade e bom senso, há uma tendência de ela se impor por meio de uma argumentação jurídica suficientemente densa, a ponto de demonstrar sua conformidade com o ordenamento jurídico vigente e os valores traduzidos no bem comum²⁸⁷. A pacificação é definitivamente recomposta quando a solução – a mais legítima e tolerável possível – vem fundamentada em uma argumentação jurídica suficiente e consistente.²⁸⁸

²⁸⁵ Segundo Perelman: “A Retórica, que foi elaborada pelos Antigos e à qual foram consagradas as obras muito conhecidas de Aristóteles, Cícero e Quintiliano, é uma disciplina que, após ter sido considerada o coroamento da educação greco-romana, degenerou no século XVI, quando foi reduzida ao estudo das figuras de estilo, e depois desapareceu inteiramente dos programas do ensino secundário.” (PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 141).

²⁸⁶ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 89.

²⁸⁷ PERELMAN, Chaim, *Lógica jurídica: nova retórica*, cit., p. 190-191.

²⁸⁸ Ibidem, p. 191.

Essa solução ao final aceitável é fruto de uma verdadeira batalha dialética, na qual as pretensões são expostas pelos partícipes da demanda que, num exercício dialético de pontos e contrapontos, utilizam todos os argumentos e meios eticamente admitidos pelas normas que regulamentam a profissão e aptos à persuasão e triunfo da tese advogada²⁸⁹. Essa batalha dialética é uma das facetas que caracteriza o princípio do contraditório.²⁹⁰

Esse raciocínio deduzido componente da lógica jurídica deve ser matizado segundo o pensamento de seu auditório, vale dizer, de acordo com a matéria jurídica retratada, ligada ao respectivo ramo do direito e almejando aquilo que os teóricos denominam de “adesão”. Trata-se de um silogismo dialético – diverso do silogismo analítico – e que se manifesta por argumentos acerca de enunciados prováveis que nos remetem a conclusões não verdadeiras, mas verossímeis e prováveis.²⁹¹

A exposição empreendida por cada operador do direito objeto de suas respectivas pretensões – e pelo juiz no ato de julgar – será alvo de ataque argumentativo por parte de seu oponente, que apresentará fatos e consequências jurídicas distintas. A divergência entre as teses expostas abrangerá não somente enquadramentos fáticos dessemelhantes, díspares, mas igualmente normas e qualificações jurídicas²⁹² distintas, além de apoio em precedentes

²⁸⁹ PERELMAN, Chaim, *Lógica jurídica: nova retórica*, cit., p. 216.

²⁹⁰ “Tradicionalmente, enfatiza-se a natureza eminentemente dialética de que se reveste o processo: permite-se que uma parte pratique um ato (eis a tese), que a outra pratique outro ato em resposta (e aí está a antítese) e que, com base nisso, o juiz decida (estabelecendo-se a síntese – a qual funciona como uma nova tese, reiniciando-se o processo dialético). Não há dúvidas de que isso representa aplicação do princípio do contraditório. E em um primeiro momento o que transparece é esse fundamento lógico do contraditório. Ou seja: ele é decorrência lógica da própria direção contrária dos interesses dos litigantes. É decorrência lógica da própria ‘bilateralidade da ação e do processo’. Mas não é esse o único fundamento do contraditório – *e o contraditório tampouco pode ser reduzido apenas a esse embate ou diálogo realizado meramente entre as partes*. A limitação da ideia de contraditório ao debate *entre as partes* – a ser apenas assistido pelo juiz – remonta a um processo civil eminentemente dispositivo, em que todo o material argumentativo e probatório seria necessariamente aportado ao processo pelos litigantes. Na medida em que se atribuiu ao juiz um papel ativo, com o dever de conhecer de determinadas questões e produzir provas mesmo de ofício, aquela noção está superada.” (TALAMINI, Eduardo, *Direito processual concretizado*, cit., p. 25).

²⁹¹ COELHO, Fabio Ulhoa. Prefácio. In: PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. XI.

²⁹² Para Emilio Betti: “A aplicação da lei a uma situação de fato pressupõe, por sua vez, uma comparação dessa situação com a espécie prevista pela norma. Trata-se de verificar se e em que medida a situação corresponde à espécie legal abstrata, na qual supostamente está contida, e de encontrar seus elementos relevantes para tratamento jurídico. Esse é o diagnóstico ou a qualificação jurídica.” (BETTI, Emilio, *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*, cit., p. CXIII).

alicerçados em sentidos opostos, considerados todos como cruciais por cada qual para a solução do dado conflito.²⁹³

A convicção do juiz não será motivada por convicções pessoais ou arbitrárias, mas deverá ser extraída da confrontação entre as exposições antagônicas, devendo demonstrar e tentar persuadir pela fundamentação que a decisão tomada é aquela que demonstrou ser a mais socialmente aceitável, justa e consonante com o direito positivado, estando de acordo com a doutrina e a jurisprudência dos tribunais, principalmente superiores.²⁹⁴

A confiança dos jurisdicionados está depositada nessa lógica jurídica – tendente à demonstração da plausibilidade das premissas adotadas – e da qual ressurgem as legítimas expectativas dos entes processuais.

A argumentação jurídica deve ser interpretada como uma unidade. Estando os elementos da argumentação em profunda interação – os fatos, os fundamentos jurídicos, as qualificações e os elementos de doutrina e jurisprudência – consideram-se parte de um todo coeso, uma única argumentação de conjunto²⁹⁵. Deriva desse encadeamento dedutivo que duas ou mais afirmações de um mesmo agente em distintos momentos históricos também podem apontar uma contradição, exceto se uma divisão no tempo ou no objeto permitirem o desaparecimento da incompatibilidade.²⁹⁶

Miguel Reale, ao discorrer sobre a dogmática jurídica, preconiza que “a Ciência do Direito somente se revela como ciência madura quando as interpretações dos artigos completam-se através de uma visão unitária de todo o sistema”²⁹⁷. Evidentemente, essa unitariedade não se aplica exclusivamente ao meio científico, mas igualmente ao pragmático, na aplicação da lei.

²⁹³ PERELMAN, Chaim, *Lógica jurídica: nova retórica*, cit., p. 218. O autor corrobora o raciocínio, afirmando que “a qualificação dos fatos dependerá da regra sob a qual se deseja subsumi-los, do precedente ao qual se quer aproximar-los. A escolha da regra aplicável do precedente que se invoca exigirá a determinação de seu sentido e de seu alcance, para que possam ser aplicados ao caso específico”.

²⁹⁴ Ibidem, p. 220-221.

²⁹⁵ PERELMAN, Chaim; OLBRUCHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado da argumentação: a nova retórica*, cit., p. 212.

²⁹⁶ Ibidem, p. 229.

²⁹⁷ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p.326.

Emilio Betti, a quem o “cânone hermenêutico da totalidade” é aplicado na exegese de declarações, comportamentos, normas e preceitos jurídicos, explica que:

A partir da premissa de que o todo do discurso, bem como de toda manifestação do pensamento, é gerado por um único espírito e a um único espírito e sentido tende a voltar e a se reduzir, deduz-se uma ilação fundada na correspondência levantada entre *iter* genético e *iter* hermenêutico: ou seja, o critério de extrair de cada elemento o sentido do todo e de entender o elemento individual em função do todo de que é parte integrante. Assim como o significado, a intensidade e a nuança de uma palavra só podem ser entendidas no contexto em que tal palavra foi dita, ou se encontra, o significado e o valor de uma proposição e daquelas que se associam a ela só podem ser compreendidos pelo nexo recíproco e pelo conjunto orgânico do discurso a que pertencem.²⁹⁸

Nesse sentido, o sistema normativo-processual não aceita inconsistências nas argumentações dos entes processuais, que são vistas, perante a lei, como um conjunto harmônico.²⁹⁹

A propósito, esse arquétipo da totalidade tem por finalidade dar concretude ao princípio da boa-fé objetiva, estando presente profusamente no CPC. De fato, o ordenamento processual assenta que o pedido deduzido pelo autor deve ser certo e na sua interpretação deverá ser considerado, em nome do princípio da boa-fé, o conjunto da postulação (CPC, art. 322, § 2º). De outra parte, por uma questão de isonomia, a contestação do réu receberá o

²⁹⁸ Explica Emilio Betti que: “Na verdade, a partir da premissa de que o todo do discurso, bem como de toda manifestação do pensamento, é gerado por um único espírito e a um único espírito e sentido tende a voltar e a se reduzir, deduz-se uma ilação fundada na correspondência levantada entre *iter* genético e *iter* hermenêutico: ou seja, o critério de extrair de cada elemento o sentido do todo e de entender o elemento individual em função do todo de que é parte integrante. Assim como o significado, a intensidade e a nuança de uma palavra só podem ser entendidas no contexto em que tal palavra foi dita, ou se encontra, o significado e o valor de uma proposição e daquelas que se associam a ela só podem ser compreendidos pelo nexo recíproco e pelo conjunto orgânico do discurso a que pertencem. A par disso, pode-se dizer que desde o início do processo interpretativo tem-se um progresso gradual em direção à compreensão, dos elementos individuais aos núcleos em que se organizam, até o todo que neles se articula. A compreensão, inicialmente provisória, vai-se aperfeiçoando, corrigindo e integrando com a crescente extensão do discurso, do qual o intérprete toma posse, de modo que somente ao final os elementos individuais, todos entrelaçados, resultam quase imediatamente revelados e representados em contornos precisos e perspicuos.” (BETTI, Emilio, *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*, cit., p. XLVII).

²⁹⁹ Várias disposições da lei processual corroboram o que ora se sustenta: i) a interpretação do pedido tomará em consideração a postulação em seu conjunto, como um único bloco argumentativo (CPC, art. 322, § 2º); ii) relativamente à defesa do réu, submete-se ao ônus da impugnação específica, onde lhe é atribuído o ônus de se manifestar precisamente – e não genericamente – sobre as alegações integrantes da petição inicial, sob pena de presunção de veracidade daqueles fatos não impugnados (CPC, art. 341, *caput*). Entretanto, a verificação da ocorrência de impugnação pontual deve levar em consideração o conjunto da resposta (CPC, art. 341, III). Para o STJ, “é lícito ao juízo analisar a defesa em seu conjunto, assim considerada a contestação e a reconvenção (art. 302, III, do CPC)” (STJ – REsp n. 724.710/RJ, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 20.11.2007, *DJ*, de 03.12.2007, p. 265). No mesmo sentido: STJ – REsp n. 1.335.994/SP, 3ª T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.08.2014, *DJe*, de 18.08.2014, *REVJUR* 443/111; iii) artigo 344, IV, do CPC.

mesmo tratamento interpretativo, sendo considerada como um bloco argumentativo único (CPC, art. 341, III).

A argumentação não pode apresentar contradição. A linguagem do jurista é sobretudo técnica, haja vista que suas proposições descriptivas se harmonizam dentro de uma lógica clássica, com a unidade do conjunto³⁰⁰. Para a nova retórica – enquanto teoria da argumentação –, a contradição e a incompatibilidade são imposições formais do pensamento, cuja inobservância converte um determinado sistema, analisado em sua totalidade, em algo incoerente e, portanto, inutilizável. Quando a parte sustenta ao mesmo tempo duas proposições logicamente antagônicas – sendo uma a negação da outra e ambas aplicáveis à situação –, subsiste a incoerência de forma implacável, segundo as convenções aceitas³⁰¹. Apontar a contradição entre dois enunciados (argumento quase lógico) é evidenciar a existência de um quadro que torne inevitável a opção entre as duas teses presentes.³⁰²

Esse dever de coerência das proposições se estende a todos os entes do litígio, inclusive ao juiz. Particularmente com respeito a este último, a lei processual permite às partes ingressarem com embargos de declaração quando o pronunciamento judicial – decisão, sentença ou acórdão – demonstrar, intrinsecamente, uma contradição (CPC, art. 1.022, I). A persistência do vício gerará a nulidade absoluta do pronunciamento.

Os embargos de declaração, nesse caso, aparecem como antídoto contra contradições existentes nos pronunciamentos judiciais, cujas decisões deles provenientes devem ser suficientemente claras e completas, além de coerentes.

Há, portanto, de forma latente, um inegável dever de coerência no terreno dialético do processo. Tanto isso é veraz que dentre os deveres atribuídos ao escrivão e ao chefe de Secretaria (CPC, arts. 206/211) está o de observar coerência na transcrição das declarações feitas presencialmente ao juiz, cabendo às partes e ao próprio juiz suscitar eventuais contradições havidas (CPC, art. 209, § 2º).

³⁰⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 6.

³⁰¹ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado da argumentação: a nova retórica*, cit., p. 221-222.

³⁰² Ibidem, p. 228.

No processo civil há várias disposições que se destinam a evitar decisões contraditórias: veda-se que duas ações idênticas tenham trâmite simultâneo – litispendência –, há a preclusão para o juiz (*pro iudicato*), a obrigatoriedade de julgamento simultâneo de demandas, a fim de se evitar a subsistência de decisões contraditórias, a vinculação da jurisdição civil ao conteúdo do julgamento criminal, na responsabilidade *ex delicto*, a influência das demandas coletivas sobre as individuais, donde se conclui que o dever de coerência é uma das vertentes deônticas do direito brasileiro.³⁰³

Coerência entre a argumentação e as provas justificadoras. A coerência refere-se e deve ser compreendida não somente em relação ao discurso, mas igualmente entre este e o acervo probatório que o justifica (CPC, arts. 344, IV, e 419).³⁰⁴

6.3.2 A imbricação da teoria da argumentação jurídica com o comportamento processual retroativo

O *venire contra factum proprium* possui elevada imbricação com a nova retórica. Vale ressaltar, para fins de caracterização do *venire contra factum proprium* processual, que todos os enunciados deduzidos pelos partícipes do processo ao longo do tempo, em princípio devem ser tratados como um sistema argumentativo unitário, vale dizer, não podem, num dado momento histórico, fazer uma afirmação sobre fatos e fundamentos jurídicos e posteriormente contrariá-los, sem incidir em desconexão, em incoerência. Nesse sentido, assim como pondera a teoria da argumentação de Perelman, a disputa dialético-jurídica também se submete ao dever de coerência, sendo que o desrespeito a essa imposição tem potencialidade suficiente para dar azo ao comportamento retroativo processual. E isso necessita ser observado não somente endoprocessualmente, dentro de uma mesma relação jurídica processual, mas sobretudo panprocessualmente, em processos autônomos – conexos ou não –, inclusive envolvendo auditórios e épocas distintos.

Essa eficácia panprocessual aponta que uma dada posição jurídico-processual não possa ser exercida em outro processo, se ela se mostrar contraditória em relação à mesma

³⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 39, n. 230, p. 86, abr. 2014.

³⁰⁴ A revelia não acarretará a presunção de veracidade se os fatos invocados pelo autor estiverem em contradição com a prova dos autos.

posição exercida anteriormente. Por força do *venire contra factum proprium* de jaez instrumental, a questão envolvendo essa posição jurídica não poderá mais ser exercitada. Ter-se-ia a mesma eficácia propiciada pela preclusão lógica, com a diferença de ela extrapolar as barreiras endoprocessuais.

Introdução. É, portanto, no campo da argumentação jurídica que o *venire contra factum proprium* encontra solo fértil, ideal para sua germinação e evolução, pois é exatamente nessa seara que ocorrem as maiores possibilidades de contradições. Há um pensamento atribuído a Quintiliano – professor de retórica no direito romano – que diz convir ao mentiroso que tenha boa memória. É uma grande verdade, uma vez que partes mal intencionadas e cavigosas ou acabam por esquecer o que sustentaram anteriormente ou mentem dolosamente a respeito de determinados fatos componentes da *causa petendi* ou da *causa excipiendi*, frequentemente caindo em contradição. Se duas afirmações sobre um mesmo fato são antagônicas, se pressupõe que uma delas não seja verdadeira.

Não podem as partes – e consequentemente seu respectivo grupo de interesses – fazer uma afirmação acerca de algum acontecimento relevante para os destinos da solução do conflito e posteriormente se manifestarem contraditória e retroativamente, buscando no processo consequências jurídicas distintas daquelas propiciadas pela primeira afirmação.

A casuística aponta que a imbricação do comportamento retroativo e a argumentação jurídica é ainda mais intensa no que respeita aos aspectos fáticos do conjunto da proposição. Inúmeros são os precedentes das Cortes Superiores que reconheceram a incidência do instituto apenas e tão somente com base em contradições e incoerências nas circunstâncias fáticas apuradas no conjunto das proposições.

O próprio *leading case* do *venire contra factum proprium* no Brasil retrata um caso em que a parte declarou em escritura pública ter casado em outro país sob o regime da separação de bens e, posteriormente, ter buscado judicialmente os efeitos de um casamento realizado pelo regime da comunhão universal de bens.³⁰⁵

³⁰⁵ STF – RE n. 86.787/RS, 2^a T., rel. Min. Leitão de Abreu, j. 20.10.1978, *DJ*, de 04.05.1979, p. 3.520, *RTJ* 90/968.

Dentro desse princípio, se as partes reconheceram em processo anterior a validade e eficácia de compromisso de venda firmado, não podem suscitar sua nulidade por ausência de outorga uxória em processo posterior³⁰⁶, pois não se permite a busca de uma eficácia jurídica diferente daquela propiciada pelo reconhecimento da higidez do vínculo contratual. Outrossim, não pode ser beneficiado aquele que, ainda que em ações diversas, ora atribui a propriedade do mesmo bem imóvel a pessoa jurídica, ora a pessoa natural, conforme o momento que se lhe apresente mais conveniente.³⁰⁷

Em outro exemplo, a parte ingressou com recurso especial sem procuração e o tribunal ordinário não admitiu o recurso. A recorrente agrava, alegando que a procuração está em autos apensos, tendo o STJ considerado contraditória a conduta do advogado, ao afirmar não deter poderes de representação e, logo após, insistir no agravo para destrancar o recurso especial³⁰⁸. Da mesma forma, não pode a parte, no recurso especial, apresentar tese incompatível com as deduzidas perante as instâncias ordinárias³⁰⁹. Em outro caso, decidiu-se que se o segurado espontaneamente declara haver perda parcial da coisa em decorrência de sinistro, não pode posteriormente ingressar com demanda postulando indenização correspondente ao perdimento total.³¹⁰

Num caso que pode ser reputado como extremo (*hard case*), o STF considerou que se o impetrante do mandado de segurança afirma desistir do remédio, caso a liminar requerida não seja deferida, o posterior comportamento da parte no sentido de recorrer contra a decisão que indeferiu a liminar e logo depois extinguiu o *mandamus* configura violação à vedação de *venire contra factum proprium* por ausência de interesse de agir, de modo a surpreender a contraparte da causa.³¹¹

Fundamentação jurídica. Muito embora para Chiovenda³¹² os fundamentos jurídicos trazidos pelos entes processuais em suas respectivas argumentações jurídicas não conformam dogmaticamente um *ato processual* – pois *iura novit curia* –, essa assertiva deve ser vista *cum*

³⁰⁶ STJ – REsp n. 95.539/SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 03.09.1996, *DJ*, de 14.10.1996, p. 39.015, *LEXSTJ* 91/267, *RSTJ* 93/314.

³⁰⁷ STJ – REsp n. 1.288.006/SP, 4ª T., rel. Min. Raul Araújo, j. 01.10.2013, *DJe*, de 18.02.2014.

³⁰⁸ STJ – AgR Ag REsp n. 248.710/PR, 4ª T., rel. Min. Raul Araújo, j. 16.06.2015, *DJe*, de 03.08.2015.

³⁰⁹ STJ – REsp n. 1.554.336/PR, 4ª T., rel. Min. Raul Araújo, j. 17.11.2015, *DJe*, de 07.12.2015.

³¹⁰ STJ – REsp n. 1.245.645/RS ,4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24.05.2016, *DJe*, de 23.06.2016.

³¹¹ STF – MS n. 25.742/DF, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 05.04.2006, *DJ*, de 25.08.2006, p. 16, *RTJ* 200/1.287.

³¹² CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 17.

grano salis no direito contemporâneo. Para fins de caracterização do *comportamento retroativo* no processo interessa não somente a base fática invocada, mas igualmente a concatenação jurídica – os fundamentos jurídicos integrantes do conjunto da proposição – ou mesmo a consequência jurídica proveniente de determinado dado empírico, de sorte que todos os conteúdos componentes do bloco argumentativo são suscetíveis à inspiração de confiança, a ponto de despertarem legítimas expectativas no auditório – os destinatários da conduta.

Seguindo essa diretriz, se a parte alega, diante de idênticas premissas fáticas, uma tese jurídica em determinado sentido, não pode sustentar outra diametralmente oposta, ainda que em diferentes processos, simultâneos ou não. Trata-se de um feitio destoante da boa-fé objetiva, além de uma deslealdade abissal para com seus contendores.

Nesse sentido, v.g., se o banco alega num dado processo, na condição de devedor, a inaplicabilidade dos juros capitalizados, não pode em processo subsequente, agora na condição de credor, advogar o seu perfeito cabimento³¹³; também não se permite à parte defender em agravo regimental tese diametralmente oposta à que defendera em recurso especial³¹⁴. Longe de ser apenas um reforço retórico, os fundamentos de direito dos partícipes repercutem efeitos para fins de configuração do *venire contra factum proprium*, adquirindo exigibilidade do ponto de vista jurídico, no que tange à concatenação e coerência dos argumentos.

Destarte, os dogmatistas da nova retórica exortam a elevada simbiose desta com o apotegma romano, interação que é amplamente corroborada pragmaticamente.

O *factum proprium* é o ato praticado panprocessualmente ou a argumentação jurídica a ele concernente? Larissa Gaspar Tunala propõe interessante indagação acerca do *factum proprium*. Seria ele o ato praticado fora dos lindes do processo ou a argumentação jurídica que indica sua existência? Para a autora, se a expectativa se deitou sobre a prática do ato panprocessual, este será considerado o *factum proprium*. Opostamente, se a expectação despertada teve por origem a alegação veiculada a ela, corresponderá a atuação exordial.³¹⁵

³¹³ STJ – AgR ED REsp n. 762.031/MG, 3^a T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.06.2006, *DJ*, de 01.08.2006, p. 446.

³¹⁴ STJ – AgR AREsp n. 318.341/GO, 2^a T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.08.2013, *DJe*, de 14.08.2013.

³¹⁵ TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro, cit., p. 283-284.

A adequada compreensão sobre a problemática apresentada é a de que se há ato praticado fora do processo, considerar-se-á como ato processual a sua concreta produção em juízo³¹⁶. Logo, a expectativa se debruçará sobre o documento em si, somado à argumentação a ele correspondente. Se a parte aceita, por exemplo, uma duplicata emitida – e que de algum modo interfere na sorte do processo –, o ato processual efetivo será a sua documentação em juízo, formada pelo conjunto da proposição, de modo que: [(documentação + argumentação jurídica = *factum proprium*) = expectativa]. A argumentação também apresenta relevância, na medida que pode trazer algum dado adicional importante sobre o ato praticado fora do processo, que não se encontra materializado no documento – por exemplo, a idade do aceitante, sua eventual incapacidade para o ato, seu estado civil etc.

Contradição proveniente de sujeitos diversos. Enunciados de diversos emitentes de um grupo serão tratados como incompatíveis se os membros do grupo unidos por um mesmo interesse e suas respectivas argumentações forem unitariamente considerados, salvo se não houver autorização para a dedução do ponto conflitante³¹⁷. Nesse sentido, se a aptidão do perito foi reconhecida pela própria parte por meio de seu assistente técnico – ao elogiar expressamente os serviços daquele –, não pode posteriormente opor um comportamento contraditório, ao aduzir que faltou inaptidão ao técnico³¹⁸. A doutrina que já se propôs a escrever sobre o tema manifestou-se no mesmo sentido, asseverando que a exigência de identidade entre os agentes deve ser mitigada no ambiente processual, sendo mais apropriado se exigir a identidade de sujeitos agindo na defesa de um mesmo polo de interesse³¹⁹. Mas é preciso registrar que essa posição não está sozinha, existindo outra vertente doutrinária a afirmar que as duas perpetradas conflitantes devem advir do mesmo ente. Deve haver, portanto, identidade entre aquele que pratica o *factum proprium* e aquele que adota o comportamento retroativo, pois não haverá retroação (ou contradição) nem ofensa à confiança se diferentes forem os agentes praticantes.³²⁰

Destinatários da conduta. No que tange aos destinatários da conduta, não se faz necessário que haja identidade entre a pessoa que criou uma legítima expectativa e aquela em

³¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 17.

³¹⁷ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado da argumentação: a nova retórica*, cit., p. 229.

³¹⁸ STJ – ED AI n. 1.318.082/SP, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.04.2012, *DJe*, de 16.04.2012.

³¹⁹ TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 291.

³²⁰ BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., p. 73.

que essa expectativa foi rompida. A contradição em si pode abranger processos distintos e com diferentes partes³²¹. Isso se deve em razão da eficácia panprocessual do conjunto das proposições – o acervo argumentativo, podendo atingir processos distintos e destinatários da conduta diversos, ainda que não partícipes da demanda em que o *factum proprium* foi efetivamente produzido. Confira-se, como exemplo, o caso do banco que em determinado processo alega a aplicabilidade dos juros capitalizados e, em outro, com outras partes e outra posição jurídica – agora como credor –, alega que são amplamente devidos.

6.3.3 A regra da eventualidade

A regra da eventualidade³²² é uma técnica que possui estreita imbricação com o regime das preclusões³²³, exercendo grande influxo na fixação das fronteiras do processo e do campo lógico da sentença³²⁴. É também chamada de princípio da concentração, “*cuyo objeto es procurar que el litigio pueda ser resuelto en un solo debate*”³²⁵. Em razão da adesão à teoria germânica da substanciação³²⁶, a lei processual impõe às partes, numa única oportunidade, respectivamente na exposição da *causa petendi* – pelo autor –, na dedução da *causa excipiendo* – pelo réu – e nos recursos opostos por qualquer partícipe³²⁷, o ônus de

³²¹ TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 292.

³²² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aponta – apesar de ressalvar inexistir unanimidade na doutrina – que a regra da eventualidade teria surgimento na Decretal de Inocêncio III, de 1204, em que o juiz firmava prazo para a parte deduzir todas as exceções dilatórias existentes, após o qual, em regra, não mais poderiam ser exercidas (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 171).

³²³ Para Ricardo de Barros Leonel: “O nexo existente entre preclusão e eventualidade se mostra claro na medida em que: a) a adoção de preclusões, e da regra da eventualidade, são pressupostos para um sistema caracterizado pelo direcionamento dos atos procedimentais ao escopo final do processo (prolação da sentença); b) não é viável imaginar um sistema que adote a regra da eventualidade, encaminhando o processo para seu fim, sem que fiquem estabelecidas preclusões que impeçam, assim, os retrocessos nos atos e fases procedimentais; c) a recíproca é verdadeira, pois não há como pensar na adoção de preclusões sem que, de alguma forma, se apresente, em maior ou menor intensidade, a regra da eventualidade.” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006. p. 122).

³²⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 3, p. 164.

³²⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Traducción de la segunda edición alemana, y del Código Procesal Civil alemán, incluido como apéndice por Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936. p. 85.

³²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 40, p. 40, 1993. Para o autor, além da existência da relação jurídica, a parte deve expor os fatos que justificam o pedido.

³²⁷ O princípio da eventualidade não se esgota na interposição da demanda e nas exceções do réu, estendendo-se para os recursos manejados no processo. Com efeito, da jurisprudência do STJ extrai-se que: “A tentativa de impugnação aos fundamentos do acórdão recorrido através do arrazoado do presente agravo regimental trata de verdadeira inovação recursal, eis que a recorrente não se desincumbiu de tal ônus no momento oportuno para tanto, que seria nas razões do recurso especial, não podendo mais fazê-lo na via do agravo regimental, eis que

deduzir todas as alegações relevantes que eventualmente detenham para contrapor as alegações da outra, sejam de jaez processual ou de mérito, além de fazer todos os requerimentos probatórios necessários (CPC, art. 336)³²⁸. A apresentação simultânea de todas as proposições do bloco argumentativo que possam favorecer as partes deve ser realizada, ainda que o acolhimento de uma delas torne desnecessária a consideração das demais. Com isso, torna-se preclusa qualquer tentativa de dedução posterior, exceto nas hipóteses expressamente previstas em lei (CPC, art. 342). Isso contribui para o regular desenvolvimento do processo, sem retrocessos indevidos, de forma a garantir o exercício do contraditório.³²⁹

O escopo crucial da regra é controlar o tempo, permitindo que o processo atinja suas finalidades com eficiência, vedando, com isso, que adentre por discussões intermináveis propiciadas por alegações tardias e inesperadas, fato que poderia ampliar indevidamente o objeto do processo e procrastinar seu desfecho.³³⁰

James Goldschmidt traz exemplo clássico de aplicação extremista da regra, em que a parte, em contestação, se utiliza de defesa direta – em que nega o próprio fato constitutivo do direito do autor –, e de defesa indireta – em que reconhece o fato constitutivo, mas impõe-lhe fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas: “*En primer término, no me has dado dinero alguno, eso no es verdad; en segundo término, te ha sido devuelto hace ya un año. En tercer término, tú me aseguraste que me lo regalabas. Y, por último, ha prescrito ya, y está pendiente el juramento.*”³³¹

Essa regra dá ensancha à permissividade da argumentação jurídica de natureza diversa, prejudicial e até mesmo incompatível ou contraditória entre si, o que pode, num primeiro momento, remeter a uma utópica anuênciam do sistema objetivo ao *venire contra*

a esse respeito já se operou a preclusão consumativa. É cediço que, pelo princípio da eventualidade, a parte recorrente deve manifestar sua irresignação contra a decisão judicial em momento oportuno, sob pena de não mais poder insurgir-se sobre a questão não impugnada.” (STJ – AgR REsp n. 1.493.605/PR, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 09.12.2014, DJe, de 15.12.2014).

³²⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*: atualizado de acordo com a nova reforma processual. São Paulo: Atlas, 2006. p. 168. (Coleção Atlas de Processo Civil – Coordenação de Carlos Alberto Carmona).

³²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 63.

³³⁰ Ibidem, p. 64.

³³¹ Em livre tradução: “Primeiro não me destes nenhum dinheiro; isso não é verdade. Segundo, foi devolvido faz já um ano. Terceiro, tu me asseguraste que tinha sido dado de presente. Quarto, a dívida prescreveu e o juramento permanece incerto.” (GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, cit., p. 85).

*factum proprium*³³². A doutrina, em sua maioria, vê as contradições propiciadas pela eventualidade de forma natural, como um fenômeno atinente à regra.³³³

Porém, a garantia constitucional da ampla defesa não é absoluta, a ponto de suplantar a própria boa-fé objetiva. A regra da eventualidade, por sua vez, não é salvo-conduto para a mentira, a improbidade ou para a deslealdade. Com efeito, a possibilidade de contradição entre as invocações das partes deve ser vista *cum grano salis*, não podendo a manifestação – mesmo que logicamente possível a incompatibilidade entre si – dar guarida à deslealdade, à astúcia e à ausência de boa-fé objetiva, pois é dever de todo aquele que, de alguma forma, participa do processo, expor os fatos em juízo conforme a verdade (CPC, art. 77, I).³³⁴

Não se concebe, v.g., que o réu, em ação de investigação de paternidade, conteste o pedido alegando que: i) não manteve relacionamento sexual com a genitora do autor; ii) que, se manteve, a cópula não se concretizou (impotência *coeundi*); e que iii) a mãe do investigante realizou congresso carnal igualmente com outros homens durante o período da concepção (*exceptio plurium concubentium*). Evidentemente, a defesa direta é absolutamente incompatível com a defesa indireta ofertada, a ponto de esganiçar o princípio da eventualidade muito além do razoável, configurando atitude flagrantemente antijurídica e abusiva por parte do réu, por faltar com a verdade em pelo menos uma delas.

Quer se sustentar, em razão disso, que a permissividade de contradição entre as invocações da parte é aparente, restringindo-se aos fatos e fundamentos com perspectiva jurídica variada, mas que, sem violação do dever de veracidade, de alguma forma de acordo com a lei possam ser levados ao convencimento judicial³³⁵. Portanto, o sistema não autoriza contradições que possam levar ao *venire contra factum proprium*. Nesse caso, o órgão

³³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 171.

³³³ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. (póstuma). 15. reimpr. inalterada. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 197. Larissa Gaspar Tunala admite uma permissividade do sistema com as contradições (TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 273).

³³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., 2009, cit., v. 3, p. 488. No mesmo sentido: TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 167. (Coleção Liebman – Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini); TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 246-247.

³³⁵ RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl., contendo estudo do projeto do novo CPC. São Paulo: Atlas, 2014. p. 229-230.

jurisdicional deverá descartar, desconsiderar aquela invocação que se mostrar destoante da verdade e da boa-fé. No exemplo citado, deverá o julgador partir da premissa de que houve a conjunção carnal – que foi admitida pelo pretendido pai.

7 BASE LEGAL PARA APLICAÇÃO DA MÁXIMA

7.1 A importância das cláusulas gerais na concreção da boa-fé objetiva

Não é nova a presença da boa-fé objetiva no ordenamento brasileiro. O vetusto Código Comercial, editado ainda no século XIX, continha o redirecionamento hermenêutico dos contratos mercantis, predizendo em seu artigo 131 que “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

Inegavelmente, a cláusula geral da boa-fé tornou-se – com o advento do Código Civil de 2002 – um dos pilares de sustentação, não somente do direito civil contemporâneo, mas de todos os demais ramos do direito – público e privado –, sendo que sua profusa aplicação não mais permite a existência de espaço no ambiente jurídico para a ausência de probidade, de equidade e de boa-fé³³⁶. De fato, inexistem áreas imunes à boa-fé; todas as condutas que de alguma forma possam ser provenientes do homem em sociedade podem e devem ser cotejadas com o ideal de probidade. No direito moderno, a *bona fides* foi alçada à condição de paradigma da conduta humana.³³⁷

Essa diretriz subsiste no Código Civil português, ao condicionar a juridicidade dos usos à não contrariedade dos princípios da boa-fé³³⁸ e também nos estatutos civilistas da França³³⁹ e Itália³⁴⁰. Miguel Reale³⁴¹ reforça essa ideia, ao sustentar que:

³³⁶ Para José Luis de Los Mozos: “Ahora bien, así deslindado el campo de actuación, la buena fe se presenta como un principio del sistema jurídico que encuentra las más diversas aplicaciones en nuestro Derecho civil, apareciendo, en ocasiones, al intérprete como una norma ‘necesitada de concreción’ que oscila entre la aequitas y el ius (ya sea voluntario o necesario), y que en definitiva aparece como un dato de ordenación natural que sirve para completar el ordenamiento haciendo a una norma flexible o corrigiéndola de un resultado que, de no aplicarse el principio, sería contrario a la equidad.” (DE LOS MOZOS, José Luis. El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español. Barcelona: Bosch, 1965. p. 9).

³³⁷ REALE Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 21, p. 11-13, jul./set. 2003. [p. 2, versão online].

³³⁸ SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso do direito*, cit., p. 165.

³³⁹ Artigo 1.134 do Código Civil francês: “As convenções legalmente formadas têm força legal entre quem as efetuou. Poderão ser revogadas por mútuo consentimento, ou por causas legais. Deverão ser executadas de boa-fé”. No original: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.” (nossa tradução).

³⁴⁰ Artigo 1.375 do Código Civil italiano: “Execução de boa-fé. O contrato deve ser executado segundo a boa-fé (1337, 1358, 1366, 1460)”. No original: “Esecuzione di buona fede. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (1337, 1358, 1366, 1460).”

³⁴¹ REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. XIV.

É impossível reduzir a vida jurídica a meras fórmulas lógicas ou a um simples encadeamento de fatos, devendo reconhecer-se a essencialidade dos princípios éticos, o que explica o frequente amplo que se volta a fazer a ideias como a de equidade, probidade, boa-fé etc., a fim de captar-se a vida social na totalidade de suas significações para o homem situado “em razão de suas circunstâncias”.

Até então, o Código Civil de 1916, cujo anteprojeto foi idealizado com base no Código Napoleônico ainda do século XIX, no direito português e na pandectística³⁴² alemã – que elaborou o Código Civil alemão de 1900 (BGB) –, tinha uma visão, hoje considerada limitada, de restringir as soluções jurídicas a elementos e conceitos constantes e extraídos da própria ciência do direito, apegando-se ao exclusivismo jurídico propiciado pelo positivismo, deixando de lado relevantes valores éticos e econômicos³⁴³. Não obstante, não foi dada à boa-fé, por parte do CC/1916 a mesma importância atribuída pelo direito germânico, nas letras do § 242 do BGB.

De qualquer modo, esse cenário foi totalmente modificado com o advento do CC/2002, que passou a boa-fé do quilate de coadjuvante do cenário jurídico para protagonista, ao prescrever que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé” (CC, art. 422) e que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (CC, art. 113).

A importância da tópica na concreção da boa-fé objetiva. Denota-se que a lei não registra uma definição juscientífica acerca da boa-fé, nem sua própria natureza permite uma apriorística conceituação, pois há sempre uma dependência do componente fático, absolutamente variável no tempo e no espaço. O conteúdo da boa-fé, sua verdadeira concreção e controle, como abordado anteriormente, é extraído do exato instante de aplicação da norma, emergindo das idiossincrasias do caso concreto (o momento histórico, o ponto geográfico, as condições pessoais etc.) e da utilização do método comparativo com casos empiricamente similares.³⁴⁴

³⁴² A pandectística desenvolveu-se na Alemanha no século XIX e foi uma manifestação do positivismo jurídico, que considerava o direito como um corpo de normas positivas, conferia primado à norma legal e às respectivas técnicas de interpretação, negando qualquer fundamento absoluto ou abstrato à idéia do direito. Os pandectistas construíram um sistema dogmático de normas usando como modelo as instituições do direito romano, cuja reconstituição histórica promoveram, em especial a segunda parte do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, as *Pandectas*, e daí a denominação dessa escola de direito.

³⁴³ REALE Miguel, A boa-fé no Código Civil, cit., p. 1 [Versão online].

³⁴⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 43.

Entra em cena, nesse caso, mais uma vez o pensamento tópico de Viehweg³⁴⁵, que busca respostas às questões relevantes do direito por meio de sua problematização, é dizer, a partir dos problemas e em direção a eles³⁴⁶. Na tópica, os *topoi* – verdadeiros pontos de partida –, possibilitam ao juiz, a partir de raciocínios dialéticos, estar mais próximo dos fatos relevantes e penetrar em pontos não alcançáveis dogmaticamente, a partir das lacunas existentes no ordenamento, permitindo resolver adequadamente a questão sob os auspícios de valores morais e éticos, dentro de um ideal do justo, de equidade e de lealdade.³⁴⁷

Essa concepção tópica de pensar o direito difere de forma diametralmente oposta do “pensamento sistemático”. Este, por seu turno, é um modo de pensar que parte da premissa de unidade do sistema, o considera como uma totalidade unitária e encontra saídas para as questões suscitadas, com fundamento no próprio sistema jurídico.³⁴⁸

Os pensamentos tópico e sistemático não representam uma mútua antítese neutra, não se encontram isolados um em relação ao outro, constituindo um paradoxo em que, reciprocamente, a diferenciação substancial de um atua como fator de complementação do outro, contribuindo para o aprimoramento do direito.³⁴⁹

E na aplicação desse pensar tópico avulta uma aporia fundamental³⁵⁰, a de se apontar quais premissas, nesse local e exato momento histórico, representam o justo e consequentemente aquilo que verdadeiramente condiz com a boa-fé³⁵¹. Esses fundamentos servem de suporte a uma conclusão juridicamente viável acerca da subsistência da boa-fé, dentre outras teórica e igualmente possíveis e aceitáveis³⁵². Sob determinado ponto de vista, a idade, a profissão ou a classe social do sujeito ativo pode ter decisiva influência na

³⁴⁵ Em verdade, a tópica foi apresentada pelas mãos de Aristóteles, como integrante de sua obra denominada *Organon*, situada no ambiente dialético, cujos argumentos são essencialmente discutíveis, em contraposição ao terreno do apodítico, no qual predomina o raciocínio científico, de proposições verdadeiramente indiscutíveis (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 24).

³⁴⁶ Para Canaris, “todo pensamento científico é em geral pensamento problemático – pois um ‘problema’ nada mais é do que uma questão cuja resposta não é, de antemão, clara”, ou que, segundo Viehweg, aparentemente, permita mais do que uma resposta (CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 246).

³⁴⁷ HENKE, Horst-Eberhard, *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, cit., p. 57.

³⁴⁸ Ibidem, p. 57.

³⁴⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 273.

³⁵⁰ VIEHWEG, Theodor, op. cit., p. 33.

³⁵¹ Ibidem, p. 88.

³⁵² DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito*, cit., p. 490.

caracterização da boa-fé em determinado caso considerado e não deter o mesmo *status* em outras circunstâncias³⁵³. A relevância de cada tópico (*topos*) considerado, essencialmente variável, não é realizada *in abstrato*, sendo apontada e determinada segundo o lineamento da base empíricaposta diante do aplicador do direito. É, portanto, no momento da efetiva aplicação do direito, *in concreto*, que se procede à contextualização e a potencialidade da boa-fé, como moderadora e corretora da lei estrita.³⁵⁴

Tem a tópica, portanto, fundamental relevância no desenvolvimento do princípio da boa-fé objetiva e na dinâmica do direito, amoldando constantemente seu conceito à ordem jurídico-social contemporânea, ao permitir que a boa-fé represente uma questão constantemente emergida e que se renova a cada nova discussão.

A identificação da pauta de conduta. Essa atividade de descortinar a boa-fé objetiva, no cotejo com as particularidades de cunho fático que envolvem a crise de adimplemento, tem a relevante função pedagógica de projetar-se para o futuro como pauta de conduta aos jurisdicionados, verdadeiros destinatários das normas que, assim, guiar-se-ão e terão consciência de como agir em situações análogas³⁵⁵. Num estado de direito, permite-se, a partir do viés de segurança jurídica, ter uma relativa noção das consequências daquilo que nos envolvem. Qualquer advogado ou operador do direito está capacitado a tecer orientações jurídicas a partir da lei e dos precedentes que a informam.³⁵⁶

A confiabilidade que a sociedade deposita no direito depende, em certo sentido, de uma previsibilidade. Não basta a existência da norma impondo, pura e simplesmente, o dever de agir de acordo com uma matriz de comportamento; é preciso que os jurisdicionados

³⁵³ Para Teresa Arruda Alvim Wambier: “Está-se aqui diante de conceito que pode levar a decisões diferentes em face da mesma conduta, se forem diferentes também a classe social, a profissão o nível cultural do indivíduo, cuja conduta está sendo avaliada pelo intérprete.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 169).

³⁵⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 48.

³⁵⁵ Para Díez-Picazo: “Un Derecho judicial praeter legem o acaso contra legem tiene que tener un pasado y un futuro. Tiene que tener primero una cierta uniformidad; segundo, estar fundado en unos previos criterios homogéneos; y tercero, proyectarse hacia el futuro como criterio directivo que sea seguido por los particulares destinatarios de las normas y, de alguna manera, como línea de actuación por el subsiguiente Derecho judicial. [...] La necesidad de dotar de unidad u homogeneidad al Derecho judicial que irrumpre por la vía del principio de buena fe, obliga por una parte a una labor doctrinal, que es una labor de clasificación y de tipificación de las líneas de actuación de la jurisprudencia.” (DÍEZ-PICAZO, Luis, Prólogo, in *El principio general de la buena fe*, cit., p. 18).

³⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013. p. 433.

tenham acesso a uma relativa dimensão de seu verdadeiro sentido e alcance³⁵⁷. Essa exigência de prévia e adequada cognoscibilidade do direito traz para o meio social “expectativas generalizáveis sobre condutas, próprias e alheias”³⁵⁸ e condiz com a dimensão estática do princípio da segurança jurídica.³⁵⁹

Essa conjuntura, se bem aplicada, acalenta o espírito comum, traz tranquilidade e serenidade, reduzindo os níveis de beligerância no meio social e contribuindo para sua pacificação. Há, envolvendo essa questão, um círculo virtuoso: quanto maior e mais intensa for a exposição da boa-fé como objeto da atividade judicante, maior e mais clara será a noção da sociedade quanto ao seu real significado e alcance.

A pauta de conduta a servir como orientador para o destinatário recai não sobre o texto normativo, mas sobre a interpretação resultante desse mesmo texto, ou seja, sobre aquilo que dogmaticamente se denomina de “norma jurídica”. Somente a partir da adequada compreensão do texto normativo é que se pode adquirir a possibilidade de atuação segundo o modelo fornecido pelo objeto da interpretação.³⁶⁰

Adquirem importância, nesse cenário, elementos propiciados pela doutrina e, principalmente, pela jurisprudência, dado que é a autoridade judiciária que confere concretude ao sentido vago atribuído à boa-fé pelo legislador. Nesse sentido, o componente histórico atribuído à boa-fé em casos análogos é fator preponderante para a construção de uma decisão

³⁵⁷ Para Humberto Ávila, “para poder obedecer a uma norma jurídica o cidadão não apenas precisa ter acesso a ela, mediante a observância de requisitos que permitam considerá-la como existente e vigente; ele precisa, conjuntamente, ter a possibilidade de entender o que ela determina, proíbe ou permite” (ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 313).

³⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 60.

³⁵⁹ Para Humberto Ávila: “A dimensão estática do princípio da segurança jurídica diz respeito aos requisitos estruturais que o Direito deve reunir para servir de instrumento de orientação. Ela abrange, portanto, todos aqueles pressupostos sem os quais o cidadão não é capaz de propriamente se submeter ao Direito. Sendo assim, essa dimensão faz referência, fundamentalmente, aos problemas do conhecimento e da comunicação, procurando responder ao seguinte questionamento: Quais são os elementos necessários para que o cidadão possa, sem engano, livre e automaticamente, plasmar com dignidade o seu presente conforme o Direito?” (ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 313). Mais adiante, na mesma obra, o autor complementa sua ideia prelecionando que “para que se possa falar em segurança jurídica, como exigência de cognoscibilidade do Direito, é preciso que haja conhecimento mínimo a respeito da existência, da validade, da vigência e da eficácia das normas pelos seus destinatários; é preciso que eles saibam que a norma existe, que ela está produzindo efeitos e que será provavelmente cumprida institucionalmente, caso não obedecida espontaneamente. E, para que isso ocorra, os destinatários precisam entender a norma, compreender o seu sentido e sua extensão, conhecer o seu valor e as consequências do seu descumprimento” (Ibidem, p. 351).

³⁶⁰ ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 314.

justa, coerente com o sistema objetivo. Com efeito, conhecer os significados que ela efetivamente adquiriu, nos precedentes que a antecederam, levam o aplicador ao seu efetivo “campo de significados”, sempre renovado, em constante dinâmica.³⁶¹

Outros métodos de interpretação menos abrangentes mostram-se incompatíveis com a caracterização da boa-fé.³⁶²

7.2 O fundamento legal do *venire contra factum proprium* no âmbito material

Fundamento jurídico do comportamento contraditório. Estudar um instituto jurídico é descobrir sua gênese dentro do ordenamento jurídico, seu conteúdo, sentido e alcance, suas características essenciais. Essa descoberta do *substratum* do *venire contra factum proprium* exige a indicação do arcabouço normativo no qual está situado.

A afirmação de que o *venire contra factum proprium* é uma vertente da boa-fé objetiva, ou que representa uma violação dessa regra, é uma constante tanto na doutrina – desde Riezler – quanto na jurisprudência alemã³⁶³. O direito civil português dispõe que o titular de um direito que em seu exercício manifestamente exceda os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico, pratica o abuso do direito (art. 334 do CC português).³⁶⁴

No Brasil, como já ressaltado anteriormente, quando a teoria dos atos próprios foi de fato aplicada pelo STF, não havia um ato legiferante certificador de sua positivação no ordenamento jurídico processual pátrio. Logo, a teoria foi erigida como uma derivação da cláusula geral da boa-fé objetiva. Todavia, após a vigência do Código Civil de 2002, não havendo regra expressa regulamentadora, o *venire contra factum proprium* encontrou guarida

³⁶¹ MACÊDO, Lucas Buril de. A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 216, p. 394, fev. 2013.

³⁶² REALE Miguel, A boa-fé no Código Civil, cit., p. 2 [Versão online].

³⁶³ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 752.

³⁶⁴ Ibidem, p. 661.

e acomodação nas disposições que regulamentam os atos ilícitos, em decorrência do inadmissível exercício de posições jurídicas (CC, art. 187).³⁶⁵

Anderson Schreiber – autor da pioneira obra doutrinária exclusiva sobre o tema –, malgrado reconhecer haver lacuna normativa quanto à expressa positivação do *nemo potest venire contra factum proprium*, também atribui sua aplicabilidade a uma decorrência da cláusula geral da boa-fé objetiva (CC, art. 422)³⁶⁶. Nelson Rosenvald³⁶⁷, Teresa Negreiros³⁶⁸ e o próprio Anderson Schreiber³⁶⁹ culminam por conferir jaez constitucional ao fenômeno no plano material, ligando-o ao princípio da solidariedade social (CF, art. 3º) – o qual impõe o respeito e consideração à posição alheia e à confiança recebida e, por consequência, objurga a incoerência.

De forma semelhante, Luciano de Camargo Penteado aborda o comportamento contraditório como uma figura parcelar decorrente de uma cláusula geral impositiva da boa-fé objetiva (CC, art. 422).³⁷⁰

Dessarte, todo apoio dogmático do *venire contra factum proprium* na seara civilística está alicerçado na concretização da boa-fé objetiva.³⁷¹

7.3 O fundamento legal do *venire contra factum proprium* no âmbito processual

Fundamento jurídico do comportamento processual retroativo. A doutrina amplamente majoritária sustenta que o fundamento normativo do *venire contra factum*

³⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith, A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*, cit., p. 122. No mesmo sentido: FARIAZ, Cristiano Chaves de. A aplicação do abuso do direito nas relações de família: o *venire contra factum proprium* e a *supressio/surrectio*. p. 5. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadireito.com.br/images/a/Texto%20Cristiano.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2016; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 14, n. 55, p. 181-211, jul./set. 2013. [p. 7, versão online].

³⁶⁶ SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 107-109.

³⁶⁷ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 173. (Coleção Agostinho Alvim).

³⁶⁸ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 224-274.

³⁶⁹ SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 107-109.

³⁷⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo, Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*, cit., p. 11 [Versão online]. No mesmo sentido: DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, *Teoria dos atos próprios da boa-fé*, cit., p. 319.

³⁷¹ REALE Miguel, A boa-fé no Código Civil, cit., p. 2 [Versão online].

proprium non valet no meio processual está no artigo 5º do CPC/2015 – que estatui como norma fundamental do direito processual civil o dever de atuação no processo de acordo com a boa-fé objetiva. No regime anterior, disposição semelhante remanesceu no artigo 14 do CPC/73.

Para a ampla maioria integrante da *opinio doctorum*, o principal embasamento jurídico do *venire contra factum proprium* processual é a boa-fé objetiva, compreendida como um padrão de conduta leal, cooperativa e paradigmática, afrontador da confiança e justa expectativa despertadas na contraparte. Nesse sentido manifestam-se Arruda Alvim³⁷², Humberto Theodoro Júnior³⁷³, José Miguel Garcia Medina³⁷⁴, Fredie Didier Junior³⁷⁵, Antonio do Passo Cabral³⁷⁶, Ravi Peixoto³⁷⁷ e, como já consignado, Talita Macedo Romeu³⁷⁸, Larissa Gaspar Tunala³⁷⁹ e Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa e Fábio Lindoso e Lima³⁸⁰. A jurisprudência das Cortes Superiores – STJ e STF – segue a mesma linha teórica, creditando à boa-fé objetiva a aplicação do *venire contra factum proprium* no espectro processual.³⁸¹

³⁷² ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*: de acordo com o novo CPC, Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 130.

³⁷³ Para o processualista: “Na concepção atual da boa-fé objetiva, a função do *nemo potest venire contra factum proprium* corresponde, como já visto, à tutela da confiança. A incoerência é um dos fatores importantes na espécie, mas não é decisiva. Só o será se conjugada com a confiança legítima previamente gerada no espírito da contraparte.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, Processo justo e boa-fé objetiva: repulsa aos atos contraditórios e desleais – *venire contra factum proprium, suppressio, surrectio e tu quoque*, in *40 anos da teoria geral do processo*: passado, presente e futuro, cit., p. 482). Mais recentemente: THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, cit., v. 1, p. 80.

³⁷⁴ MEDINA, José Miguel Garcia, *Novo Código de Processo Civil comentado*: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973, cit., p. 48-49.

³⁷⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., v. 1, p. 431.

³⁷⁶ CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais, cit., p. 313-314.

³⁷⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 99.

³⁷⁸ ROMEU, Talita Macedo, *A proibição de comportamento contraditório aplicada ao direito processual civil*, cit., p. 29.

³⁷⁹ TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório*: a proibição de *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro, cit., p. 271-272.

³⁸⁰ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso e. A contradição externa e o *venire contra factum proprium*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais v. 40, n. 245, p. 111, jul. 2015.

³⁸¹ “A propositura, no Brasil, da mesma ação proposta perante Tribunal estrangeiro, porém, consubstancia comportamento contraditório da parte. Do mesmo modo que, no direito civil, o comportamento contraditório implica violação do princípio da boa-fé objetiva, é possível também imaginar, ao menos num plano inicial de raciocínio, a violação do mesmo princípio no processo civil. O deferimento de medida liminar tendente a suspender todos os atos para a execução da sentença estrangeira, portanto, implicaria privilegiar o comportamento contraditório, em violação do referido princípio da boa-fé.” (STJ – MC n. 15.398/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.04.2009, *DJe*, de 23.04.2009). No mesmo sentido: STJ – REsp n. 1.096.639/DF, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.12.2008, *DJe*, de 12.02.2009; STJ – REsp n. 1.116.574/ES, 3ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 14.04.2011, *DJe*, de 27.04.2011; STJ – REsp n. 1.087.163/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.08.2011, *DJe*, de 31/08/2011, *RIOBDF* 73/38; STJ – AgR REsp n. 1.280.482/SC, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 07.02.2012, *DJe*, de 13.04.2012.

A pragmática dos tribunais – principalmente das Cortes Superiores –, semelhantemente, acompanhando o norte trilhado pelos teóricos, credita o comportamento retroativo processual à boa-fé objetiva.

A positivação pelo CPC/2015. A presente tese científica tem por escopo demonstrar que o *nemo potest venire contra factum proprium* é uma decorrência do princípio da irretroatividade no processo civil, ao coibir a retroação indevida do curso processual propiciada por comportamentos processuais dos entes processuais ao mesmo tempo contraditórios e retroativos.

Mesmo que não tivesse positivada a regra defluiria do sistema. Conforme se verá com maior detalhamento mais adiante, o princípio constitucional da irretroatividade decorre do Estado de Direito (CF, art. 1º) e, mais especificamente, do princípio da segurança jurídica. Como princípio integrante das garantias constitucionais, funciona como verdadeiro cânones do direito, como mandamento nuclear. Esse fator de irretroatividade atua sobre a totalidade do direito.

E se, por outro lado, a *ratio legis* da norma constitucional foi salvaguardar, objetivamente considerada, a estabilidade das situações jurídicas consolidadas – em respeito à legítima confiança e à justa expectativa manifestada –, não poderiam ficar de fora, como efetivamente não ficam, os *comportamentos processuais retroativos*, igualmente nocivos à segurança jurídica.

Sob tais premissas, pode-se afirmar que o *venire contra factum proprium* foi positivado pelo legislador do CPC/2015, ao ordenar que “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada” (CPC, art. 14).

A norma reproduziu – em nível infraconstitucional –, valendo-se de uma cláusula geral, o princípio da irretroatividade, assumindo a condição de propugnáculo da miríade valorativa extraível do *venire contra factum proprium* no processo. Fez o legislador questão de registrar sua intenção de não permitir a vulneração dos atos processuais praticados e das situações jurídicas consolidadas.

Dessarte, deve ser visto o dispositivo citado precipuamente como bastião da segurança jurídica, do curso avante da marcha processual, de modo que se a lei não pode retroceder (CPC, art. 14) e a interpretação da lei, outrossim, também não pode (CPC, art. 927, § 3º), é curial que atos processuais também não possam deter eficácia *ex tunc*, de modo a se premiar aquele que laborou em desacordo com a boa-fé objetiva.

Se comportamentos considerados iníquos e abusivos prejudicam francamente o desenvolvimento do curso processual – e reflexamente a confiança e boa-fé dos demais entes processuais –, é plenamente consonante com o direito que não possam ostentar eficácia retrospectiva. Sabiamente, Humberto Theodoro Júnior propugna que “não se poderá tolerar que os responsáveis por uma eventual ilegalidade sejam premiados com a manutenção dos efeitos de seus atos ilegais”.³⁸²

Essas três formas distintas de retroeficácia indevida – da lei, da jurisprudência e dos atos processuais – merecem idêntico tratamento jurídico, pois que onde subsistirem as mesmas razões, deverá ser ministrada a mesma interpretação.

Portanto, para os desígnios do presente estudo, a base legal precípua para a aplicação do *venire contra factum proprium* no processo está no artigo 14, e não na cláusula geral da boa-fé objetiva positivada no artigo 5º.

Deveres dos partícipes do processo. Os sujeitos processuais possuem deveres ligados à lealdade e cooperação, e estão voltados a dar concretude ao princípio geral de boa-fé (CPC, art. 5º). Os principais desses deveres estão elencados no artigo 77, podendo-se destacar o dever de (III) “não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários”. Aludidos deveres ético-processuais obrigam todos os agentes que, de alguma forma, participam da relação jurídica processual³⁸³, cabendo ao juiz, quando possível, indeferir as pretensões abusivas de plano (CPC, art. 370).

³⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização: Lei 13.105, de 16.3.2015.* Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 211.

³⁸³ “O dever de lealdade processual obriga a todos os agentes que influenciam na condução do processo: Magistrados, Membros do Ministério Público, Partes, Advogados, Peritos, Serventuários da Justiça e Testemunhas. O processo é instrumento de efetivação das normas, cuja finalidade primordial é a de manutenção do equilíbrio social, cabendo ao Magistrado competente verificar se os ditames do Princípio da Lealdade estão sendo observados por todos aqueles que participam do desenvolvimento processual” (STJ – AgR HC n. 167.006/SP, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 11.05.2010, *DJe*, de 31.05.2010).

O descumprimento desses deveres implicará na condenação do ímprebo nas penas da litigância de má-fé, de forma a recompor as perdas e danos suportados pelo ente diretamente prejudicado pela desleal atitude (CPC, art. 79), além de aplicar-lhe multa variável de 1 a 10% – a critério do juiz – sobre o valor corrido da causa ou multa no valor igual ou inferior a 10 salários mínimos, nas causas de pequeno valor (CPC, art. 81, *caput* e § 2º).

Dentro da perspectiva do presente trabalho, a retroação indevida representa um ato inútil – porque não traz qualquer utilidade ao desenvolvimento da marcha processual –, nem se mostra essencial ou indispensável para a consecução de seus fins, de sorte que, ao assim agir o partícipe do processo, descumpre a lealdade processual³⁸⁴. Assim, *verbi gratia*, se a parte, na execução, indica bem de sua titularidade à penhora, a ulterior alegação de sua impenhorabilidade absoluta posteriormente à adjudicação do bem representa um ato inútil e desnecessário, não tendo o potencial de romper a situação jurídica consolidada³⁸⁵; se as partes requereram o julgamento antecipado da lide, a posterior apelação por cerceamento de defesa propiciado pelo julgamento antecipado de improcedência é providência inútil e desnecessária, insuscetível de modificar a realidade da sentença³⁸⁶; se o juiz determina à parte que recolha o preparo inicial, o que é feito incontinenti, a extinção do processo sem julgamento de mérito configura comportamento contraditório e incompatível com aquele anteriormente exercido, além de inútil³⁸⁷. Em todos esses exemplos de comportamento retroativo processual, vê-se nitidamente caracterizada a deslealdade processual, com o potencial ou efetivo desperdício de atividade judicante, comprometendo investimentos de tempo, meios e recursos de modo totalmente infrutífero³⁸⁸. São atos que importam ou na estagnação ou na retroação indevida da marcha processual. Daí a razão pela qual há de corretamente se considerar a prática do *venire contra factum proprium* processual um comportamento desleal e ofensivo à boa-fé objetiva.

É claro que o inciso III do artigo 77 do CPC não trata somente das atitudes dos partícipes que configurem um comportamento retroativo, mas sim toda e qualquer conduta que possa caracterizar “*atos inúteis ou desnecessários*”, sejam eles contraditórios ou não.

³⁸⁴ Como já teve oportunidade de decidir o STJ: “É consectário do Princípio da lealdade processual, a impossibilidade de se pleitear pretensões descabidas, inoportunas, tardias ou já decididas, que somente servem para contribuir com o abarrotamento dos Tribunais.” (STJ – AgR HC n. 215.050/AC, 5ª T, rel. Min. Laurita Vaz, j. 06.09.2011, *DJe*, de 22.09.2011).

³⁸⁵ STJ – REsp n. 1.365.418/SP, 4ª T., rel. Min. Marco Buzzi, j. 04.04.0213, *DJe*, de 16.04.2013, RP 221/505.

³⁸⁶ STJ – ED AgR Ag n. 1.023.655/SP, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 14.10.2010, *DJe*, de 06.10.2010; STJ – REsp n. 876.682/PR, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.06.2010.

³⁸⁷ STJ – REsp n. 1.116.574/ES, 3ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 14.04.2011, *DJe*, de 27.04.2011 (2ª menção).

³⁸⁸ STJ – HC n. 171.753/GO, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 04.04.2013, *DJe*, de 16.04.2013.

Assim, o dispositivo em comento configura base legal da regra que veda o *venire contra factum proprium* no processo.

7.3.1 Outras hipóteses de retroação processual indevida positivadas pelo CPC/2015

O impedimento criado. O CPC criou novas modalidades de impedimento do juiz e, dentre elas, a que veda a propositada criação de fato superveniente, a fim de caracterizar impedimento do juiz (CPC, art. 144, § 2º). Aqui se pode considerar esse dispositivo como hipótese de incidência do apotegma *venire contra factum proprium*. Cabe um exemplo elucidativo. A parte contrata advogado e ingressa com a ação, que é distribuída para determinada vara do foro local. Já sabendo de antemão a posição que o juiz adota acerca do direito debatido e consequentemente o destino de sua demanda, destitui seu advogado e contrata outro, a fim de configurar a nova hipótese de impedimento positivada no inciso VIII do artigo 144 do CPC. A substituição do patrono, especificamente realizada para gerar o impedimento juiz – forçando automaticamente sua substituição – constitui, além de uma burla ao princípio do juiz natural, uma retroação inadmissível, fazendo emergir a regra que veda o *venire contra factum proprium* no processo.

A previsão legal do comportamento processual retroativo praticado pelo juiz. Veda o artigo 14 do CPC que uma decisão judicial possa retroagir, em afronta aos atos processuais praticados e às situações jurídicas consolidadas com arrimo em decisão judicial anteriormente prolatada. É a regra geral do *venire contra factum proprium* judicial.

Mas o artigo 240, parágrafo 3º, positivou outra modalidade de comportamento processual retroativo direcionada ao Estado-juiz. A disposição legal prescreve que realizada a *citação do réu* nos dez dias subsequentes ao despacho ordinatório, o prazo prescricional considerar-se-á retroativamente interrompido na data de protocolo da petição inicial (CPC, art. 240, §§ 1º e 2º c/c art. 312). Contudo, se o decêndio for extrapolado por uma desídia imputável ao serviço judiciário, o prazo prescritivo não incidirá, conforme expressa

disposição legal (CPC, art. 240, § 3º). Ainda sob a vigência do CPC/73, o STJ editou a Súmula n. 106 sobre a questão.³⁸⁹

A disposição incorporou na legislação uma regra que já vinha sendo amplamente aplicada na jurisprudência das Cortes Superiores e que, em verdade, se irradia para o Poder Público em geral, abrangendo todas as suas esferas e conformações – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.³⁹⁰

A disposição torna positivada uma hipótese de *venire contra factum proprium* judicial. Nesse caso, na primeva conduta – o *factum proprium* – ocorre uma falha na condução do processo unicamente atribuível ao serviço judiciário. Destoando da boa-fé objetiva, o juiz ignora a falha a ele imputada e, ato contínuo, acaba prejudicando a parte, reconhecendo a consumação da prescrição em desfavor da parte, exatamente pelo escoamento do prazo.

Inegavelmente, ao assim agir o juiz pratica uma regressão indevida no curso procedural, aplicando uma eficácia jurídica distinta daquela propiciada pelo *factum proprium* – o erro no funcionamento do serviço jurisdicional do Estado.

³⁸⁹ Seu enunciado estatui que: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou de decadência.” (STJ – Corte Especial – j. 26.05.1994, *DJ*, de 03.06.1994, *RT* 705/198).

³⁹⁰ “A parte não pode ser prejudicada por erro administrativo do Tribunal, que deixa de encaminhar, ao protocolo competente, o original da petição recursal, no mesmo dia em que recebida, ensejando equivocado julgamento, em 01/04/2014, pelo não conhecimento dos Embargos de Declaração, por não encaminhado o original do recurso, ao STJ, no prazo do art. 2º, *caput*, da Lei 9.800/99.” (RCD ED REsp n. 1.405.787/RS, 2ª T., rel. Assusete Magalhães, j. 05.06.2014, *DJe*, de 13.06.2014); “1. A parte não pode ser prejudicada por ato imputável à Fazenda Pública, ainda que a entidade que promoveu a execução sustente que se embasou em equívoco de outro órgão, também pertencente ao Estado, para demandar. 2. A Fazenda exequente é representada pelo complexo de seus órgãos, por isso que não pode pretender eximir-se de suas responsabilidades judiciais ou extrajudiciais, fragmentando a sua unidade perante o particular. 3. *In casu*, o cartório estadual – por equívoco consistente na expedição de certidão atestando o trânsito em julgado da ação cautelar fiscal que atribuíra à Fazenda Pública honorários advocatícios – induziu-a à execução, razão pela qual pretende escusar-se de pagar honorários resultantes de embargos procedentes, sob a alegação de que outro órgão da Administração Pública, sem personalidade jurídica própria, incitou-a à demanda açodada. 4. Vencida a Fazenda em embargos, cumpre pagar os honorários, impassíveis de serem revistos *tout court*, salvo alegação de irrisoriedade ou exorbitância.” (STJ – REsp n. 740.721/RS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 03.05.2007, *DJe*, de 04.06.2007, p. 305); “1. O Art. 66 do RISTJ determina que as petições e os processos serão registrados no protocolo da Secretaria do Tribunal no mesmo dia do recebimento. 2. A parte não pode ser prejudicada por erro administrativo do Tribunal, que deixa de encaminhar ao protocolo a petição recursal no mesmo dia em que recebida. 3. É tempestivo recurso que, postado nos Correios, comprovadamente chega ao STJ dentro do prazo recursal, mesmo que a etiqueta de protocolo indique registro em data diversa. 4. A Súmula 216 proíbe, apenas, que se considere para efeito de tempestividade a data em que o recurso foi postado na agência dos Correios.” (STJ – AgR AgR ED AI n. 482.484/RJ, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 29.11.2006, *DJ*, de 18.12.2006, p. 361).

Explica-se: a parte adota tempestivamente as medidas aptas à viabilização da citação, quando ocorre um desserviço judiciário que culmina por acarretar a extração do prazo previsto no mandamento legal. Consolidada essa situação jurídica, a consequência do ordenamento jurídico seria o juiz, invalidando o ato processual viciado, reconhecer a ineficácia da prescrição, porque a perda do prazo legal não decorreu de culpa do autor. No entanto, o juiz, literalmente “voltando-se contra seu próprio ato”, manifesta conduta contraditória e retroativa, aplicando à situação jurídica a eficácia do ato reputado ilegal, oposta àquela derivada do *factum proprium*.

Importante salientar que também nesse caso a lei disse menos do que queria – *dixit minus quam voluit* –, pois o tipo legal não se restringe ao ato citatório, admitindo-se que haja subsunção a ele em toda e qualquer circunstância em que a parte seja prejudicada por um mau funcionamento derivado da atividade jurisdicional.

Assim, o lapso do cartório ao elaborar o mandado de citação, consignando prazo de contestação maior do que o previsto, pode dar ensejo ao *venire contra factum proprium*, caso a parte seja penalizada pela contestação fora do prazo. A jurisprudência é pródiga em casos que se amoldam à disposição.³⁹¹

Note-se que a jurisprudência do STJ caminha exatamente nesse sentido: não pode o juiz determinar à parte que recolha o preparo inicial e, ato contínuo, mesmo após o cumprimento de sua ordem, extinguir a demanda sem julgamento de mérito exatamente por ausência do preparo inicial, com base no artigo 257 do CPC. Isso configura um comportamento contraditório, violando o princípio da boa-fé objetiva³⁹² e que “se o juiz homologa pedido das partes de suspensão do processo, não se pode admitir que, logo em seguida, contraditoriamente sentenciar o feito com a considerar o início do prazo recursal, sob

³⁹¹ “A parte não pode ser prejudicada por erro administrativo do Tribunal, que deixa de encaminhar, ao protocolo competente, o original da petição recursal, no mesmo dia em que recebida, ensejando equivocado julgamento, em 01/04/2014, pelo não conhecimento dos Embargos de Declaração, por não encaminhado o original do recurso, ao STJ, no prazo do art. 2º, *caput*, da Lei 9.800/99.” (STJ – RCD ED REsp n. 1.405.787/RS, 2ª T., rel. Min. Assuete Magalhães, j. 05.06.2014, *DJe*, de 13.06.2014. No mesmo sentido: AgR AgR ED Ag n. 482.484/RJ, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 29.11.2006, *DJ*, de 18.12.2006, p. 361). “Havendo documento oficial declarando a ocorrência de erro no distribuidor judicial, deve a certidão de trânsito em julgado ser declarada nula e reconhecer a tempestividade do recurso de apelação apresentado dentro do prazo legal. A parte não pode ser prejudicada por erros internos.” (TJSP – AI n. 2169838-19.20104.8.26.0000, 1ª Câm. Res. Meio Ambiente, rel. Des. Marcelo Berthe, j. 18.06.2015, Reg. 22.06.2015).

³⁹² STJ – REsp n. 1.116.574/ES, 3ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 14.04.2011, *DJe*, de 27.04.2011 (3ª menção).

pena de incidir em *venire contra factum proprium*³⁹³. “Informações prestadas pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário são oficiais e merecem confiança. Bem por isso, eventual erro nelas cometido constitui ‘evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato’.”³⁹⁴

Assim, a disposição do artigo 240, parágrafo 3º, malgrado estar topologicamente inserida no capítulo destinado à citação, deveria ter capitulação no título relativo à nulidade dos atos processuais (CPC, arts. 276 a 283), regulamentando todo e qualquer prejuízo advindo de um erro imputável ao Poder Judiciário, por meio de qualquer um de seus entes.

7.3.2 Norma de ordem pública

Travar um conceito sobre a ordem pública não é tarefa fácil, diante de sua não univocidade. Entretanto, para as pretensões de estudo, pode-se conceituá-la, no processo, como o acervo de disposições legais – disponíveis às partes ou ao juiz – destinadas a controlar a regularidade do processo, para que os escopos da jurisdição sejam alcançados, com eficiência, celeridade, economia e racionalidade, respeitado o contraditório, e que apenas excepcionalmente devem conduzir à extinção anômala do processo ou impedir o julgamento de mérito.³⁹⁵

O STF já teve oportunidade de consignar que “as normas processuais são de ordem pública exatamente para a garantia das partes e a segurança de seus direitos, e tanto mais se afirmam quanto mais sejam provenientes de preceitos constitucionais, de ordem imperativa e gênese determinante”.³⁹⁶

³⁹³ STJ – REsp n. 1.306.463/RS, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 04.09.2012, *DJe*, de 11.09.2012, *RSTJ* 228/248.

³⁹⁴ STJ – REsp 390.561/PR, 1ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18.06.2002, *DJ*, de 26.08.2002, p. 175, *RSTJ* 162/116.

³⁹⁵ Para Aprigliano: “A ordem pública processual pode ser definida como o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo, necessariamente voltadas para o objetivo maior de permitir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade, regras que devem ser suscitadas pelas partes ou pelo magistrado com obrigatoriedade observância do contraditório, e que apenas excepcionalmente devem conduzir à extinção anômala do processo ou impedir que se realize o julgamento quanto ao mérito do litígio.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 106. (Coleção Atlas de Processo Civil – Coordenação de Carlos Alberto Carmona)).

³⁹⁶ STF – ED RE n. 168.977-7/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12.12.1995, *DJU*, de 29.03.1996, p. 29.354.

Há, via de regra, diante da ordem pública, uma supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado dos litigantes. O caráter eminentemente publicista da relação processual restringe ou subtrai a autonomia da parte³⁹⁷. Essa indisponibilidade decorrente da ordem pública tem em consideração o zelo ao adequado exercício da jurisdição, impondo ao juiz adotar providências tendentes à manutenção das diretrizes institucionalmente almejadas, mesmo diante da inércia das partes em provocá-las.³⁹⁸

No processo civil nacional, a ordem pública está latente nos mais importantes aspectos da dogmática, como, v.g.: a) na inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV); b) na garantia do juiz natural, na imparcialidade do juiz e na competência absoluta; c) no impulso *ex-officio*; d) na livre investigação das provas, na liberdade de convencimento e no dever de fundamentação das decisões; e) no conhecimento de ofício das objeções; f) nas nulidades absolutas; g) nas indisponibilidades; h) no contraditório efetivo e equilibrado; i) na ampla defesa; j) na autoridade do juiz, seu poder de polícia, dever de lealdade, repulsa à litigância de má-fé e atos atentatórios à dignidade da Justiça (*contempt of court*); e, k) na tutela penal proveniente das infrações ao processo. Essas evidências, vale enfatizar, apontam para o fato inequívoco de que o processo civil está vertido à proteção de uma ordem superior de princípios e valores que estão acima dos interesses controvertidos e que se destinam ao bem comum, como objetivo-síntese do Estado moderno.³⁹⁹

As disposições infraconstitucionais que fornecem o suporte legal necessário à vedação do *venire contra factum proprium* processual evidenciam natureza jurídica de normas de ordem pública, em que sobressai o elevado interesse público, cogentes e imperativas e que não admitem transação sobre seu objeto, exceto quanto à eventual expressão econômica delas decorrentes⁴⁰⁰. Como normas de ordem pública processual, são aptas a controlar o tempo do processo, permitindo a consecução de seus objetivos com eficiência, celeridade e, consequentemente, estabilidade.

Na medida que a ordem pública não necessita ser deduzida em juízo, pois o juiz pode e deve delas conhecê-las de ofício, como corolário da não adstrição ao princípio da

³⁹⁷ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Embargos infringentes e matéria de ordem pública. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 26, n. 102, p. 305, abr./jun. 2001.

³⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 64.

³⁹⁹ Ibidem, p. 59.

⁴⁰⁰ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 239.

congruência, descabe se falar em decisão *ultra* ou *extra petita* quando não se encontram expressas no pedido e o juiz, apesar disso, sobre elas emite pronunciamento⁴⁰¹. Em razão disso, o comportamento retroativo processual pode e deve ser apreciado de ofício pelo juiz, independentemente da alegação da parte ou do interessado.

Por outro lado, exatamente por conformar matéria de ordem pública, não pode o juiz eximir-se da aplicação do *venire contra factum proprium* processual, quando presentes estiverem seus requisitos pressupostos na norma. A inobservância das regras que o preveem implica em *error in procedendo*, caracterizando a nulidade absoluta da decisão judicial que o envolve.

⁴⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson. Creditamento do IPI: produtos isentos e não tributários. In: SOLUÇÕES práticas de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3, p. 469. [p. 24, versão online].

8 PERFILHAMENTO AXIOLÓGICO

Os valores são atingidos naturalmente pelo respeito à forma. A conversão do valor em realidade é possível em razão das estruturas formais aptas a fornecerem ao jurista racionalidade, distinção e clareza que, por sua vez, lhe propiciam certeza e segurança. A norma impõe obrigatoriamente o respeito à forma, a fim de obter racionalmente a conversão do elemento axiológico – do dever ser – para o teleológico, finalístico. A finalidade almejada somente é fixada em razão de um valor previamente estabelecido, e sua consecução é obtida seguindo-se a forma preconizada na norma⁴⁰². Assim, ao se lograr albergar tutelar os valores pretendidos, necessariamente se atinge a finalidade.

Para concluir tais ilações, mostra-se de fundamental relevância traçar o plexo valorativo tutelável por meio do *venire contra factum proprium* no processo.

Geralmente, os valores albergados pela norma não se encontram estampados no texto legal. Exceção é o artigo 927, parágrafo 3º do CPC.

8.1 Os valores tutelados pela vedação ao comportamento contraditório – espectro material

8.1.1 Boa-fé objetiva

Conceito da boa-fé objetiva. Naquilo que é possível precisar, Díez-Picazo define a boa-fé como “*un standard o un modelo ideal de conducta social. Aquella conducta social que se considera como paradigmática*”⁴⁰³. Para Emilio Betti, a boa-fé “continua a ser o sumo critério de valoração das obrigações contratuais recíprocas”⁴⁰⁴. Miguel Reale pontua que a boa-fé “apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal”⁴⁰⁵. E Judith Martins-Costa, respaldando-se na acepção da exegese do § 242 do Código Civil alemão (BGB), vê a

⁴⁰² REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, cit., p. 545.

⁴⁰³ DÍEZ-PICAZO, Luis, Prólogo, in *El principio general de la buena fé*, cit., p. 12.

⁴⁰⁴ BETTI, Emilio, *Teoria geral do negócio jurídico*, cit., v. 1, p. 91.

⁴⁰⁵ REALE Miguel, A boa-fé no Código Civil, cit., [p. 2, versão online].

boa-fé objetiva 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”⁴⁰⁶. Para Henke, a boa-fé não significa, bem entendida, outra coisa que fazer tudo aquilo que corresponda, no caso concreto, à solidariedade, lealdade e diligência⁴⁰⁷. Para nós, a boa-fé objetiva é o desempenho de liberdade sem descurar da consideração alheia.

Boa-fé e bons costumes. Quando, eventualmente, a conduta a ser judicialmente avaliada não envolver uma relação jurídica que vincule mais de uma parte, de bons costumes estará se tratando, e não propriamente de boa-fé, pois o que diferencia tais institutos é justamente a existência ou inexistência de liame obrigacional⁴⁰⁸. Assim, não havendo no mínimo uma dualidade de partes e um conectivo obrigacional, não há que se falar em boa-fé objetiva.

Diferenciação entre a boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. Esta noção condiz com a boa-fé objetiva, de cunho eminentemente ético, que difere radicalmente da boa-fé subjetiva⁴⁰⁹. A vertente subjetiva da boa-fé, em verdade, condiz com o estado de espírito do sujeito de direito no momento da prática do negócio e que produz efeitos jurídicos favoráveis, implementando-se quando, em determinado momento histórico, era ele detentor de uma convicção de estar agindo em conformidade com o direito de certo ato ou negócio jurídicos⁴¹⁰. A boa-fé subjetiva conforma, portanto, um estado anímico e a objetiva uma regra de conduta.

⁴⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 412.

⁴⁰⁷ HENKE, Horst-Eberhard, *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, cit., p. 66-67.

⁴⁰⁸ ROSENVALD, Nelson, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, cit., p. 82. No mesmo sentido: HENKE, Horst-Eberhard, op. cit., p. 260.

⁴⁰⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 24. Cunha de Sá refuta tal classificação por entender que “se a boa fé como estado de espírito é essencialmente cognitiva, a actuação segundo a boa fé é resultado de uma originária vontade na direção para que aquela aponta e, em tal medida, também psicológica; depois porque o qualificativo ‘ético’ subtrai (ou pelo menos parece subtrair) o conceito ao campo próprio da juridicidade e remetê-lo para outro complexo normativo, que desta se pressupõe distinto” (SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso do direito*, cit., p. 171).

⁴¹⁰ SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso do direito*, cit., p. 165.

Nesse caso, a ausência de boa-fé (subjetiva) compõe o enquadramento fático necessário para que haja determinada consequência jurídica prevista no tipo legal.⁴¹¹

São conceitos relativamente independentes, pois o sujeito pode estar subjetivamente agindo de boa-fé – desconhecendo a situação antijurídica em que incide –, mas não estar procedendo de acordo com a boa-fé objetiva. A recíproca, porém, não é verdadeira, sempre que agir de má-fé estará forçosamente agindo também contra a boa-fé objetiva, pois esta atuação, segundo a boa-fé objetiva, não deixa de ser a manifestação de uma vontade, sendo, portanto, um conceito igualmente atrelado à psique.⁴¹²

As três funções da boa-fé. Buscando a sistematização da boa-fé objetiva no cenário germânico, Franz Wieacker⁴¹³ elaborou um estudo com ampla profusão no direito continental europeu, idealizado a partir direito romano e no § 242 do BGB, propondo a existência de três diferentes funções para a boa-fé objetiva⁴¹⁴: a) como ferramenta de concreção da norma jurídica, quando o juiz interage com a boa-fé, como instrumento de realização do plano de valoração prescrito pelo legislador, a partir de ambientes lacunosos, é dizer, atua o juiz dando concreção aos textos legais, utilizando-se de valores previstos no ordenamento jurídico, particularmente em relação ao direito obrigacional, estribado na boa-fé objetiva (*officium iudicis*)⁴¹⁵; b) como máxima de conduta ético-jurídica, quando o juiz atua com maior liberdade e *praeter legem*, indo além do texto legislativo – contudo, não contrário a este –, impondo às partes, mutuamente, um comportamento ético-jurídico⁴¹⁶; e, c) como meio de ruptura ético-jurídica, em que o juiz atua *contra legem*, podendo se incluir as hipóteses de

⁴¹¹ Confira-se, a propósito, o caso do possuidor de boa-fé ou de má-fé – seja no direito das obrigações (CC, arts. 242, 295, 878 e 897) ou nos direitos reais (CC, arts. 1.216 a 1.222) –, do adquirente de boa-fé, do casamento putativo (CC, art. 1.561), do devedor que paga de boa-fé ao credor putativo (CC, art. 309). Essa diferenciação, como será abordado mais adiante, não se restringe ao âmbito material, atuando da mesma forma no plano processual. Vê-se, em todas essas hipóteses retratadas, um poder de sanação atribuído à boa-fé subjetiva, com supressão de nulidades e incapacidades, além de expurgação de determinados vícios (MILHOMENS, Jônatas, *Da presunção de boa-fé no processo civil*, cit., p. 11).

⁴¹² SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso do direito*, cit., p. 171.

⁴¹³ WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fé*, cit., p. 51.

⁴¹⁴ A classificação trilhada por Wieacker foi duramente criticada por Menezes Cordeiro, exatamente por não vislumbrar propriamente uma suficiente sistematização da boa-fé em suas ideias. Malgrado a crítica, reconhece o valor do estudo, ao aduzir que: “Os méritos da construção wieackeriana, sob cuja simplicidade subjaz uma cultura histórica e jusprivatística muito vasta, são inegáveis. Redundam, sobretudo, numa redução dogmática incisiva que permite aos estudiosos uma apreensão global da boa fé nas suas manifestações multifacetadas no que, de outra forma, se tornaria em tarefa fastidiosa de retenção de uma casuística desencontrada.” (CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1.129-1.130).

⁴¹⁵ WIEACKER, Franz, op. cit., p. 52.

⁴¹⁶ Ibidem, p. 51.

aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e onerosidade excessiva, em nome de um princípio material de equivalência das contraprestações.⁴¹⁷

No direito brasileiro, a tradicional classificação preconizada também foi largamente difundida e, pode-se dizer, aprimorada – na doutrina e jurisprudência –, onde tais funções são retratadas da seguinte forma:

a) função hermenêutica da boa-fé. Há uma equivocada inteligência envolvendo a hermenêutica, no sentido de que quando uma norma é suficientemente clara, não haveria necessidade de interpretá-la, pois *in claris non fit interpretatio*. Em verdade, o hermeneuta há sempre de perscrutar acerca da verdadeira *ratio legis*, buscando o elemento teleológico e cotejando-o com a unidade e coerência do ordenamento.⁴¹⁸

Quando se trata do direito, tudo deve ser objeto de interpretação. Assim, para Emilio Betti, tudo aquilo que nos chega por meio dos sentidos, a partir do espírito alheio, aguça a sensibilidade e inteligência, a ponto de se querer buscar uma adequada compreensão⁴¹⁹. Nesse sentido, não há campo mais profícuo para o desenvolvimento da hermenêutica que o do direito civil, apto a grande confluência de relações intersubjetivas que propiciam a busca de critérios para a solução de conflitos – valendo-se da adequada compreensão dos textos normativos ou dos vínculos contratuais –, e de onde emergiram cânones hermenêuticos fundamentais⁴²⁰. Segundo Gadamer, interpretar a lei é concretizá-la no momento de sua aplicação – tarefa reservada ao juiz –, não por meio de convicções pessoais, de arbitrariedades, mas sobretudo considerando uma ponderação justa do conjunto⁴²¹. Esse exercício de inteligência vai ao encontro daquilo que Betti denominou de “cânone da totalidade e coerência da consideração hermenêutica”⁴²² e que concerne à consideração de uma inteireza presente, de uma plenitude, na qual o objeto a ser interpretado não deve ser atomicamente considerado, fazendo parte, em verdade, de uma entidade maior, a ser unitariamente perscrutada no mister interpretativo. O aplicador do direito deverá sempre analisar o conteúdo, à luz da apreciação unitária e totalitária do continente, procedendo à harmonização entre um e outro.

⁴¹⁷ WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fé*, cit., p. 74-76.

⁴¹⁸ BETTI, Emilio, *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*, cit., p. 231.

⁴¹⁹ Ibidem, p. XXXIII.

⁴²⁰ Ibidem, p. XLII-XLIII.

⁴²¹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, cit., p. 432-433.

⁴²² Já retratado quando abordada a questão da não contradição da argumentação jurídica. A propósito, também ver: MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 430-431.

Essa adequada exegese para nossas pretensões está positivada no Código Civil italiano⁴²³ e no § 157 do BGB que, impondo as vertentes de confiança e lealdade no trato negocial, amolda-se perfeitamente ao cenário brasileiro, tanto com relação à interpretação dos preceitos jurídicos – que deverão ser apreciados em cotejo com a unidade do ordenamento jurídico –, quanto às cláusulas contratuais, a serem avaliadas em seu conjunto. A despeito da disposição legal expressamente prevendo a função integradora da boa-fé só aos negócios jurídicos, no Brasil ela igualmente se aplica às demais normas e disposições legais (CC, art. 113).⁴²⁴

Essa função de integração atribuída à boa-fé, importa ressaltar, somente atua diante da subsistência de uma lacuna ou obscuridade no objeto a ser interpretado, caso contrário atuará na questão outra função a ela igualmente atribuída. Nesse sentido, o aplicador do direito se vale da boa-fé para resgatar a gênese da intenção comum, diante de lacunas ou obscuridades presentes na avença, devendo, nesse mister, imprimir uma interpretação que, em sua essência e conjunto, melhor se amolde aos ditames de probidade, de honestidade, retidão, lealdade e confiança, ou da forma que seu destinatário poderia, de forma refletida e sensata, compreender, à luz de um paradigma de atuação⁴²⁵. Relativizando eventualmente a autonomia de vontade, até mesmo em nome da função social do contrato, de uma solidariedade que deve reinar no âmbito negocial, o juiz obstará, dentro da função hermenêutica, que uma das partes se sobreponha maliciosamente sobre a outra, impondo o prevalecimento de um espírito de cooperação e solidariedade, devendo considerar também, para tanto, os usos do local de sua celebração, não permitindo que o contrato destoe de suas finalidades intrínsecas.⁴²⁶

⁴²³ Artigo 1.363 do Código Civil italiano: “Interpretação global das cláusulas. As cláusulas do contrato se interpretam umas pelas outras, atribuindo a cada uma o sentido que resulta do ato complexo”. No original: “Art. 1363. Interpretazione complessiva delle clausole. Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell’atto” (nossa tradução).

⁴²⁴ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 431.

⁴²⁵ A esse respeito, preconiza Emilio Betti que “a declaração que se enquadra no desenvolvimento de negociações deve ser interpretada no modo como o destinatário podia e devia razoavelmente entendê-la segundo o critério da boa-fé (cód. 1.337, 1.366): critério que, nessa sede, ou seja, na formação do negócio, não significa nada além de lealdade e clareza na fala e no comportamento, em conformidade com o dado elementar e não negligenciável, que, do íntimo querer de cada uma, a outra parte nada sabe nem é obrigada a saber” (BETTI, Emilio, *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*, cit., p. 351).

⁴²⁶ Já decidiu o STJ que: “A ocorrência de suicídio antes do prazo bienal previsto no art. 798, *caput*, do CC/2002 não exime, por si só, a seguradora, do dever de indenizar. Referido dispositivo legal deve ser interpretado em consonância com os princípios da lealdade e da boa-fé objetiva que norteiam o novo Código Civil (arts. 113 e 422).” (STJ – AgR AI n. 1.166.827/RS, 4^a T., rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 06.11.2012, *DJe*, de 13.11.2012).

b) fonte de direitos e deveres jurídicos. Diferentemente do que ocorreu num passado não tão remoto, atualmente, há preponderância de se considerar a dinâmica e complexidade da relação obrigacional⁴²⁷. Nela, os deveres das partes contratantes não se restringem estritamente aos aspectos intrínsecos do objeto avençado, determinados pela essência do vínculo obrigacional, este diretamente ligado à tipicidade do negócio jurídico entabulado (na compra e venda, a entrega do bem mediante o pagamento avençado).

A obrigação, nesse caso, extrapola os deveres típicos para, em nome de uma adequada prestação e da boa-fé, abranger outros deveres, que passam a encampar o liame obrigacional. A obrigação, em si considerada, possui um conteúdo essencialmente finalístico – vertida precípuamente ao adimplemento e integral satisfação do credor –, o que impõe, por vezes, a criação de deveres secundários provenientes da boa-fé objetiva devidamente concretizada⁴²⁸. Essa é uma tendência do direito moderno.⁴²⁹

Na hipótese, a boa-fé assume a feição de fonte de direitos subjetivos⁴³⁰. O contrato, por essa dinamicidade passa a abranger eventuais vicissitudes inicialmente não vislumbradas⁴³¹, gerando, automaticamente, deveres secundários ou anexos à obrigação principal. Estes se configuram como vínculos indissociáveis, radicalmente ligados à lealdade e probidade, e encontram-se presentes na relação jurídica de direito material, independentemente da vontade⁴³², como corolário de um direito fundamental das partes.

Essas obrigações são insuscetíveis de uma prévia enumeração e decorrem da própria essência da relação contratual, instalando-se a partir do mero fato jurídico das tratativas

⁴²⁷ Essa “relação obrigacional complexa” refere-se “ao conjunto, complexo e ‘total’, de direitos de crédito, poderes formativos, deveres jurídicos de prestação (principais e secundários, acessórios, laterais e instrumentais ou funcionais), estados de sujeição etc., que compõem a relação” (MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 383).

⁴²⁸ Para Clóvis do Couto e Silva: “Não seria possível definir a obrigação como ser dinâmico se não existisse separação entre o plano do nascimento e desenvolvimento e o plano do adimplemento. A distância que se manifesta, no mundo do pensamento, entre esses dois atos, e a relação funcional entre eles existentes, é que permite definir-se a obrigação como o fizemos.” (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 167-169).

⁴²⁹ Na Espanha, o artigo 1.258 do Código Civil dispõe que: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”

⁴³⁰ Na dicção de Menezes Cordeiro: “O comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa óptica histórico-cultural, a uma regra de actuação de boa fé. As incursões anteriores permitiram detectar esses deveres – e logo o aflorar dessa regra – no período pré-negocial, na constância de contratos válidos, em situações de nulidades contratuais e na fase posterior à extinção das obrigações.” (CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 632).

⁴³¹ MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., p. 394.

⁴³² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e, op. cit., p. 38.

exordiais, avançando para lapso posterior à própria conclusão do vínculo, adquirindo plena certeza jurídica, em nome de um fiel e completo adimplemento contratual. Nesse caso, a obrigação que se apresenta após o lapso contratual ganha fundamento numa *culpa post pactum finitum*.⁴³³

Segundo o escólio de Antunes Varela, esses deveres secundários tanto recaem sobre o devedor como afetam o credor, “a quem incumbe evitar que a prestação se torne desnecessariamente mais onerosa para o obrigado e proporcionar ao devedor a cooperação de que ele razoavelmente necessite, em face da relação obrigacional, para realizar a prestação devida”.⁴³⁴

Veja-se, v.g., a obrigação médico-paciente que atualmente não se restringe ao diagnóstico e prescrição dos medicamentos necessários. O profissional há de informar adequadamente o paciente acerca do tempo de tratamento, de suas possibilidades de êxito, dos efeitos colaterais propiciados pelos agentes químicos, cumprindo todas as expectativas sensatas geradas no âmago do consumidor. Ao predizer o Código Civil que os contratantes devem manter na execução e desfecho do contrato os ideais de probidade e boa-fé (CC, art. 422), está impondo às partes deveres não previstos no pacto elaborado ou mesmo nos modelos tipificados em lei, mas que decorrem naturalmente do mero fato jurídico das tratativas iniciais ou do liame em si. A liberdade contratual repaginada sob a égide da boa-fé objetiva impõe que o escopo contratual tenha um perfeito desfecho, que haja respeito e consideração pela confiança criada e satisfaça plenamente as normais expectativas geradas por cada parte contratante.

Pode-se, exemplificativamente, enumerar – sem esgotamento – os deveres secundários como: a) deveres de cuidado, tais como o dever da creche infantil de não permitir que as crianças sob seus cuidados se lesionem; b) deveres de informação, como o dos planos de assistência médica de informarem adequadamente seus clientes acerca de eventuais riscos

⁴³³ Segundo Menezes Cordeiro: “A *culpa post pactum finitum* corresponde à projecção simétrica da *culpa in contrahendo* no período pós-contratual. Segundo Jhering e seus seguidores poderia, antes de concluído um contrato, constituir-se, a cargo das partes, um dever de indemnizar, por culpa contratual. Desta feita, ocorreria o fenômeno inverso: depois de extinto, pelo cumprimento ou por outra forma diversa, um processo contratual, subsistiriam, ainda, alguns deveres para os ex-contraentes. No que se viu ser regra na formação de institutos jurídicos baseados na boa fé, a *culpa post pactum finitum* derivou não de lucubrações teóricas centradas em postulados axiomáticos centrais, mas sim da necessidade vivida de solucionar questões periféricas. A sua redução dogmática, ainda longe de concitar qualquer unanimidade científica, operou, pois, posteriormente à sua consagração.” (CORDEIRO, Antônio Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 625-626).

⁴³⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1986. v. 1, p. 119.

não cobertos em contrato, ou de prestação de contas do administrador de bens; c) dever de colaboração, como o da obrigação da parte que descumpriu a obrigação pactuada de minorar os efeitos nocivos do inadimplemento; d) dever de sigilo, que uma das partes se obriga a manter, por tempo plausível, mesmo após o escoamento do lapso contratual; e) dever de não contratar, que se impõe àquele que alienou negócio jurídico, a fim de não gerar concorrência desleal.⁴³⁵

Enfim, em todos esses exemplos se verifica a criação de deveres acessórios, para suprir algo que não consta do contrato, nem decorre da lei, mas que, de uma forma ou de outra, contribui para o adequado cumprimento do que fora avençado e garante o pleno êxito da contraprestação a que se obrigaram as partes, indo ao encontro, por conseguinte, da confiança estabelecida como base do negócio jurídico.

c) Função restritiva: o exercício inadmissível de posições jurídicas. No Estado Democrático de Direito, os direitos subjetivos podem e devem ser exercidos legitimamente por seus detentores, a fim de fazer valer seus poderes jurídicos. Entretanto, esses poderes não podem ser exercidos de forma perniciosa, figurando como elementar regra de convivência a determinação no sentido de que o direito de cada um se encerra no exato momento que o direito de outrem se inicia, ou, nas palavras de Wendel Holmes Jr. – ex-ministro da Suprema Corte americana –, “a liberdade de eu movimentar meu punho termina onde começa seu queixo”. Evidentemente, isso é apenas uma frase de efeito para ressaltar o fato de que o ordenamento jurídico repudia o exercício abusivo dos direitos que, de alguma forma, fira a integridade jurídica de outrem. Para Díez-Picazo:⁴³⁶

O exercício de um direito subjetivo é contrário à boa-fé não só quando se utiliza para uma finalidade objetiva ou com uma função econômico-social distinta daquela para a qual foi atribuído a seu titular pelo ordenamento jurídico, senão também quando se exercita de uma maneira ou em circunstâncias que o fazem desleal, segundo as regras que a consciência social impõe ao tráfico.

Essa regra de ouro do direito civil – que se aplica a todos os demais ramos do direito público e privado⁴³⁷ – está materializada no Código Civil como abuso do direito, asseverando

⁴³⁵ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 439.

⁴³⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, Prólogo in *El principio general de la buena fé*, cit., p. 18.

⁴³⁷ Na V Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado n. 414: “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional no princípio da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito.” (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 5., 2012, Brasília, DF. Organização: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal (CJF), Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 70).

que ao exceder manifestamente os limites impostos por suas finalidades econômicas e sociais, e pelos dogmas de boa-fé e dos bons costumes, o titular de um direito comete ato antijurídico e ilícito (CC, art. 187). Também aqui, na conformação genérica de “abuso do direito”, como cláusula geral que é, o legislador se vale de conceitos jurídicos indeterminados, a fim de atribuir uma grande abrangência fática ao dispositivo legal, pois saber o que são os “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” é determinação que depende forçosamente de preenchimento pelo magistrado, segundo valores reinantes e circunstâncias do caso considerado.

O ato em si praticado pelo agente é lícito, pois aparentemente tem supedâneo na lei ou num negócio jurídico anteriormente celebrado. Há o que Menezes Cordeiro denomina de “permissão normativa de aproveitamento específico”⁴³⁸. Porém, ao extrapolar as balizas impostas por seus desígnios – de boa-fé, bons costumes, de seus fins econômicos ou sociais –, o titular afronta o protótipo de comportamento ético, incidindo, por conseguinte, num comportamento antijurídico. Seu exercício se torna “ilegítimo”, como reza o artigo 334 do Código Civil português, delineando, da mesma forma, o abuso de direito.

Na tensão entre a autonomia de vontade⁴³⁹ e o princípio geral da boa-fé, aquela, mais uma vez, é relativizada em nome de uma ascendente tendência ético-socializante, até mesmo dentro de uma perspectiva de que o contrato deve respeitar sua função social. Os contratantes, não obstante livres para entabular as particularidades do negócio jurídico, deverão atuar

⁴³⁸ CORDEIRO, Antônio Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 662.

⁴³⁹ Para Arruda Alvim, o “‘*pacta sunt servanda*’, nos quadros do liberalismo, assumia que os contratantes eram iguais – todos são iguais perante a lei –, e os negócios ou o confronto dos indivíduos haveria de ocorrer dentro desse espaço amplo de liberdade, pressuposta sempre a igualdade dos contratantes. Nessa quadra histórica não se cogitava do contratante forte ou do fraco, dado que, por causa da igualdade formal, que permeou os sistemas jurídicos, o legislador assumia que todos eram iguais (formalmente iguais) e assim os tratava. Esse espaço de liberdade é chamado de ‘autonomia privada’, e, no contexto do liberalismo foi muito amplo. É esse espaço na medida em que a ordem jurídica reconhece validade e eficácia à vontade das pessoas. Então, as pessoas se comportam no mundo contratual exercendo a sua vontade que é concretizadora de sua autonomia privada. Essa autonomia privada, desde que não infrinja lei de ordem pública, desde que não seja imoral e desde que exercida em razão de um objeto lícito e desde que não infrinja os bons costumes, as relações jurídicas nascidas dentro dessa autonomia privada são validadas pela ordem jurídica.” (ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 815, p. 11-31, set. 2003. [p. 9, versão online]). Para Edson Fachin: “A compreensão contemporânea sobre a autonomia privada insere esse princípio no âmbito de uma ordem constitucional que, ao mesmo tempo em que a assegura como uma possível expressão da liberdade dos particulares, define seu perfil em consonância com os demais princípios que regem as relações de direito privado. Não mais se trata da autonomia da vontade como dogma, como pensada no final do século XVIII e início do século XIX, dotada apenas de ténues limites, externos, mas de uma autonomia para regulamentação de interesses pelos próprios particulares, que se insere em um conjunto mais amplo de valores e princípios que a contemplam.” (FACHIN, Luiz Edson. Autonomia privada e estipulação contratual. In: SOLUÇÕES práticas de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1, 2012, p. 321-337. [p. 9, versão online]).

dentro de uma conduta ética, evitando que a extrapolação dessa baliza culmine por ocasionar prejuízos indesejáveis para o copartícipe da relação.

É a vertente individualista – predominante nas codificações oitocentistas –, que até recentemente impunha à sociedade uma incondicional liberdade para contratar, impondo dogmas como o *pacta sunt servanda*⁴⁴⁰ e, em certo sentido, a *exceptio non adimpleti contractus*⁴⁴¹, tendo o contrato – verdadeira lei firmada entre as partes – como protagonista supremo do direito obrigacional, somente superável excepcionalmente. Porém, essa ampla alforria atribuída à autonomia de vontade e aos contratos cede passos, em nome da boa-fé, ao Estado Social de Direito⁴⁴². Este interfere na vontade individual para preservar a ordem pública, de acordo com as concepções modernas do direito, prestigiando uma isonomia material e o reconhecimento da função social dos contratos.

A boa-fé objetiva surge, portanto, como norma cerceadora de condutas abusivas, a fim de restabelecer uma material isonomia como antídoto para comportamentos que ferem a lealdade e a confiança da contraparte, dentro de um ideal de cooperação e solidariedade.

⁴⁴⁰ É preciso acentuar que o princípio *pacta sunt servanda* não foi suprimido do ordenamento jurídico, ainda possuindo forte apelo, devendo apenas ser relativizado em situações excepcionais, quando o vínculo contrariar os ditames de boa-fé ou não encontrar consonância com a função social do contrato. Também na determinação do Código Civil no sentido de que nas declarações de vontade, o intérprete deverá se ater mais à intenção desejada do que à literalidade da linguagem (CC, art. 112) tem-se uma relativização do absolutismo do princípio da força obrigatória dos contratos. Conforme será anotado mais adiante, o próprio *factum proprium* impõe-se não como decorrência lógica da própria boa-fé objetiva, e não como manifestação do princípio do *pacta sunt servanda* (CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 769-770).

⁴⁴¹ A boa-fé impede a possibilidade de alegação da exceção de contrato não cumprido quando na hipótese puder ser aplicado o adágio *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands* (MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 460).

⁴⁴² “O Estado Social de Direito, por sua vez, entende que a tarefa do Estado não deve ater-se apenas a uma atitude de respeito e abstenção em relação à vida privada dos cidadãos, devendo aquele realizar a passagem do *Estado Mínimo* para o *Estado Intervencionista*, com o fito de combater a desigualdade concreta, evidenciada pelo desenvolvimento do capitalismo industrial e pela deflagração de conflitos armados de proporções mundiais. Em que pese ter assumido a questão social (que desloca o foco de interesse do indivíduo para os grupos), o modelo estatal permanece cingido ao liberalismo e busca sanar suas deficiências através de uma atitude promocional, que, ao incentivar as condutas desejadas, bem como espelhar uma hipertrofia do Estado, não deixa brechas para a efetivação de uma cidadania mais ampla, que supere o modelo da democracia representativa liberal.” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 2, n. 7, p. 132, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/334/327>>. Acesso em: 30 out. 2016).

Inicialmente, o exercício inadmissível de posições jurídicas restringia-se ao abuso de direito⁴⁴³ e à *exceptio doli*⁴⁴⁴, e expandiu-se para outras figuras jurídicas, dentre elas o *nemo potest venire contra factum proprium*, como manifestação suprema da teoria dos atos próprios.

8.1.2 Confiança

Introdução. A etimologia do vocábulo “confiança” provém do latim *confidentia*, de *confidere*, ou seja, acreditar plenamente, com firmeza de espírito, tendo como radical a expressão *fidere*, que no latim significa acreditar, crer, e que é uma derivação de *fides* (fé). Por outro lado, na mitologia grega, *fides* representa a personificação da palavra empenhada.

A vida humana em sociedade demanda relativa segurança para conduzir, planejar, conformar de forma autônoma e responsável o seu decorrer, razão pela qual os princípios da segurança jurídica e da tutela da confiança do cidadão são uma decorrência do Estado de Direito.⁴⁴⁵

A exigência da fidúcia impõe fundamentalmente a manutenção na palavra externada⁴⁴⁶, pressupondo a esperança de que será dado cumprimento ao objeto da promessa. Representa, portanto, a expectativa firmada com base num fato pretérito, fornecendo uma relativa previsão do futuro⁴⁴⁷. O tema é objeto de estudo em searas científicas diversificadas e, para Niklas Luhmann, a confiança suaviza a complexidade social, possibilitando o aumento

⁴⁴³ “O abuso de direito, tem origem na jurisprudência francesa, surgida em meados do século XX, em casos relativos a poluição oriunda de atividade fabril, e danos provocados em imóvel vizinho por escavações descuidadas, obras feitas intencionalmente pelo vizinho, visando suprimir a luz do imóvel contíguo, dentre outros, surgindo como limitação ao exercício de direitos subjetivos.” (SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso do direito*, cit., p. 51-52). Do direito francês, a teoria do abuso do direito se propagou para toda a Europa.

⁴⁴⁴ Para Menezes Cordeiro: “A *exceptio doli*, utilizada como categoria dogmática actual, situa-se na área desta última noção: é o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo.” (CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 720). Observa o autor que a *exceptio doli* possuía duplo papel no direito romano, como *exceptio doli praeteriti ou specialis* – em que o réu da demanda alegava o dolo por parte do autor no momento da celebração –, e a *exceptio doli praesentis ou generalis* – em que a invocação do dolo refere-se ao momento da demanda. Esta possuía grande penetração casuística, e constituía-se, na jurisprudência do século XIX e na pandectística, como medida adequada contra injustiças perpetradas pela ausência de boa-fé (*Ibidem*, p. 722-723).

⁴⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 371.

⁴⁴⁶ WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fé*, cit., p. 61.

⁴⁴⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de, *O princípio da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*, cit., p. 14.

das potencialidades individuais⁴⁴⁸. Para o sociólogo alemão – que levantou a necessidade de se relacionar o comportamento próprio com a confiança –, “digno de confiança é aquele que permanece no que, consciente ou inconsciente, comunicou de si próprio”.⁴⁴⁹

A confiança é um novo referencial metodológico do direito civil moderno, como valor protegido de forma preferencial no tráfico jurídico, funcionando como mote para se repensar o direito civil em suas mais diversificadas categorias jurídicas.⁴⁵⁰

Conceito. O denominado *princípio da proteção da confiança* atua na defesa de interesses individuais quando o particular, não estando tutelado pelo direito adquirido, pelo ato jurídico perfeito ou pela coisa julgada, desempenha uma liberdade, confiando na validade – ou mera aparência de validade – de um comportamento ativo ou passivo de outrem ou de ato normativo, tendo posteriormente sua confiança rompida por outra conduta ou pela retirada de vigência do ato.⁴⁵¹

Deve-se trazer a lume que até situações de aparência de direito são relativizadas, em nome da proteção de uma justa expectativa despertada em terceiro⁴⁵². Karl Larenz pontua que: “*Dicho principio consagra que una confianza despertada de un modo imputable debe ser mantenida cuando efectivamente se ha creído en ella. La suscitación de la confianza es ‘imputable’ cuando el que la suscita sabía o tenía que saber que el otro iba a confiar*”⁴⁵³.

Para Franz Wieacker:

⁴⁴⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener de, *O princípio da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*, cit., p. 11.

⁴⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Vertrauen* 2. p. 40-41, apud CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 755.

⁴⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 115-116; SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 95.

⁴⁵¹ ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 374.

⁴⁵² Para Vitor Frederico Kämpel, a aparência que possui relevância para o direito “é sempre que advém de uma confiança legítima por parte do terceiro, advindo de um erro comum, consequência de um negócio que não tem suporte de existência e validade nele mesmo, mas que acaba gerando, inclusive, a eficácia em nome das boas-fés objetiva e subjetiva e do princípio da segurança que impede o enriquecimento ilícito”. A aparência jurídica “reside nas hipóteses em que o negócio jurídico se exterioriza e não é coincidente, *prima facie*, com a realidade” (KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 54. (Coleção Professor Arruda Alvim)).

⁴⁵³ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo Madrid: Civitas, 2001. cap. 3, n. 3, p. 96.

*El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas. El derecho subjetivo debe ejercitarse siempre de buena fe. Más allá de la buena fe el acto de ejercicio de un derecho se torna inadmisible y es antijurídico.*⁴⁵⁴

Escopo. O objetivo do princípio da confiança é tutelar a confiança de um determinado ente que atua baseado em um comportamento de outrem. De início, almeja proteger o cidadão, que pautou sua conduta em uma atuação estatal, contra repentinhas mudanças nas praxes da Administração Pública.⁴⁵⁵

O princípio da proteção da confiança atua quando há, sobre a hipótese concreta, lacuna normativa, em que o direito não apresenta solução prévia e franca sobre a questão. Seus requisitos de atuação são: i) a base da confiança num ato que atenta contra a esfera jurídica⁴⁵⁶ de outrem; ii) a existência de confiança no plano subjetivo; iii) a prática de atos concretos que atestam o prejuízo; iv) um comportamento – estatal ou não – que frustra a confiança depositada.⁴⁵⁷

O princípio da confiança. O conceito de hoje a respeito da confiança remonta raízes no direito medieval, na figura do “*juramento de honra*”, em que um singelo gesto feito com as mãos era o suficiente para formalizar a obrigação que alguém assume sobre débito alheio, dando ensejo à importante bipartição hoje existente entre débito e responsabilidade.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fé*, cit., p. 20.

⁴⁵⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 393-394.

⁴⁵⁶ Por “esfera jurídica” entende-se: “Os bens da vida que tocam a determinado sujeito de direito, consubstanciados no conjunto das situações jurídicas (*lato sensu*) em que esteja inserido, portanto a totalidade dos direitos, pretensões, ações e exceções, bem assim os deveres e obrigações, que, especificamente, lhe dizem respeito, tenham ou não mensuração econômica, e as qualificações individuais relativas ao *status* das pessoas, inclusive certos direitos públicos que não se subjetivam, constituem sua esfera jurídica.” (MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico*: plano de eficácia, cit., p. 92).

⁴⁵⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de, *O princípio da confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado, cit., p. 82-104; ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 367-402; DIDIER JUNIOR, Freddie, *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., v. 1, p. 139.

⁴⁵⁸ CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 171. Pontua o autor que: “A expressão débito e respondência abriga, em português, uma construção laboriosa devida, no início, a von Brinz. Operando a partir de fontes romanas, v. Brinz explica, no essencial, que à partida, é diferente a situação na qual alguém deve desenvolver uma actividade em prol de outrem – débito, debitam, *Schuld* – daquela em que uma pessoa ou uma coisa respondem por certo evento futuro, sujeitando-se a determinadas consequências, caso ele não ocorra – respondência, *obligatio*, *Haftung*. À autonomia funcional e conceptual corresponderia uma clivagem clara a nível de vicissitudes: débito e respondência poderiam surgir dissociados, objectiva – débito sem respondência e inverso – ou subjectivamente – débito de uma pessoa e respondência de outra – constituindo-se, ainda, através de factos jurídicos diferentes. Na actualidade, débito e respondência aparecem associados no vínculo obrigacional moderno. Mas não foi sempre assim, podendo, hoje, ocorrer fenómenos de dissociação. A doutrina do débito e respondência teve repercussão grande, sobretudo entre os germanistas. Para além do seu significado intrínseco, a doutrina do débito e respondência seria ainda utilizada para, directa ou indirectamente,

Entretanto, foi no direito germânico, desde as origens do BGB – em 1900 –, que esse princípio foi sendo paulatinamente erigido como um instituto novo, fruto da construção pretoriana⁴⁵⁹. Ganhou fôlego e se desenvolveu dogmaticamente quando, a começar de 1956, adquiriu autonomia, após decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim embasada na confiança. No caso concreto, o Estado manifestou intenção de conceder pensão à viúva de um funcionário público, com a condição dela se transferir para o lado ocidental do Muro de Berlim⁴⁶⁰. Implementada a condição suspensiva, passou a beneficiária a desfrutar regularmente do pensionamento, até que, passado um ano, a referida benesse foi sumariamente cancelada pela Administração Pública, ao argumento de sua ilegalidade. Essa situação ensejou a aplicação do princípio pelo tribunal administrativo, de modo a restabelecer o direito material violado pela inopinada supressão.

Por força dessa paradigmática decisão, a jurisprudência até então existente foi preterida, prestigiando, em nome da confiança, um ato eivado de ilegalidade⁴⁶¹. A partir daí, a teoria da proteção da confiança disseminou-se não somente na Alemanha, mas para outros países da Europa, até chegar ao ordenamento jurídico brasileiro, no qual passou a receber tratamento dogmático pela doutrina e jurisprudência do STF.⁴⁶²

explicar outras realidades jurídicas. O influxo chegaria, como se vai ver, até à boa fé.” (Ibidem, p. 171-172). Aduz também que o juramento de honra, que para uns significaria o poder de sujeição físico da pessoa do devedor, para a hipótese de inadimplemento, e para outros seria a responsabilidade patrimonial secundária, tal como hoje é concebida, deu ensejo, tempos depois, à construção dogmática que envolve a boa-fé germânica, em que aquele que empenhou sua palavra assumia inabalavelmente o dever de fielmente cumprir com o escopo motivador da palavra dada, dando origem à noção de “confiança” no compromisso feito pela pessoa (ou crédito) (Ibidem, p. 173).

⁴⁵⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 105.

⁴⁶⁰ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005. p. 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>>.

Acesso em: 11 maio 2016. Publicação impressa: *Revista Brasileira de Direito Público*: RBDP, Belo Horizonte, v 2, n. 6, p. 7-58, jul/set, 2004.

⁴⁶¹ Para maior detalhamento, consultar: ARAÚJO, Valter Shuenquener de, *O princípio da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*, cit., p. 1.136-1.139.

⁴⁶² O STF vem afirmando e reafirmando nos últimos tempos a supremacia jurídico-constitucional dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima sobre a legalidade estrita nas situações factuais geradas pelo comportamento da Administração Pública (AgR RE n. 364.511/AM, rel. Min. Celso de Mello, 2^a T., DJ, de 30.11.1997; QO PET (MC) n. 2.900/RS, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, de 08.03.2003; MS n. 24.268/RS, Pleno, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ, de 17.09.2004; MS n. 22.357/DF, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, de 05.11.2004; MS n. 22.357/DF, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, de 05.11.2004; MS n. 26.603/DF, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 04.10.2007, DJe, de 19.12.2008; RE n. 598.099/MS, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, de 30.09.2011; MS n. 24.781/DF, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 02.03.2011, DJe, de 09.06.2011; MS n. 25.116/DF, Pleno, rel. Min. Ayres Britto, DJ, de 10.02.2011; AgR ED RE n. 552.354/AC, 2^a T., rel. Min. Ellen Gracie, DJe, de 27.04.2011; ACO n. 79/MT, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 15.03.2012, DJe, de 28.05.2012.

A expectativa

Conceito. Um trabalho acadêmico que aborde o princípio da tutela da confiança não pode se omitir sobre a expectativa, em razão da estreita correlação existente entre os conceitos. Denomina-se “expectativa” a relação jurídica originada de atos e fatos que não constitui propriamente – à luz de uma tradicional classificação – uma fonte das obrigações, produzindo uma eficácia específica em nome da necessidade de se salvaguardar uma relação de confiança despertada subjetivamente⁴⁶³. A expectação é um elemento subjetivo e, sob a perspectiva do direito, é a probabilidade de a pessoa vir a adquirir um direito.

História. A ideia de expectativa surgiu no direito medieval e canônico, no qual se considerava o território da diocese como pertencente ao bispo (*ius in re*), sendo que ao seu substituto – o coadjutor – caberia o direito sobre a coisa (*ius ad rem*) somente após a assunção no cargo – na hipótese de vacância da sede. Esse cenário já propiciava uma expectativa de direito suscetível à proteção possessória⁴⁶⁴. A partir dessa ideia inicial, desenvolveu-se o entendimento hoje reinante no sentido de que o amparo de justas expectativas é providência prudente e salutar, implicando sua afronta ataque à boa-fé objetiva.⁴⁶⁵

Natureza jurídica. A expectativa pode ser considerada como um direito futuro não deferido, ou seja, um direito cuja aquisição depende de elementos externos ao patrimônio de seu titular, sendo que a frustração da expectativa configura uma “obstação maliciosa do fato”, podendo afigurar, então, o *venire contra factum proprium*⁴⁶⁶. Explica o autor que o comportamento contraditório pode restar caracterizado nas hipóteses em que a geração da expectação – naturalmente dependente de uma atuação posterior por parte de um sujeito de

⁴⁶³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, n. 12, p. 179-180, out./dez. 2002.

⁴⁶⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo, Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*, cit., p. 13 [Versão online].

⁴⁶⁵ Para Paulo Mota Pinto: “O indivíduo é obrigado a honrar as expectativas que criou, através da correspondência à confiança que despertou – designadamente, casos em que a pessoa não pode justamente *venire contra factum proprium*. Estamos, pois, no campo da proibição do comportamento contraditório, ainda *fora da dogmática do negócio jurídico*, ou se, se quiser, partindo desta, como forma normal de vinculação no direito civil, para lá dos confins da declaração negocial e da consequente vinculação em autonomia privada.” (PINTO, Paulo Mota, Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil, cit., p. 141-142).

⁴⁶⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 13.

direito – é cerceada no instante de sua conversão em direito adquirido, creditando-se essa alteração a uma ausência de boa-fé.⁴⁶⁷

Correlação entre confiança e expectativa. Os conceitos possuem entre si uma relação de causa e efeito. É natural, dentro do *id quod plerumque accidit* – daquilo que ordinariamente acontece –, que de uma relação de confiança se origine e decorra uma justa expectativa sobre um direito subjetivo futuro. A confiança, portanto, é o nexo de causalidade da expectação sobre um direito que está porvir. O ato contraditório, portanto, frustra a expectativa gerada pela relação de confiança necessariamente subjacente.

Requisitos. Assim como a confiança, o fundamento da expectativa deverá mostrar-se embasado na veracidade dos elementos fáticos que o respaldam, entre a consciência daquele a quem a invocação do *venire contra factum proprium* aproveita e a realidade.⁴⁶⁸

Ao desviar-se e exceder o sentido teleológico da norma que o ampara – após ter gerado em outrem uma determinada expectativa –, contradiz o agente seu próprio comportamento. Incorre, com isso, em abuso de direito expresso no postulado *nemo potest venire contra factum proprium*.

Confiança e *venire contra factum proprium*. A teoria dos atos próprios tem grande conexidade com a teoria da confiança, ao vedar o comportamento contraditório quando, pelo próprio proceder, despertou-se no *alter* ou em terceiros a legítima confiança de que a palavra seria mantida ou o proceder aguardado seria observado.⁴⁶⁹⁻⁴⁷⁰

Riezler foi quem fez, no direito comparado, a ligação da confiança ao *venire contra factum proprium*. Porém, Eichler foi quem confeccionou a doutrina jurídica da confiança.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo, Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*, cit., p. 13 [Versão online].

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 12-13.

⁴⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith, A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*, cit., p. 146.

⁴⁷⁰ Díez-Picazo liga a confiança à vedação do agir contra seus próprios atos, como uma imposição de fidelidade à palavra dada (DÍEZ-PICAZO, Luis, *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., p. 40).

⁴⁷¹ A ligação da doutrina germânica entre o *venire contra factum proprium* e a confiança foi apontada por Menezes Cordeiro: “Weber, na sua extensa digressão sobre a boa fé, anuncia, a propósito do vcfp, a regra de que ‘ninguém pode exercer um direito ou tomar uma posição jurídica com consequências, em contradição com o comportamento anterior, quando este justifique a conclusão de que não o iria fazer e ele, nessa ocasião, tenha despertado na outra parte uma determinada confiança’.” (CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 754).

Toda a doutrina – nacional e comparada⁴⁷² – liga a aplicação do aforisma *nemo potest venire contra factum proprium* como corolário de um primado de boa-fé objetiva, de um comportamento pautado na ética e probidade, daquele que não extrapola os limites de suas posições jurídicas e não abusa de seus direitos subjetivos, denotando, por conseguinte, a adequada ferramenta de tutela da confiança e da justa expectativa violada. Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior ensina que “a teoria dos atos próprios ou a proibição de *venire contra factum proprium* protege uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente”⁴⁷³ e conclui sua ideia asseverando que “depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte”.⁴⁷⁴

No direito português, a doutrina da confiança está sedimentada no artigo 443 do Código Civil e na teoria da boa-fé. Esta integra, de um modo geral, a teoria da confiança e, em particular, o *venire contra factum proprium*. Isso porque na ausência de lei específica havia de se recorrer à boa-fé para satisfazer as exigências éticas, psicológicas e sociológicas que demandam a inadmissibilidade do *venire contra factum proprium*.⁴⁷⁵

Natureza jurídica. A confiança, nesse quadrante, ganha um enorme relevo dentro da dogmática do instituto, sendo considerada como *pressuposto* para a configuração do apotegma, não se concebendo a contradição entre comportamentos de um mesmo agente quando este tenha a aptidão de vilipendiar a confiança das pessoas⁴⁷⁶⁻⁴⁷⁷. A conclusão a que se

⁴⁷² “O princípio da confiança, como base de uma ‘responsabilidade pela confiança’, é só uma dentre várias configurações deste princípio. Está contido como elemento coenvolvido no princípio da ‘boa-fé’, onde, por sua vez, encontrou uma expressão especial nas doutrinas da ‘caducidade’, e na proibição de *venire contra factum proprium*. Manifesta-se de novo, de modo distinto, quando se trata da proibição de retroactividade de leis desvantajosas.” (LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 678-679).

⁴⁷³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. rev. e atual., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 254.

⁴⁷⁴ Ibidem, p. 254.

⁴⁷⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 760.

⁴⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 756. O autor complementa a ideia, argumentando que a confiança vence um grave problema dogmático, que surge da impossibilidade jurídica de vinculação permanente das pessoas aos comportamentos assumidos, dentro da ideia de vinculação dos autores das situações de confiança que livremente despertaram, conferindo ela – a confiança – um critério à proibição do *venire contra factum proprium*. A existência de um princípio de não contradição é conquista da ciência do direito, a ser dirimida na solução de cada caso concreto (Ibidem, p. 756).

⁴⁷⁷ Para Judith Martins-Costa, a confiança seria o próprio fundamento técnico-jurídico do *venire* (MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 471). Para Fredie Didier Junior, o princípio da confiança compõe o conteúdo substancial da boa-fé objetiva (DIDIER JUNIOR, Fredie. Comportamento da parte e interpretação da coisa julgada: o caso do campeonato de futebol de 1987. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, n. 211, p. 370, set. 2012).

chega é que a confiança, a boa-fé e o *venire contra factum proprium* são três vértices de um mesmo triângulo, são elementos que interagem, e encontram-se intimamente imbricados, de forma a dar substância mútua⁴⁷⁸. A proteção atualmente conferida à confiança denota, num aspecto axiológico, os valores sociais, não apenas como substrato da boa-fé objetiva, mas fundamentalmente como manifestação da solidariedade social⁴⁷⁹, na qual interesses individuais são preteridos quando a vontade manifestada possa atingir a esfera jurídica de terceiros.⁴⁸⁰

A configuração do *venire contra factum proprium* depende de uma quebra de confiança. A contradição humana integra uma série de infinitas abstrações comparáveis. A incoerência pertence à falibilidade do ser humano, e o direito, por sua vez, aceita em alguns casos essa limitação, repudiando apenas aquela discrepância entre duas ações que, rompendo um liame de confiança, atenta contra a esfera jurídica de terceiros. Destarte, o desacordo entre atitudes passa a ter relevância para o direito quando ferir legítimas expectativas despertadas em outrem.⁴⁸¹

Somente condutas típicas ou exemplares são passíveis de gerar confiança. A inegável vinculação entre o *venire contra factum proprium*, tanto decantada pela doutrina, traz latente uma dúvida quanto à sistematização das condutas suscetíveis de gerar confiança na contraparte, tarefa que não é simples, diante da ampla gama de possibilidades que podem dar origem ao instituto na pragmática forense.

⁴⁷⁸ Menezes Cordeiro obtempera que: “Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa-fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carreiam as razões sistemáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja projecção transcende o campo civil.” (CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1.250).

⁴⁷⁹ SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium**, cit., p. 95.

⁴⁸⁰ “A confiança, inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros.” (SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 93).

⁴⁸¹ Judith Martins-Costa obtempera que “não é possível ao direito vedar, de forma absoluta, as contradições da conduta humana [...] o que o princípio proíbe como contrário ao interesse digno de tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial” (MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 470). Menezes Cordeiro leciona que: “Os casos apontados para documentar o *venire contra factum proprium* não permitem, de forma alguma, concluir, sem mais, pela natureza inadmissível do comportamento contraditório. Pelo contrário: é importante focar a inexistência, na Ciência do Direito actual e nas ordens jurídicas por ela informadas, de uma proibição genérica de contradição. Apenas circunstâncias especiais podem levar à sua aplicação.” (CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 750).

Em primeiro lugar, o comportamento apto a despertar a confiança, e que, portanto, merece a guarida do direito – daqueles que nele confiaram –, é aquele que, segundo as circunstâncias do próprio ato e da pessoa de quem partiu, mostrar-se probo, leal, paradigmático, ou seja, despertar uma fundada confiança, aquela ação modelar que evidenciar “formas típicas ou exemplares de conduta, compatíveis com certa margem de previsão geradora de confiança”⁴⁸². Ao desempenharem suas respectivas condutas de modo probo, leal e correto, preocupando-se proativamente com o pleno cumprimento da obrigação contraída e com o bem-estar da contraparte, de forma a garantir-lhe o mais absoluto conhecimento das cruciais circunstâncias do direito material, automaticamente se faz aflorar o vínculo de confiança entre os contratantes⁴⁸³. O antijurídico não desperta confiança.

Em segundo lugar, a atitude geradora de confiança é aquela que aparenta estar juridicamente amparada pelas circunstâncias, estando objetivamente justificada nos fatos integrantes da situação jurídica⁴⁸⁴. A atitude será digna de confiança, assim, quando a avaliação casuística levar a um significado de acordo com o que era possível e provável de ser compreendido⁴⁸⁵. Isso implica asseverar que pouco importa o elemento anímico do agente no momento em que pratica o *factum proprium*, nem aquilo que efetivamente foi compreendido pelo receptor, sendo relevante apenas o significado normativo da atuação e decisivo o horizonte de compreensão da contraparte.⁴⁸⁶⁻⁴⁸⁷

Por derradeiro, será digno de confiança o comportamento que resultar daquilo que se mostrar razoável e apto ao convencimento e adesão de uma pessoa normal, envolvida nas mesmas circunstâncias que o originaram.⁴⁸⁸

⁴⁸² REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, cit., p. 246. No mesmo sentido, para Judith Martins-Costa, a confiança deve ser “averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico-social do negócio” (MARTINS-COSTA, Judith, A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*, cit., p. 121).

⁴⁸³ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos, A boa-fé na experiência jurídica brasileira, cit., p. 2 [Versão online].

⁴⁸⁴ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 603.

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 421-422.

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 421-422.

⁴⁸⁷ No mesmo sentido, Franz Wieacker obtempera que o *venire contra factum proprium*: “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 de 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. Más simplemente: el principio del venire es una aplicación del principio de la ‘confianza en el tráfico jurídico’ y no una específica prohibición de la mala fe y de la mentira.” (WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fé*, cit., p. 61-62).

⁴⁸⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 758-759.

Menezes Cordeiro arregimenta uma série de elementos que auxiliam na ponderação da capacidade de despertar confiança por parte do fato jurídico: a) uma situação de confiança equânime à boa-fé subjetiva e ética, em que o emitente ignore estar lesando posições jurídicas alheias; b) uma justificação para essa confiança nos elementos objetivos aptos a despertar, em abstrato, uma crença plausível; c) investimento da confiança, como a prática de atividade jurídica realizada com base na confiança; d) imputação da situação de confiança ao atingido pela proteção do confiante.⁴⁸⁹

Entretanto, a subsistência de algumas particularidades, dentre outras, não propriamente combinadas, pode levar à presunção de confiança quando: i) o destinatário dispender recursos financeiros diretamente ligados ao *factum proprium*; ii) quando o destinatário o referendar publicamente; iii) quando houver a prática de atos causados diretamente do anterior, iv) quando o *factum proprium* for fruto de uma manifestação solene do emitente; v) se o *factum proprium* mostrar-se verossímil.⁴⁹⁰

Em suma, tem-se um panorama de confiança sempre que, em razão da aderência ao *factum proprium*, a volta ao estado anterior, ainda que não totalmente vedada, se torne impossível, sem incidir em uma situação de clamorosa injustiça.⁴⁹¹

Necessidade de adesão ao comportamento. Se as idiossincrasias do *factum proprium* levarem à subsistência de uma potencial relação de confiança rompida, restará configurada a adesão do destinatário ao *factum proprium*, caso contrário, demonstrada a falta de adesão a salvaguarda jurisdicional proveniente do fenômeno, não será possível. Haverá confiança sempre que o confiante, em consequência da adesão à conduta inicial, desenvolver uma atividade tal que o retorno ao *statu quo ante*, ainda que não totalmente vedado, configure uma injustiça.⁴⁹²

⁴⁸⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa “in agenda”*. 3. ed. aum. e atual., à luz do Código de Processo Civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2014. p. 107-108. A respeito de tais requisitos, o autor obtempera que: “Estas quatro proposições devem ser entendidas dentro da lógica de um sistema móvel. Ou seja: não há, entre elas, uma hierarquia e o modelo funciona mesmo na falta de alguma (ou algumas) delas: desde que a intensidade assumida pelas restantes seja tão impressiva que permita, valorativamente, compensar a falha.” (Ibidem, p. 108).

⁴⁹⁰ SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 141-142.

⁴⁹¹ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 759.

⁴⁹² Ibidem, p. 759.

8.1.3 Solidariedade

Código Civil de 2016. O CC/1916 manteve sua dogmática inspirada primordialmente no modelo francês de 1804, mas fincou bases também no direito romano e na pandectística. Ele teve a pretensão de regulamentar todas as possíveis relações jurídicas de direito privado e, ao adotar o liberalismo clássico, outorgou maior importância ao patrimônio do que à própria figura humana, privilegiando, dessa maneira, a liberdade para a realização de negócios jurídicos de bens e serviços. Prova disso é que a maior parte de seus dispositivos está diretamente voltada para a aquisição, modificação ou extinção de bens por parte do homem. Apenas um terço de seu conteúdo está diretamente voltado à pessoa⁴⁹³. Contudo, conforme acentua Gomes Canotilho, “a liberdade é inconcebível sem um elevado grau de solidariedade e de igualdade social”⁴⁹⁴. O sistema normativo, assim, clamava pela valorização da figura humana.

A valorização do homem. A partir de meados do século XX, as Constituições, de um modo geral, deixam de ostentar a natureza de mera carta política de intenções e mostram-se como o veículo confirmador do extenso plexo de garantias fundamentais inerentes ao homem a partir de sua inclusão no meio social, em nítido reconhecimento e valorização de sua dignidade⁴⁹⁵. Em outros países, a dignidade da pessoa humana é tida e considerada como um “princípio objectivo e uma ‘via de derivação’ política de direitos sociais”⁴⁹⁶. Leon Duguit⁴⁹⁷, já em 1923, preconizava que:

Afirma-se, com efeito, que o homem natural, isto é, o homem tomado como ser isolado, separado de outros homens, está investido de certos poderes, de certos direitos, que lhe pertencem porque ele é homem, ‘por causa da eminentíssima dignidade

⁴⁹³ LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 11, n. 42, p. 30-70, abr./jun. 2010. [p. 1, versão online].

⁴⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 394.

⁴⁹⁵ ROSENVALD, Nelson, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, cit., p. 173.

⁴⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 411.

⁴⁹⁷ No original: “*On affirme en effet que l'homme naturel, c'est-à-dire l'homme pris comme être isolé, séparé des autres hommes, est investi de certaines prérogatives, de certains droits, que lui appartiennent parce qu'il est homme, à cause de l'eminente dignité de la personne humaine*”, suivant l'expression de M. Henry Michel. Or c'est là une affirmation purement gratuite. *L'homme naturel, isolé, naissant libre et indépendant des autres hommes, et ayant des droits constitués par cette liberté, cette indépendance même, est une abstraction sans réalité. Dans le fait, l'homme naît membre d'une collectivité; il a toujours vécu en société et ne peut vivre qu'en société, et le point de départ de toute doctrine sur le fondement du droit doit être sans doute l'homme naturel; mais l'homme naturel n'est pas l'être isolé et libre des philosophes du xviii siècle; c'est l'individu pris dans les liens de la solidarité sociale.*” (DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel: théorie générale de l'Etat, le droit et l'Etat: les libertés publiques: l'organisation politique de la France*. 4. ed. rev. et mise au courant. Paris: E. de Boccard, 1923. p. 5 – nossa tradução).

da pessoa humana', seguindo a expressão de Henri Michel. Ora, isto é uma afirmação puramente gratuita. O homem natural, isolado, nascendo livre e independente dos outros homens e com os direitos estabelecidos por esta liberdade, é uma abstração sem realidade. De fato, o homem nasce membro de uma coletividade; ele sempre viveu em sociedade e não pode viver a não ser em sociedade e o ponto de partida de toda doutrina sobre o fundamento do direito deve ser, sem dúvida, o homem natural; mas o homem natural não é o ser isolado e livre dos filósofos do século XVIII; é o indivíduo considerado nos laços de solidariedade social.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 seguiu essa tendência do mundo ocidental, modificando radicalmente as bases em que estava até então sedimentado o direito privado, positivando constitucionalmente os direitos fundamentais do homem, que deixaram de ostentar simples “aspirações, ideias, impulsos ou, até mesmo, uma vertente meramente retórico-política”⁴⁹⁸. O Estado de Direito somente se justifica no reconhecimento e na garantia de efetivação dos direitos fundamentais do homem e em sua inequívoca liberdade individual. Nesse sentido, a solidariedade ganhou nova perspectiva hermenêutica na CF/88, alcançando *status* de verdadeiro cânone do direito privado contemporâneo. Trata-se do direito civil elevado a uma visão constitucional, em que a noção de responsabilidade social pelo semelhante, nas relações intersubjetivas, face à insuficiência do atendimento estatal, adquire força vinculante. Para Maria Celina Bodin de Moraes:⁴⁹⁹

Se o Estado de Direito, iluminista e racional, se mostrou insuficiente para proteger a coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados. Tais princípios, que consubstanciam valores, tomam o lugar das normas jurídicas quando estas se mostram arbitrárias ou injustas, modificando-as para que reflitam o valor sobre o qual se funda, na atualidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, isto é, o da dignidade da pessoa humana.

Deixado de lado o liberalismo, os direitos sociais passaram a ser constitucionalmente assegurados – advento do Estado Social, que trouxe a função social do contrato, a função social da posse, da empresa e da propriedade. O objetivo do Estado Social é que o homem adquira sua dignidade e respeito. Para Roberto Senise Lisboa, “Não se pode mais conceber abstratamente que o patrimônio é a própria personalidade do homem ou ainda, como propugna Bevílaqua, é a projeção econômica da personalidade humana”⁵⁰⁰. Prestigia-se pela codificação a realização de relações jurídicas, porém sem se descurar da dignidade da pessoa

⁴⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 497.

⁴⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 89, n. 779, p. 47-63, set. 2000. [p. 4, versão online].

⁵⁰⁰ LISBOA, Roberto Senise, Dignidade e solidariedade civil-constitucional, cit., p. 3 [Versão online].

humana. Na filosofia de Kant⁵⁰¹, o homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não mais se admitindo que possa ostentar menor importância que seu próprio patrimônio. Assegura-se a mudança de paradigma com o reconhecimento de que um direito privado também pode evidenciar conteúdo não patrimonial e que os bens atuam e se justificam a serviço do homem⁵⁰². Cabe ao ordenamento jurídico dar concretude a essa guinada metodológica, consagrando a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social como *prius lógico* das relações jurídicas públicas e privadas.

Código Civil de 2002. Com o advento do CC/2002, acompanhando o novo norte constitucional, novos valores foram introduzidos no sistema, em prestígio à ética e à boa-fé objetiva, por meio dos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade. A realização das relações jurídicas intersubjetivas de per si se tornou insuficiente e haveria de obedecer a padrões éticos, prevendo-se, para tanto, um bloco de cláusulas gerais negociais (CC, arts. 421 a 480) e alcançando a boa-fé objetiva à condição de pilar de sustentação do direito privado.⁵⁰³

Reza o princípio da legalidade que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II). Porém, sobre a autonomia e liberdade da vontade do particular em realizar negócios jurídicos incide uma limitação, pelos “princípios constitucionais de solidariedade social e dignidade humana que se espalham por todo o ordenamento civil, infraconstitucional. Evidentemente, permanecem espaços abertos de liberdade, mas esta liberdade (autonomia) é consentida e já não serve mais a definir o sistema de direito privado”.⁵⁰⁴

A solidariedade. A etimologia do termo “solidariedade” vem de *solidus*, que no latim significa sólido, trazendo a conotação daquilo que se solidifica, tornando-se uma única unidade. Tem a expressão também o sentido de cooperação, de assistência moral, de compartilhamento das mesmas agruras e sofrimentos, além de demonstração de apreço pelo próximo⁵⁰⁵. José Jairo Gomes identifica, no plano jurídico, três formas de solidariedade: 1) como sentimento humano demonstrado no relacionamento humano, quando se sobressai o

⁵⁰¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1991. p. 68.

⁵⁰² LISBOA, Roberto Senise, Dignidade e solidariedade civil-constitucional, cit., p. 9 [Versão online].

⁵⁰³ Ibidem, p. 2.

⁵⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de, Constituição e direito civil: tendências, cit., p. 5 [Versão online].

⁵⁰⁵ BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa: vocábulos, expressões da língua geral e científica-sinônimos, contribuições do tupi-guarani*. São Paulo: Saraiva, 1967. v. 7, p. 3.801.

afeto e o cuidado com o próximo; 2) como ideia motriz de moralidade, transcendente da subjetividade e geradora de quadros sociais fundamentais para o inter-relacionamento em pequenas comunidades; e, 3) como valor reinante na organização social das sociedades complexas e das instituições nela existentes⁵⁰⁶. Para Maria Celina Bodin, a solidariedade “é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós”.⁵⁰⁷

É nesse contexto que entra o abuso do direito configurado pelo comportamento contraditório, cuja vedação se impõe como natural limitação da ação de uma parte sobre a outra, “principalmente quanto ao exercício da vontade na formação e na execução do contrato, para evitar que uma parte se aproveite da debilidade da outra”⁵⁰⁸. É enfática a Constituição Federal ao instituir o Estado Democrático de Direito, de modo a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, e tendo como um dos precípuos princípios fundamentais o de construir uma “sociedade livre, justa e solidária” (CF, preâmbulo e art. 3º, I). Acentua Gomes Canotilho que “o homem de uns é o homem isolado e independente (perspectiva liberal), ao passo que, para outros, é o homem social, fraternal e solidariamente vinculado (perspectiva republicana)”⁵⁰⁹. Todas essas concepções somente corroboram e reforçam o fato de que o sistema jurídico deve ser interpretado, à luz dos ideais de justiça, ética e socialização, pela solidariedade e dignidade da pessoa humana.⁵¹⁰

8.2 Os valores tutelados pelo comportamento processual retroativo

Enquadramento da questão. Visto que no direito civil, assim como em todos os seus principais institutos, o apotegma romano *venire contra factum proprium non valet* representa em especial uma ruptura deontológica com a boa-fé objetiva. Os civilistas são unânimes em

⁵⁰⁶ GOMES, José Jairo. Responsabilidade civil na pós-modernidade: influência da solidariedade e da cooperação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, p. 227-233, jul./set. 2005. [p. 3-4, versão online].

⁵⁰⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco (Coords.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 179.

⁵⁰⁸ NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, p. 65-70, jan./mar. 2004. [p. 3, versão online].

⁵⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Texto original da 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008. p. 24.

⁵¹⁰ GOMES, José Jairo, op. cit., p. 5.

asseverar que o comportamento retroativo processual implica, via de regra, numa ruptura com a boa-fé objetiva e confiança que devem nortear o relacionamento intersubjetivo. A palavra dada pelo contratante no inter-relacionamento do negócio gera uma justa expectativa na contraparte de que a obrigação será efetivamente cumprida na forma pactuada, de sorte que o *venire contra factum proprium* rompe esse liame de confiabilidade, infringindo, por conseguinte os ditames éticos. O comportamento antijurídico que transgride a boa-fé objetiva antes, durante ou após a celebração do negócio jurídico, é suficiente para atingir um plexo axiológico derivado do sistema normativo civil contemporâneo, como a própria confiança, a solidariedade, a lealdade, a probidade e a moralidade.

O instituto foi exportado para o direito processual, trazendo consigo os mesmos fundamentos jurídicos que o norteiam no direito material. A disseminação do instituto não veio acompanhada de uma sólida base teórica a ele correspondente. Prova disso é que os tribunais aplicam o *nemo potest venire contra factum proprium* no processo, invocando pura e simplesmente a violação da boa-fé objetiva.

É preciso, porém, restabelecer as coisas em seus devidos lugares. Uma dogmática verdadeira deve exprimir a realidade fenomênica do instituto objeto do estudo, em face do ordenamento jurídico ao qual pertence, dos conceitos trilhados por uma teoria geral, visando à apreensão de um padrão de conduta social ou, ainda, para a formação de uma visão meramente epistemológica.⁵¹¹

Passa-se, assim, a uma das vertentes da presente tese, que é a de demonstrar a diferenciação axiológica do *venire contra factum proprium* nesses dois ambientes, não obstante a estreita simbiose atualmente existente no direito entre os planos público e privado.

8.2.1 O princípio da irretroatividade

O processo civil constitucional. A Constituição Federal constitui um acervo de preceitos fundamentais impregnado de forte carga valorativa e bens culturais, cujo conteúdo é fruto de um ato de soberania popular, num dado momento histórico. Estando topologicamente

⁵¹¹ BETTI, Emilio, *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*, cit., p. CXIV.

situada no ápice da escala hierárquica das fontes do direito, alberga as garantias ínsitas do devido processo legal.⁵¹²

A subsunção à lei do caso em julgamento, em verdade, representa a primaz aplicação do próprio texto constitucional, mais especificamente, a concreção dos princípios constitucionais do direito processual civil. Trata-se de uma relevante perspectiva metodológica para propiciar a eficiência do exercício jurisdicional. Isso se dá em razão de a Constituição Federal impor à atividade jurisdicional uma rigorosa atenção a um bloco principiológico que orienta essa atuação estatal e que conforma uma gama de direitos e garantias fundamentais do cidadão – o devido processo legal⁵¹³. Nesse quadrante, a Constituição Federal é a base fundamental regente da atividade judicante exercida pelo Estado.⁵¹⁴

Logo, não se admite que a relação processual descure dos princípios constitucionais atinentes ao processo civil – segurança jurídica, contraditório, ampla defesa, acesso à justiça, motivação, isonomia, publicidade, duração razoável etc – e sua violação representa a ruptura com todo o sistema legiferante de comandos.⁵¹⁵

Se cabe ao Estado garantir segurança jurídica ao homem no convívio social, *a fortiori* deve propiciar no ambiente do processo civil, em que predominam normas éticas, sobretudo tendo em conta a presença e protagonismo do Estado-juiz e onde subsistem interesses flagrantemente opostos. Traçando um paralelo, é o mesmo que manter a lhaneza e o respeito no centro da guerra. De fato, isso não é nada fácil.

⁵¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Apresentação.

⁵¹³ Mais recentemente, para Cássio Scarpinella Bueno: “Estudar o direito processual civil na e da Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo passivo, que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos e regulamentados naquela Carta. Muito mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda sua plenitude no sentido ativo de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, realizando pelo e no processo, isto é, pelo e no exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais reservados para o Estado brasileiro, de acordo com o seu modelo político, e para seus cidadãos.” (BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 33, n. 161, p. 262, jul. 2008).

⁵¹⁴ “O direito processual não se separa da constituição: muito mais do que mero instrumento técnico, o processo é instrumento ético de efetivação das garantias jurídicas. Sobre os princípios políticos e sociais da constituição edificam-se os sistemas processuais, num inegável paralelo entre o regime constitucional e a disciplina do processo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatcky, 1975. Apresentação).

⁵¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988, 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 300.

Cumpre, então, principalmente ao Estado-juiz, manter o exercício da jurisdição de forma leal, ética, proba, cooperativa, consentânea com a magnitude dos valores por ela priorizados. Para que mantenha o absoluto respeito às regras do embate dialético, o juiz não pode ser o paradigma da liberalidade, atuando como mero espectador da disputa, mormente no processo, onde o clima beligerante insta os litigantes a usarem de todos os meios lícitos – e até ilícitos – para sagrarem-se vitoriosos na disputa.⁵¹⁶

É nesse contexto que se faz presente o princípio da irretroatividade, como uma derivação do *due process of law*, atuando como instrumento eficaz na coibição às retroações processuais indevidas advindas da incidência do axioma *venire contra factum proprium non valet*.

Da segurança jurídica ao princípio da irretroatividade. O princípio da segurança jurídica, vale ressaltar, está contido nas entranhas do Estado Constitucional e Democrático de Direito (CF, art. 1º). Decerto, a própria topologia da Constituição se encarrega de deixar isso patente, prenunciando em seu preâmbulo que o Estado se destina a assegurar a segurança, como um dos valores supremos da sociedade. A segurança jurídica (CF, art. 1º, *caput*, c/c art. 5º, *caput*) integra o devido processo legal, pois o homem necessita de segurança para se orientar e empreender livremente sua vida, presente e principalmente futura⁵¹⁷. Para Antonio Enrique Pérez Luño: “A segurança é, sobretudo e antes de mais nada, uma radical necessidade antropológica humana e o ‘saber ao que agarrar-se’ é um elemento constitutivo da aspiração individual e social à segurança; raiz comum de suas distintas manifestações na vida e fundamento de sua razão de ser como valor jurídico.”⁵¹⁸

O direito se propõe a propiciar uma certa estabilidade às relações jurídicas, garantindo a subsistência de um mínimo de certeza na regência da vida do indivíduo em sociedade. Nesse sentido, o *venire contra factum proprium* no campo processual é somente uma das expressões concretas reveladoras dessa aspiração à pacificação, segurança e estabilidade. O princípio da segurança jurídica, na visão de Roque Carrazza, “exige que as pessoas tenham condições de

⁵¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo, *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*, cit., p. 68.

⁵¹⁷ Para Canotilho: “O homem necessita de uma certa *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsável a sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de direito o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 371).

⁵¹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991. p. 8-9.

anticipar objetivamente seus direitos e deveres, fatores essenciais para a confiança que as pessoas devem ter no Direito”.⁵¹⁹

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:⁵²⁰

Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatide das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas. Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a segurança em si mesma, a da certeza do possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano.

Dessarte, segurança é estabilidade; estabilidade é segurança⁵²¹. Segurança é, ao mesmo tempo, manutenção de um *statu quo* (dimensão estática) – no sentido de que as coisas permaneçam como estão – e previsibilidade (dimensão dinâmica) – no sentido de poder planejar o futuro. Ambos vetores atuam de forma a propiciar uma vida mais segura, juridicamente falando.

Mas como realizar esse cânones, considerando-se que o princípio da segurança jurídica é um sobreprincípio, sempre vislumbrado na perspectiva macrojurídica? Exatamente pelas mãos de seus subprincípios, que fazem a intermediação de novos valores autônomos, que lhe fornecem conteúdo material próprio.⁵²²

É aí que entram em cena os subprincípios da confiança, da boa-fé objetiva e da própria irretroatividade, todos largamente conectados ao postulado de segurança e pertencentes à mesma constelação axiológica⁵²³. Atuam também como elementos parciais da segurança a legalidade (CF, art. 5º, II) e a anterioridade (CF, art. 150, III, “b”).

⁵¹⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008. p. 45-46.

⁵²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 127.

⁵²¹ “Para garantir a segurança jurídica, cumpre que a ordem estabelecida não possa ser contestada incessantemente e que as situações jurídicas ou de fato adquiram ao cabo de certo tempo uma estabilidade suficiente. Passados os prazos necessários para permitir aos interessados reivindicar seus direitos ou contestar as situações estabelecidas, as coisas precisam ficar cristalizadas.” (BERGEL, Jean-Louis, *Teoria geral do direito*, cit., p. 155).

⁵²² CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 96-97.

⁵²³ SILVA, Almíro do Couto e, O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99), cit., p. 2.

É pela segurança jurídica – sobretudo nas mãos da irretroatividade – que se exige que os comportamentos dos partícipes da relação processual não sejam retroativos em relação a uma anterior laboração, tal qual como positivado no Código de Processo Civil (art. 14), buscando manter hígida uma situação jurídica consolidada (*tempus regit actum*).

Como princípio integrante das garantias constitucionais, funciona como verdadeiro cânones do sistema, mandamento nuclear, sendo que sua carga axiológica deve ser efetivada de plano no caso concreto, considerando-se que constitui *norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata*.⁵²⁴

Positivação no direito brasileiro. José Eduardo Martins Cardozo, com base na lição Caio Mário da Silva Pereira, aduz que existem três formas de inserção do princípio da irretroatividade no ordenamento jurídico. Alguns países inserem o princípio diretamente no texto constitucional, outros o retratam como regra infraconstitucional, e outros silenciam a respeito, considerando-o como princípio latente no sistema.⁵²⁵

No Brasil, todas as Constituições – com exceção da de 1937 – adotaram o dogma da irretroatividade diretamente inserto no texto constitucional⁵²⁶. A relevância e o caráter constitucional do princípio da irretroatividade foram acentuados por Limongi França, para quem o primado “atende perfeitamente aos imperativos das nossas tradições jurídicas e populares”.⁵²⁷

Ex factu, a Constituição Federal estabelece que “a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), como corolário da tutela da confiança e da segurança jurídica.⁵²⁸

⁵²⁴ São normas que têm independência de posterior regulamentação, ou seja, podem produzir efeitos sem que seja necessária a edição de outra norma.

⁵²⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 301.

⁵²⁶ Ibidem, p. 301-302.

⁵²⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 5. ed. rev. e atual. do “Direito intertemporal brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 294.

⁵²⁸ Para Canotilho: “O problema das leis retroactivas é uma das mais complexas questões da teoria geral do direito. Em termos jurídico-constitucionais, o ponto de partida para uma abordagem da retroactividade dos actos legiferantes tem de considerar várias dimensões. O princípio do Estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objectivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas. Daqui a ideia de uma certa medida de confiança na actuação dos entes públicos dentro das leis vigentes e de uma certa protecção dos cidadãos no caso de mudança legal necessária para o desenvolvimento da actividade de poderes públicos.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 374-375).

De outra parte, seguindo a linha preconizada pela Constituição, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) corrobora a diretriz constitucional, reafirmando o respeito às situações jurídicas consolidadas (LINDB, art. 6º, *caput*).

A irretroatividade se irradia por todo o direito. O princípio da irretroatividade está permeado por todo o direito. Apesar de a literalidade do texto constitucional restringir a não retroação à “lei”, na verdade o poder constituinte originário *dixit minus quam voluit*. Norma elementar de teoria geral do direito ensina que para ser jurídico e merecer a proteção legal, um fato não precisa forçosamente ser “perfeito”.⁵²⁹

Com efeito, a norma constitucional, de forma mais abrangente, pulveriza esse fator de não retroeficácia para todo o sistema positivo pátrio, não o limitando à aplicação retrospectiva da lei nova.

Corolário disso é que o primado de irretroatividade, em essência, não está vertido unicamente ao legislador, mas também ao aplicador do direito, atuando, no caso, como autêntica regra de hermenêutica. Para Tércio Sampaio Ferraz Junior:⁵³⁰

Em nome do direito à segurança, que exige certeza e confiança, não se pode, pois, restringir o princípio da irretroatividade à lei como mero enunciado, devendo compreender a lei como sua inteligência em determinado momento.

[...]

A irretroatividade é, assim, do Direito e alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto.

Os tribunais alemães aplicam o princípio da irretroatividade das leis – mesmo sem supedâneo constitucional – às normas e atos administrativos ou judiciais, tomando em consideração que aquilo que vale para o legislador deve valer igualmente para a Administração Pública – Executivo e Judiciário.

Para Vicente Ráo, “quando o princípio geral da irretroatividade das normas jurídicas é consagrado como preceito constitucional de garantia, tanto se dirige ao juiz, quanto ao legislador, tanto comprehende o direito público, quanto o direito privado”⁵³¹. Nelson Nery

⁵²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008. p. 14.

⁵³⁰ Ibidem, p. 11.

⁵³¹ RÁO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, cit., v. 1, p. 328.

Junior segue o mesmo raciocínio, afirmando que “se o direito pudesse retroagir, estaria sendo desrespeitados a segurança jurídica, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Logo, a irretroatividade do direito e das normas jurídicas em sentido lato não podem retroagir para prejudicar direitos”.⁵³²

Roque Carrazza não discrepa, ressaltando que “a segurança jurídica, um dos pilares do nosso Direito, exige que as leis, os atos administrativos em geral e a jurisprudência tenham o timbre da irretroatividade. Daí falarmos em irretroatividade do Direito e não, apenas, das leis”.⁵³³

Ademais disso, a admissibilidade da retrospecção do direito ofenderia a subjetividade do princípio da segurança jurídica, mais especificamente no que tange à confiança dos sujeitos, suas expectativas formadas relativamente aos atos e condutas do Estado. Espera-se, com isso, que o Estado-juiz não possa modificar inopinadamente as manifestações anteriores, propagadoras de vantagens aos jurisdicionados, ainda que em nome da ilegalidade.

Sob a perspectiva ontológica da conduta retroativa, é inegavelmente um exercício oposto, frontalmente contrário à boa-fé objetiva, dever esse que o Estado não pode descurar, sob pena de violação do próprio Estado de Direito.

Destarte, a retrospecção do direito possui várias vertentes e conformações e tem potencialidade suficiente para irradiar um efeito geral perturbador e angustiante à estabilidade jurídica e social.

A irretroatividade como vedação ao comportamento contraditório. Consoante retratado no decorrer da presente demonstração científica que o *venire contra factum proprium* no campo material veda uma atuação destoante da boa-fé objetiva, em que alguém, voltando-se contra seus próprios atos, malfere a confiança e legítima expectativa despertadas em outrem, ocasionando-lhe um gravame. E isso sucede não somente no relacionamento intersubjetivo entre particulares, mas fundamentalmente entre os particulares e o Poder

⁵³² NERY JUNIOR, Nelson, Creditamento do IPI: produtos isentos e não tributários, in SOLUÇÕES práticas de direito: direito tributário, cit., v. 3, p. 18 [Versão online].

⁵³³ CARRAZZA, Roque Antonio, Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais, in *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, cit., p. 45-46.

Público, em todas as suas dimensões, de sorte que o princípio da irretroatividade também atua nos mais variados campos do direito substancial.⁵³⁴

A irretroatividade da interpretação da lei (a jurisprudência). De uma certa forma, a aplicação da lei também possui uma face nefasta, pois a função do julgador é apontar aquilo que deveria ter sido feito, aquilo que não foi feito ou aquilo que foi malfeito, cotejando com a norma vigente⁵³⁵. Nesse sentido, as decisões judiciais proferidas são compreendidas e têm, via de regra, sempre um cunho retrospectivo (eficácia *ex tunc*), por formalizarem uma declaração sobre fatos havidos no passado, com exceção das sentenças constitutivas que, além de declararem, modificam uma relação jurídica substancial.⁵³⁶

Com a alteração da jurisprudência, ocorre raciocínio similar, visto que o jurisdicionado, de boa-fé, pauta sua conduta com base na lei e no entendimento jurisprudencial sedimentado a ela relativo – muitas vezes dos próprios tribunais superiores –, mas que, tempos depois, quando do julgamento de sua questão, mostra-se irremediavelmente superado. Sua conduta é valorada com base numa norma inexistente e incapaz de ser tomada em consideração no momento em que adotada.

O indivíduo é traído pelo próprio “direito vigente”⁵³⁷. Exsurge um novo entendimento, uma abrupta alteração jurisprudencial em sentido totalmente diverso daquele, ofendendo a

⁵³⁴ Esse princípio da irretroatividade está positivado também no campo tributário, onde há regramento – de jaez constitucional – coibindo a cobrança de tributos em relação a fatos geradores havidos antes da entrada em vigor da lei que os tiver instituído ou elevado (CF, art. 150, III, “a”); está presente também nos artigos 146 do CTN e 27 da Lei n. 9.868/99, que prevê a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado pelo STF; no artigo 11 da Lei n. 9.882/99, que estatui a mesma possibilidade, no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental; e no artigo 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal e que veda a aplicação retroativa de nova interpretação da norma administrativa.

⁵³⁵ ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 491.

⁵³⁶ “A regra geral é que as sentenças condenatórias e declaratórias produzem efeitos *ex tunc*, reportando-se ao passado, enquanto a constitutiva só os produz daqui para o futuro (*ex nunc*, ou seja, a partir de agora). Excepcionalmente a sentença condenatória pode ter efeitos *ex nunc* (como na ação de despejo, cuja sentença não projeta efeitos pretéritos) e, ainda excepcionalmente, algumas constitutivas têm efeitos reportados à data da propositura (v.g., ação para a rescisão de contrato por inadimplemento).” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 325).

⁵³⁷ Para Karl Larenz, como “existe uma grande probabilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das empresas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, são considerados, decorrido algum tempo, ‘direito vigente’” (LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 611).

confiança e a legítima expectativa depositada na *ratio iuris* superada⁵³⁸. Isso pode redundar, a depender do caso concreto, numa clamorosa injustiça.

A surpresa evidencia a falta de cognoscibilidade e calculabilidade que devem nortear o direito, fruto da imposição de segurança jurídica⁵³⁹. Como já ficou assentado, a calculabilidade permite que o particular possa vislumbrar as consequências jurídicas advindas de seu comportamento e, com isso, propiciar uma liberdade de atuação⁵⁴⁰. Esse contexto culmina por ferir a boa-fé objetiva, atingindo de forma antijurídica aqueles que pautaram suas condutas na convicção de que procediam de acordo com a adequada exegese da lei⁵⁴¹. A forma de correção do direito agride o próprio direito.

Sob determinada perspectiva, a irretroatividade da jurisprudência é mais importante que a dedicada às leis, tendo em vista que ao atuar dizendo o direito, faz conhecer o verdadeiro sentido lógico-deôntico da norma jurídica.⁵⁴²

O julgamento paradigmático. Na Alemanha, essa elevada confiança sedimentada sobre a permanência na jurisprudência levou a doutrina a propor que os tribunais resolvessem os casos relativos a fatos pretéritos em conformidade com a jurisprudência mantida até então, porém anunciando para conhecimento geral que os julgamentos de casos futuros teriam por base o novo posicionamento jurídico.⁵⁴³

Em 2007, o STF julgou a ADI n. 2.240-7⁵⁴⁴, intentada contra a Lei n. 7.619/2000 – que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães/BA –, por contrariedade ao disposto no artigo 18, parágrafo 4º, da CF. No julgamento paradigmático, o STF, diante da *quaestio iuris* trazida, foi compelido a levar em consideração, excepcionalmente, a existência de fato do

⁵³⁸ “Nessa situação específica, o particular atua com base em uma decisão judicial que entende também aplicável ao seu caso, mas tem seu comportamento valorado por outra que desconhecia no momento de sua ação.” (ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 492).

⁵³⁹ Para Luiz Guilherme Marinoni: “Linhas decisórias inconstantes violam expectativas legítimas do jurisdicionado. Aquele que se coloca em situação similar à do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Arts. 926 a 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.074).

⁵⁴⁰ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 493.

⁵⁴¹ CARRAZZA, Roque Antonio, Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais, in *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, cit., p. 55.

⁵⁴² Ibidem, p. 70.

⁵⁴³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, Irretroatividade e jurisprudência judicial, in *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, cit., p. 13.

⁵⁴⁴ STF – ADI n. 2.240-7/BA, Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 09.05.2007, DJe, de 03.08.2007, Ement. 2.283/279.

Município – como ente federativo – por mais de seis anos. É dizer, a singela declaração de inconstitucionalidade sem a modulação de seus efeitos traria inegavelmente consequências nefastas aos municípios, num caos jurídico de ordem política, econômica e social.

Ficou o STF, nessa contingência, *inter sacrum et saxum*, entre a procedência da demanda – e a derivada ineficácia *ex tunc* da criação do Município – ou sua improcedência, esquivando-se da aplicação de tais drásticas consequências.

A ADI foi, de fato, julgada procedente, em respeito ao princípio da nulidade da lei inconstitucional, porém os princípios da segurança jurídica, da equidade e do interesse social também mereceram aplicação, em benefício da preservação do Município, a ponto de não se pronunciar a nulidade da lei inconstitucional, pelo prazo de 24 meses, até a regularização legislativa.

A tensão de valores possibilitou uma solução alternativa pela técnica da ponderação, com prestígio a ambos os princípios, de modo a não se ignorar uma situação consolidada. Malgrado existir no STF uma ADI acerca do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, o dispositivo foi aplicado em sua máxima potencialidade.

Esse julgamento paradigmático efetivamente abriu as portas para a atribuição de eficácia prospectiva (*ex nunc*) dessas indesejáveis – porém permitidas e até saudáveis em nome da evolução do direito⁵⁴⁵ – alterações na jurisprudência, em nome da grave ameaça da segurança jurídica, exigindo a ponderação de valores como invariável exigência do justo processo, não somente no STF, em controle concentrado de inconstitucionalidade, mas igualmente no STJ, ao delimitar a adequada exegese da lei infraconstitucional.

Afrontaria a logicidade do ordenamento vigente se admitir que o STJ possa reformar uma decisão contrária a tratado ou lei federal – ou rever um posicionamento adotado por um tribunal sobre determinada lei federal – e não poder relativizar os graves efeitos irradiados

⁵⁴⁵ Para Tércio Sampaio Ferraz Junior: “Alterações jurisprudenciais fazem parte da dinâmica do direito. Se o processo de mudança legislativa é mais ou menos rígido, se a produção normativa da administração tem uma flexibilidade limitada pela legalidade estrita, é, sem dúvida, na atividade jurisdicional, que o direito conhece seu mais alto grau de adaptabilidade à mudança social, econômica, cultural, no espaço e no tempo. Isto tem muito a ver com a independência do Judiciário num sistema de tripartição dos poderes e com a singela submissão do juiz à constituição e à lei nos termos de sua própria convicção.” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, Irretroatividade e jurisprudência judicial, in *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, cit., p. 4).

sobre aqueles que se pautaram no entendimento transposto, confinado na legitimidade conferida à lei pelo próprio Poder Judiciário.⁵⁴⁶

Foi o que de fato passou a acontecer, prevalecendo, dessa forma, o bom senso⁵⁴⁷. A adequada exegese da norma impõe um posicionamento não frio, estático e insensível por parte do aplicador, mas uma realização integradora do contexto jurisprudencial no meio social, de acordo com sua relevância casuística.

Sobre o sentido da não retroatividade, Tércio Sampaio Ferraz Junior⁵⁴⁸, com base na lição de François Ost, ensina que:

Trata-se de respeitar o passado, preavendo-se de tornar ilusórias, retrospectivamente, as expectativas então legítimas. Pela proibição da retroatividade, uma ocorrência no passado supõe-se como tendo uma consistência duradoura, que merece respeito: coisas foram ditas e feitas, promessas foram trocadas, normas editadas e, no seu momento, isto teve um peso e uma importância inclusive para o futuro. O princípio da irretroatividade resgata e sustém esse passado em face do futuro, sendo acolhido no presente E é assim que, ao fazê-lo confere sentido vinculante às promessas num sentido amplo: o que ocorreu compromete.

Assim, na hipótese de a mudança na jurisprudência com eficácia retro-operante vir, no caso concreto, a ofender a razoabilidade, de tal modo que o regresso ao *statu quo ante* crie um cenário de ostensiva iniquidade e desequilíbrio – com um prejuízo social não pretendido até mesmo pelo próprio legislador –, impõe-se a aplicação da técnica de modulação de seus efeitos. Atribuiu-se, em nome da segurança jurídica, da certeza e justiça, concretude ao princípio da irretroatividade também para o momento da aplicação da lei, possibilitando a modulação de seus efeitos.

⁵⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, Arts. 926 a 928, in *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 2.078.

⁵⁴⁷ Ainda no regime do CPC/73, o STJ, em atenção à segurança jurídica, entendeu corretamente pela inaplicabilidade retroativa do novo entendimento jurisprudencial: “Agravio regimental no agravo de instrumento. Recurso especial interposto antes do julgamento de embargos de declaração. Ratificação. Decisão da Corte Especial. Impossibilidade de emprestar-lhe efeitos retroativos. 1) A decisão da Corte Especial deste Sodalício (julgamento em 18/04/2007) no sentido de ser o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, prematuro e incabível, por devendo ser reiterado ou ratificado no prazo recursal, não pode ser aplicada com efeitos retroativos às situações anteriores à sua publicação. 2) No caso, o recurso especial da ora agravante foi interposto em 06 de outubro de 2006, quando ainda não havia se formado o entendimento da Corte Especial do STJ no sentido acima explicitado. 3) Agravio regimental provido.” (STJ – AgR AI n. 827.293/RS, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, rel. p/ acórdão Min. José Delgado, j. 25.09.2008, DJ, de 22.11.2007, p. 193).

⁵⁴⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, Irretroatividade e jurisprudência judicial, in *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, cit., p. 7-8.

Assim, a alteração do norte jurisprudencial há de ser realizada com a mesma cautela que o legislador deve observar ao inovar a ordem jurídica positivada.⁵⁴⁹

Para que o princípio da segurança jurídica – juntamente com seus corolários de confiança e boa-fé processual – não se torne algo etéreo e utópico, mister se faz que as alterações jurisprudenciais detenham apenas eficácia prospectiva e, em algumas hipóteses, até mesmo diferida, culminando por subsistir a interpretação superada.⁵⁵⁰

Atento a isso, o legislador do CPC/2015 atribuiu ultratividade ao *overruling*, possibilitando a modulação de efeitos, em nome do interesse social e da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (CPC, art. 927, §§ 3º e 4º).

O princípio da irretroatividade no processo civil. O princípio da irretroatividade é uma das linhas mestras do processo civil, por encontrar-se arraigado de forma latente nos primordiais institutos que o conformam. Fredie Didier Junior preconiza que “para o bom andamento do processo, ele não deve ser interrompido ou embaracado (ou, ao menos, as interrupções e os embaracos devem ser reduzidos ao mínimo inevitável). Deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba: não se admite o retorno para etapas processuais já ultrapassadas, nem se toleram comportamentos incoerentes e contraditórios”⁵⁵¹.

Por conseguinte, a força derivativa do princípio da irretroatividade não se restringe, como já visto, à lei, nem à interpretação da lei, mas se irradia por todo o direito. Assim sendo, a não retroação incide marcadamente sobre a marcha processual, abarcando todo o qualquer ato processual ou situação jurídico-processual que – estando juridicamente consolidada – possa implicar um sentido lógico-jurídico, e objetivamente, uma retroação em relação ao fluxo ditado pelo procedimento. Fere, precipuamente, a atividade jurisdicional, a dignidade da Justiça. Com isso, forçosamente se atinge a confiança daqueles demais entes que se submetem à Justiça.

⁵⁴⁹ CARRAZZA, Roque Antonio, Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais, in *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, cit., p. 57.

⁵⁵⁰ Ibidem, p. 57.

⁵⁵¹ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., v. 1, p. 427.

Há uma lógica deônica de não retroação latente em tudo que envolve o processo civil: a marcha é idealizada para não retroagir. Impera a irreversibilidade daquilo que já aconteceu. Exatamente por isso que o CPC/2015 positivou como regra fundamental do direito processual civil o princípio da irretroatividade, ao prescrever que a norma processual não retroagirá para regulamentar as situações jurídicas consolidadas sob a regência da lei revogada (CPC, art. 14, *caput*).

Além disso, inúmeras derivações da não retroação podem ser extraídas do processo civil, a saber: a) não se admite novas discussões ou alterações envolvendo o conteúdo da coisa julgada; b) o estado de pendência da demanda posta não permite sua repropósito (CPC, art. 337, §§ 1º e 3º); c) a incidência da perempção obasta que a parte intente novamente a ação (CPC, art. 485, V); d) o princípio da eventualidade, em nome da irreversibilidade, veda a oposição de argumentos serôdios; e) a eficácia preclusiva da coisa julgada obasta que a parte ingresse com nova demanda valendo-se de novo acervo argumentativo concernente à mesma causa de pedir; f) os efeitos da alteração da jurisprudência dominante não retroagirão para prejudicar as partes que confiaram e pautaram suas condutas no entendimento jurisprudencial superado (CPC, art. 927, § 3º); g) o juiz do processo não pode retroceder, rejugando questão já decidida no processo (CPC, art. 505); h) outrossim, os partícipes da relação processual não podem perpetrar retroações indevidas em seus comportamentos, quando tais atos traírem uma legítima expectativa firmada sobre uma confiança despertada.

A questão prejudicial, uma vez decidida na fundamentação da sentença, não pode mais ser objeto da tutela jurisdicional, quando respeitado o contraditório. Aumenta-se a abrangência objetiva da coisa julgada – abrangendo a fundamentação da sentença cujo objeto seja prejudicial de mérito – evitando, com isso, a possibilidade de subsistirem contradições lógicas entre uma questão prejudicial decidida incidentalmente num processo, com o dispositivo de uma sentença com o mesmo objeto, em ação futura (CPC, art. 503, §§ 1º e 2º). Se, por hipótese, em ação de alimentos o juiz já declara *incidenter tantum* a paternidade, não há razão para se remexer naquilo que já resta inexoravelmente reconhecido. Pelo regime do CPC/73, essa inconsistência do sistema objetivo era permitida, apesar de representar um agravo àqueles que depositaram sua confiança na dignidade da Justiça.

Quer-nos parecer que essa inovação seja uma manifestação do princípio da irretroatividade dentro do processo, não mais permitindo que essa questão seja rediscutida e decidida de forma oposta em demandas futuras.

Basicamente, portanto, depreende-se que toda a dinâmica do processo está vinculada a essa nuclear ideia (realidade estimuladora) de irretroatividade do direito. São mecanismos que atuam em auxílio do avanço do processo, “permitindo uma ordenação simplificada, coordenada e racional da atividade jurisdicional”.⁵⁵²

A admissibilidade da retroação em tais situações espancaria frontalmente o Estado de Direito, que preza pela segurança jurídica. É claro que nenhum valor constitucional é “absoluto” no momento de sua concreção – nem a vida tem esse *status* constitucional (CF, art. 5º, XLVII, “a”) –, existindo um paradoxo na esfera axiológica estabelecido entre forças de segurança e justiça. É dizer, em verdade os valores são ontologicamente absolutos⁵⁵³ – caso contrário teriam uma significação para uns, mas não para outros –, porém, no momento de sua aplicação entram em estado de tensão com outros valores do mesmo quilate, momento em que são relativizados para albergar uma decisão justa no caso concreto. Instala-se uma situação de colisão, de argumentação e ponderação, no escopo de encontrar um significado à formulação, em que a legítima solução virá da capacidade de persuasão dos entes envolvidos.

O que é inexorável é a estreita imbricação do *venire contra factum proprium* processual com o princípio constitucional da irretroatividade, diante do repúdio à possibilidade de projeção de efeitos pretéritos (*ex tunc*) a um comportamento contraditório em relação a outro anterior. São conceitos estreitamente imbricados e que se encontram conectados à política jurídico-processual adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Expressando um brocardo um plexo valorativo, no direito processual civil o *venire contra factum proprium non valet* está umbilicalmente relacionado com o princípio de irretroatividade, subprincípio da segurança jurídica, um dos pilares que permeia os principais institutos que conformam o direito processual civil.

⁵⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Processo de conhecimento*, cit., p. 630.

⁵⁵³ GARCÍA MORENTE, Manuel García. *Fundamentos de filosofia: lições preliminares*. 4. ed. em português. Tradução e prólogo de Guilhermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1970. v. 1, p. 298.

8.2.2 A tutela da confiança

Retratada a segurança jurídica pelo aspecto objetivo, resta abordá-la subjetivamente, pois ela também é um valor preservado pela adoção do *venire contra factum proprium non valet* no ordenamento jurídico-processual brasileiro. A intangibilidade das situações jurídicas consolidadas se justifica igualmente por razões subjetivas dos demais entes processuais, que, como abordado anteriormente, depositam sua confiança e boa-fé objetiva na adequada condução do fluxo procedural.

O que se pode dizer além do que já ficou consignado é que a confiança dos sujeitos processuais recai primacialmente sobre o Estado-juiz, ao qual compete realizar o direito material violado e, numa perspectiva finalística e funcional, restabelecer a pacificação após a resolução do conflito.

Em nome da confiança e da boa-fé objetiva, não pode o Estado-juiz permitir retroações indevidas no processo por parte dos entes processuais, inclusive pelo juiz. Veda-se que o ente do litígio forneça uma previsibilidade aos demais sujeitos por conta de uma conduta adotada e depois se contradiga, malferindo a expectativa proveniente. Nesse sentido, o processo serve de base da confiança a ser juridicamente protegida.⁵⁵⁴

Pelo princípio da proteção da confiança, é imposta uma limitação ao Estado – extensível aos demais entes do processo –, de forma a não se admitirem alterações abruptas nos atos emitidos, propagadores de vantagens aos jurisdicionados. Busca-se a incolumidade das expectativas geradas em seus destinatários, fazendo supor que as condutas seriam regularmente mantidas.⁵⁵⁵

A confiança do cidadão, nesse caso, é normativamente vista por um aspecto microjurídico, pondo a salvo o interesse de um grupo de interesses, enquanto que a segurança

⁵⁵⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., v. 1, p. 142.

⁵⁵⁵ SILVA, Almiro do Couto e, O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99), cit., p. 4-5.

jurídica, em sentido oposto, é vista macrojuridicamente, objetiva e coletivamente considerada, desvinculada de um indivíduo específico.⁵⁵⁶

A ordem jurídica tem o dever de propiciar um ambiente de confiança. A fim de se permitir a pacífica e civilizada convivência social, atribui-se à ordem jurídica o dever de propiciar cenários propícios a uma atmosfera de confiança para os jurisdicionados⁵⁵⁷. Para Larenz, a toda expressão do corolário de confiança está inserida uma única ideia jurídica, propiciadora de coexistência pacífica na sociedade juridicamente organizada, que assegure a cada um “o que é seu”, ideal somente possível enquanto o Estado garantir uma redoma de confiabilidade.⁵⁵⁸

A expectativa legítima, em cotejo com a conjuntura em que ela foi erigida, sofre atentado quando atua no processo o elemento surpresa, que não permite a previsibilidade dos atos subsequentes. Em reforço argumentativo, já se decidiu que “o processo é instrumento de solução de litígios, que deve garantir às partes um desenrolar tranquilo de sua cadeia de atos. A surpresa e a instabilidade não agregam à pacificação social”.⁵⁵⁹

O princípio da confiança, sob esse prisma, está sedimentado na boa-fé do particular, como norma de conduta geral e na *ratio iuris* da coibição do *venire contra factum proprium*. O Estado de Direito – sob o jugo dos direitos público e privado – é sobretudo *Estado de confiança*, seja entre os jurisdicionados e o Estado-juiz, seja entre os entes privados⁵⁶⁰. Sendo a proteção da confiança uma eficácia reflexa da segurança jurídica, derivando dos direitos fundamentais de liberdade e propriedade, possui jaez constitucional (CF, art. 5º, § 2º).⁵⁶¹

Confiança e segurança jurídica são valores conservadores da ordem jurídica, o primeiro voltado à tutela de interesses privados e o segundo de interesses públicos. Ambos

⁵⁵⁶ ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 377.

⁵⁵⁷ Para Teresa Arruda Alvim Wambier, é imprescindível “que o direito gere segurança, no sentido de possibilitar aos jurisdicionados terem expectativas generalizáveis sobre as condutas, próprias e alheias” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 60).

⁵⁵⁸ Larenz arremata a ideia, afirmando que: “Uma desconfiança total e de todos conduz à eliminação total de todos ou ao domínio do mais forte, quer dizer, ao oposto de um ‘estado jurídico’. Possibilitar a confiança e proteger a confiança justificada é, portanto, um dos preceitos fundamentais que deve cumprir o ordenamento jurídico. Isto não quer, no entanto, dizer que, por exemplo, todo o ordenamento jurídico se poderia desenvolver a partir deste único princípio.” (LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 678-679).

⁵⁵⁹ STJ – EREsp n. 1.352.730/AM, Corte Especial, rel. Min. Raul Araújo, j. 05.08.2015, *DJe*, de 10.09.2015.

⁵⁶⁰ STF – ACO n. 79, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 15.03.2012, *DJe*, de 28.05.2012.

⁵⁶¹ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 376.

são aptos à manutenção do estado de fato vigente, evitando que o processo se transforme em poço de armadilhas ocultas para os litigantes, vitimados que possam ser por surpresas e repentinhas mudanças na permanência.⁵⁶²

Malgrado a segurança jurídica, a confiança e a boa-fé pertencerem ao mesmo plexo valorativo, foram adquirindo autonomia no decorrer do tempo, sem, contudo, perder certa particularidade comum.⁵⁶³

Nesse sentido, a confiança assegura que as situações jurídicas possam ser suficientemente sedimentadas, que a legítima expectativa depositada pelos demais entes nos atos praticados no ambiente processual não seja sorrateiramente traída por expedientes escusos, que somente contribuem para a reversão do curso processual no trajeto de seu destino constitucionalmente desenhado.

O *venire contra factum proprium* do direito civil envolve uma relação de confiança que une as pessoas e que as motiva a firmarem uma relação jurídica. No processo civil, a confiança interage com os elementos do processo, voltando-se às condutas dos partícipes. Uma parte não detém relação de confiança com a outra. Aliás, é exatamente a ausência de confiança que as leva ao litígio, no qual o sentimento tomado pelo inadimplemento da obrigação antes contraída acarreta a disputa judicial do direito material envolvido, demandando uma “absorção de insegurança”.⁵⁶⁴

⁵⁶² SILVA, Almíro do Couto e, O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99), cit., p. 6.

⁵⁶³ Ibidem, p. 2.

⁵⁶⁴ “A solução do conflito demanda necessariamente uma disputa, que não pressupõe um ato de escolha em que as alternativas disponíveis defluem clara e nitidamente ao aplicador, mas, ao contrário, demanda um complexo procedimento, suscetível a incontáveis possibilidades, muitas delas incompatíveis, característico de um quadro de instabilidade social e que, por conta disso, almeja o que Simon e March denominam de ‘absorção de insegurança’.” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, cit., p. 326). “A absorção de insegurança, obtida por meio de uma decisão jurisdicional, não condiz com a clássica visão de eliminação definitiva do conflito, transformando a incompatibilidade originária do conflito em compatibilidade, ainda que, num segundo momento, o resultado da transformação remeta a uma nova situação de instabilidade até mais complexa que a primitiva” (Ibidem, p. 327). “A decisão judicial pode não necessariamente colocar fim ao conflito, mas certamente fornece uma solução de continuidade, que não mais permite que sejam indefinidamente levados. Implica na impossibilidade de rediscussão e sua imutabilidade” (Ibidem, p. 328).

Por tais motivos, a confiança se constitui como um dos valores latentes na subsistência da vedação ao *venire contra factum proprium* na seara processual. Retroações indevidas na marcha processual ferem a confiança da contraparte e as justas expectativas despertadas.

8.2.3 O princípio da eficiência

8.2.3.1 Facetas do processo imbricadas com o *venire contra factum proprium* e a eficiência

O princípio da eficiência, no CPC/2015, foi alçado à condição de norma fundamental do processo civil, incorporando valores até então não expressos, estabelecidos pela Constituição Federal (CPC/2015, art. 1º). Impõe o princípio da eficiência que a Administração Pública – incluindo-se nesta o Poder Judiciário, em todos os seus níveis e conformações – obedeça ao princípio da eficiência no desempenho do múnus público (CF, art. 37).

Dentro desse norte, as modificações implementadas pelo CPC/2015 no conjunto de atos processuais que conformam o procedimento buscam inegavelmente o máximo rendimento na consecução da entrega da prestação jurisdicional, assegurando a todos o acesso a um serviço judiciário ao mesmo tempo célere, econômico e efetivo, destinado a minimizar os entraves existentes na busca e realização da justiça. É dizer, almeja-se o maior resultado possível proveniente da tutela jurisdicional, com o mínimo dispêndio de tempo, recursos e atividade judicante.

Não há, como anotado, estado de eficiência quando a máquina judiciária não consegue, de forma eficaz, empreender meios tendentes à manutenção da coerência de sua jurisprudência, relativamente a uma determinada *quaestio iuris*. Há uma evidente inconsistência do sistema quando subsistir, ao mesmo tempo, mais de uma interpretação para um mesmo dispositivo legal, estabelecidas sobre uma idêntica premissa fática, em sentido, senão antagônicas, suficientemente divergentes.

Antes de adentrar no tema objeto do presente capítulo, mister se faz uma rápida digressão acerca de algumas particularidades da relação jurídica processual que recebe direta e prejudicial interferência oriunda da configuração do *venire contra factum proprium*.

O processo como uma subsequência de atos coordenados. Entre a violação do direito subjetivo ou a mera resistência a uma pretensão, e o restabelecimento do direito material nas mãos de seu titular, impõe-se a instalação e o desenvolvimento da atividade jurisdicional. A mesma lei que franqueia aos lesados o acesso à Justiça prevê que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal.

Chiovenda define o processo como um complexo de atos praticados por órgão jurisdicional ordinário, devidamente coordenados entre si, a fim de se fazer atuar a vontade da lei⁵⁶⁵. Adolf Wach, leciona que: “*El proceso es un suceso fáctico, el suceso de vida normado por la ley procesal. En el proceso se va agrupando en sucesión temporal hechos de la más diversa especie y del más diverso contenido, cuya característica común está en que entran en escena como actos procesales puestos al servicio de la finalidad procesal.*”⁵⁶⁶

Assim é porque se obedece a uma forma adredemente tipificada em lei⁵⁶⁷, de modo que o desrespeito a essa metodologia somente se justifica na ausência de prejuízo da contraparte ou na instrumentalidade das formas (CPC, arts. 277, 283, parágrafo único, e 282, § 2º). Esse enquadramento legal da função jurisdicional a um arquétipo procedural possui um relevante significado, permitindo e assegurando, ao final e ao cabo, o resguardo dos valores por ele tutelados, por meio de uma síntese imparcial e imperativa.⁵⁶⁸

⁵⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 37.

⁵⁶⁶ WACH, Adolf, *Manual de derecho procesal civil*, cit., v. 1, p. 50.

⁵⁶⁷ Caso a lei que regulamente o modo de ser do processo seja modificada por outra, a lei nova terá vigência imediata, pois vige o princípio *tempus regit actum* (CPC, art. 1.046). A vigência imediata da lei processual restrita a atos processuais ainda não praticados garante o princípio de não retroatividade que permeia o ordenamento jurídico (CF, art. 5º, XXXVI; LINDB, art. 6º). Porém, os atos processuais já definitivamente realizados que representam situações juridicamente consumadas ao longo da relação processual hão de ser respeitados, inadmitindo a dogmática retroações indevidas. Arruda Alvim, aponta que isso se deve ao princípio jurídico fundamental que permeia o direito processual civil e que indica que a jurisdição dependerá de uma tipificação prévia descrita na lei (ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 48).

⁵⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 89.

Trata-se do Estado de Direito⁵⁶⁹, que impõe a força da lei – mas a ela também se submetendo –, garantindo o livre acesso à jurisdição, mas antevendo rigorosos requisitos para seu desenvolvimento, de sorte que o resultado desse dualismo é a concretização de uma “ordem estabelecida”, em que a justa decisão goza das atribuições de imperatividade e suficiente estabilidade, a fim de se garantir o ideal de pacificação.

Essa justa decisão necessita realizar *in totum* o direito material reconhecido – tal qual como subsistia antes da violação do direito (efetividade) –, e que seja proferida dentro da duração razoável⁵⁷⁰. Para que isso efetivamente ocorra, o processo deverá respeitar o *due process of law*, não dispensando, dentre outras garantias, o exercício pleno do contraditório e ampla defesa, o juiz natural, a imparcialidade, a publicidade, a motivação das decisões e a inadmissibilidade de provas ilícitas.

Assim, os atos processuais – que diferem dos atos jurídicos derivados do plano material – possuem unidade finalística (teleológica), pois todos contribuem para um único fim e possuem relação de interdependência, pela qual todo ato processual praticado é consequência dos que lhe antecederam e servirá como fator decisivo daqueles que estão por vir.⁵⁷¹

Nesse sentido, o *venire contra factum proprium* rompe essa coordenação no encadeamento dos atos, ao se empreender uma ação que não tem relação de causa e efeito com os atos anteriores, comprometendo, com isso, a eficiência da relação processual.

⁵⁶⁹ Kelsen complementa a ideia, afirmado: “Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasmico. Porém, ela é efectivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. ‘Estado de Direito’ neste sentido é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um Chefe de Estado que se encontra à testa do governo –, os membros do governo são responsáveis pelos seus actos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento, são garantidas.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 417).

⁵⁷⁰ “Il processo (*rectius: i molti procedimenti in cui si articola la tutela giurisdizionale*) pertanto, attraverso l’attività delle parti (*esercizio dell’azione*) e del giudice (*esercizio della giurisdizione*), mira a far ottenere ai titolari delle situazioni di vantaggio gli stessi risultati (o, se questo è impossibile, risultati equivalenti) che avrebbero dovuto ottenere attraverso la cooperazione spontanea da parte dei consociati.” (PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2006. p. 32-33).

⁵⁷¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil: processo de conhecimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2, p. 274.

O princípio estruturante da logicidade. Além de compor o processo uma interligação de atos tipificados, a logicidade é um de seus valores estruturantes, indicando que o processo civil está estruturado de modo “lógico-jurídico-positivo”, em que o conjunto de elementos legalmente concebidos conformam um encadeamento lógico, também vertido aos fins do processo.⁵⁷²

A presença múltipla do princípio lógico. Tomando-se o rito comum ordinário como referência, em que há uma fase de certificação da existência do direito material invocado, as fases processuais se desenvolvem coordenadamente, na seguinte ordem: postulatória, ordinatória, instrutória e decisória⁵⁷³. Prevalece o respeito à eficácia dos atos realizados, sendo que a inversão dessas fases fora das hipóteses legais redunda em nulidade absoluta⁵⁷⁴, ferindo a logicidade do processo.

Em algumas situações, a logicidade assume o caráter de regra, como na hipótese de o juiz ter necessariamente de apreciar as matérias preliminares antes de decidir o mérito da questão (CPC, art. 337).⁵⁷⁵

O mesmo raciocínio ocorre em relação às matérias prejudiciais – que interferem na sorte da sentença de mérito –, razão pela qual sua apreciação ocorre antecendentemente à questão prejudicada (mérito), funcionando como um verdadeiro *prius* lógico⁵⁷⁶. Nesse caso, a matéria prejudicial será examinada *incidenter tantum*, como “passagem obrigatória do *iter* lógico”⁵⁷⁷ para se alcançar o mérito. Como foi abolida a ação declaratória incidental (CPC/73, art. 5º), excepcionalmente, se subsistirem os requisitos legais, podem os limites objetivos da

⁵⁷² ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 47.

⁵⁷³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*: adaptadas ao novo Código de Processo Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2, p. 125.

⁵⁷⁴ Como, v.g., na concessão de uma tutela antecipada, ou na produção antecipada de uma prova, ou no julgamento de improcedência liminar (CPC, art. 332).

⁵⁷⁵ ALVIM, Arruda, op. cit., p. 47.

⁵⁷⁶ Barbosa Moreira sustenta que o “legislador pecaria contra a lógica – e, por vezes, comandaria o impossível – se antepusesse a solução da questão subordinada à da questão subordinante. Não teria sentido, v.g., que se fosse apreciar o recurso no mérito antes de se responder em sentido afirmativo à indagação sobre a tempestividade de sua interposição, e inconcebível seria que se pretendesse afirmar ou negar a existência do débito fiscal antes de solver a dúvida relativa à constitucionalidade da lei tributária” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e questões preliminares. In: _____. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsói, 1971. p. 76).

⁵⁷⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 225.

coisa julgada serem ampliados, de forma a se abranger também a matéria prejudicial debatida no processo (CPC, art. 503, §§ 1º e 2º).⁵⁷⁸

Outra possibilidade se encontra na vedação ao juiz de proferir sentença de natureza diversa da pedida pela parte (CPC, art. 492), cenário que, dependendo da extração perpetrada, caracteriza o julgamento *ultra petita*, *extra petita* ou *infra petita*, atentando, da mesma forma, contra o princípio lógico do processo.

Considerar-se a ausência de um pressuposto extrínseco de admissibilidade recursal – a tempestividade – em recurso interposto pela parte antes da formal intimação pela publicação do acórdão – posição manifestada pela jurisprudência do STF⁵⁷⁹ e do STJ⁵⁸⁰ –, além de constituir apego ao formalismo⁵⁸¹, exagerado tecnicismo e atentar contra a boa-fé objetiva processual, é ofender o eixo lógico do processo, pois se trata de um ato antecipado em relação àquilo que determina o rito formal, mas que não implica em qualquer prejuízo às partes e, principalmente, ao processo. Muito diferentemente, em essência, a prematuridade do recurso abrevia o procedimento, tornando-o mais próximo da consecução de seus fins – a economia processual e a duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII)⁵⁸². De qualquer modo, o

⁵⁷⁸ A propósito, essa inovação trazida pelo CPC/2015 foi justamente positivada para se corrigir, em certa medida, a possibilidade de subsistirem contradições lógicas entre uma questão prejudicial decidida incidentemente num processo, com o dispositivo de uma sentença exatamente com o mesmo objeto, em ação futura (o assunto será oportunamente retratado no Capítulo 12).

⁵⁷⁹ STF – -ED EDv RE n. 606.376/RS, Pleno, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 19.11.2014, *DJe*, de 18.12.2014; STF – AgR ED ARE n. 638.700/MG, Pleno, rel. Min. Ayres Britto, j. 27.06.2012, *DJe*, de 10.09.2012.

⁵⁸⁰ Reza o enunciado da Súmula 418 do STJ: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.” (Corte Especial, j. 03.03.2010, *DJe*, de 11.03.2010, *RSTJ* 218/686).

⁵⁸¹ O sentido adotado pelo termo condiz com sua pior acepção, aquela em que se emprega o uso da forma, pela forma, como um fim em si mesmo, destoado e sem comprometimento com seu real objetivo de reconhecer e realizar o direito material violado.

⁵⁸² Cientificar é dar concretude à ciência inequívoca. Para Humberto Ávila: “A intimação é a exteriorização da necessidade de cognoscibilidade e de calculabilidade no plano individual e procedural. Sem ter conhecimento de atos ou de fatos que sejam do seu interesse, o cidadão, a rigor, não tem como agir de acordo com o Direito, nem tampouco, se for o caso, de exercer o seu direito de ampla defesa. [...]. Ora, não havendo intimação a respeito de atos ou de procedimentos administrativos ou judiciais, o interessado é surpreendido relativamente a decisões ou a atos que restringem os seus direitos, não podendo contra aqueles autonomamente reagir. Quando isso ocorre o interessado está sofrendo restrição ao seu direito à segurança jurídica procedural, pela ausência de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade da manifestação judicial ou administrativa do Direito.” (ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 317). Se a parte espontaneamente admite o conhecimento inequívoco do ato processual, razão nenhuma subsiste para movimentar toda a máquina judiciária, visando a sua intimação. Além de desnecessário, caracteriza desperdício de atividade judicante. Razoável que, assim como tantos outros atos processuais que admitem a ciência espontânea – ao dar-se a parte por citada ou intimada; ao comprometer-se a parte a trazer uma testemunha à audiência independentemente de sua intimação; ao apresentar a parte laudos de peritos particulares para evitar sua realização por perito nomeado etc. –, o recurso prematuro seja considerado tempestivo.

legislador retomou a ordem natural das coisas, positivando a tempestividade do ato praticado antes de seu respectivo termo inicial (CPC, art. 218, § 4º), restabelecendo a ordem das coisas.

Assim, a logicidade do processo se destina a evitar que os atos componentes do todo sofram superposições, inversões, supressões, encadeamentos, ou para possibilitar a ampla defesa e o exercício do contraditório e, em última análise, impedir que o desfecho do processo se prolongue indefinidamente pelo tempo.⁵⁸³

O *venire contra factum proprium* e a lógica do processo. O comportamento retroativo fere visceralmente a logicidade do processo, ao pretender desconstituir a permanência de uma situação jurídica. Há uma incompatibilidade lógica entre o exercício do direito subjetivo – demonstrado pela segunda conduta – e a propulsão da dinâmica procedural transcorrida até aquele instante.⁵⁸⁴

Antônio Alberto Alves Barbosa, discorrendo sobre a preclusão, salienta ser “o instituto que impõe a irreversibilidade e a autorresponsabilidade no processo e que consiste na impossibilidade da prática de atos processuais fora do momento e da forma adequada, contrariamente à lógica, ou quando já tenham sido praticados, válida ou invalidamente”.⁵⁸⁵

Essa é a razão pela qual o princípio lógico representa um dos vetores estruturantes do processo civil e possui estreita imbricação com o comportamento retroativo processual.⁵⁸⁶

O tempo e o processo. O tempo é algo que se percebe pelos sentidos e pela razão, mas não se é capaz de predizer o que especificamente torna o “tempo”, o “tempo”.⁵⁸⁷ Aristóteles debruçou-se sobre a própria existência do tempo e, valendo-se de raciocínios tópicos, chegou à conclusão de que o tempo pode não existir, já que o tempo presente não tendo duração, não pode ser considerado como parte do tempo. Se o tempo presente nunca

⁵⁸³ MILHOMENS, Jônatas. *Dos prazos e do tempo no Código de Processo Civil*: incluídos comentários aos arts. 154 a 250. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 4.

⁵⁸⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 2, p. 286.

⁵⁸⁵ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. Com notas remissivas a legislação processual vigente por Antonio Cezar Peluso. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 52.

⁵⁸⁶ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 47.

⁵⁸⁷ BUCKINGHAM, Will et al. *O livro da filosofia*. Tradução de Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: Globo, 2011. p. 58.

acaba, nenhuma de suas partes – passado, presente e futuro – efetivamente pode ter existência.⁵⁸⁸

Não obstante tais relevantes concepções filosóficas, o tempo possui crucial importância para o direito. O perene desenvolvimento da sociedade repercute diretamente no modo de ser do direito, cuja permanente transformação se dá no decurso do tempo e sua interpretação pelo operador apresenta um “conteúdo significativo”, variável em virtude de mutações existentes no âmbito axiológico e fático.⁵⁸⁹

Por outro lado, o tempo pode ser o elemento principal, tanto do nascimento de um direito subjetivo, como a precípua razão para sua extinção. Diversos importantes institutos do direito estão profundamente imbricados com o aspecto temporal: a prescrição extintiva, a usucapião, a decadência etc. (o *venire contra factum proprium*, a *suppressio*, a *surrectio*).

No direito processual civil essa relação com o tempo não é diferente e ganha ainda maior intensidade. O processo, sob a ótica da presente demonstração científica, como já ressaltado, é uma construção coordenada e lógica, tipificada em lei para que sua função constitucional seja adequadamente cumprida com a prestação da tutela jurisdicional. Todavia, essa conceituação ainda não se mostra totalmente satisfatória, considerando-se que resta a inserção do fator temporal a complementá-la. A crucial importância do tempo para o processo é ressaltada por Liebman, para quem a função exercida pelo processo “não se cumpre a um só tempo e com um só ato, mas através de uma série coordenada de atos que se sucedem no tempo e que tendem à formação de um ato final”⁵⁹⁰. Couture, por sua vez, ressalta o processo como um *continuum* irrompido no tempo.⁵⁹¹

O processo flui no tempo, assim como o mundo experimental. O tempo é a matéria prima de que se utiliza o processo para dar concretude ao chamado impulso *ex officio* (CPC/73, art. 262; CPC, art. 2º), no qual “*ogni atto deve avvere il suo tempo*”⁵⁹². Regra elementar do processo prescreve que os atos do processo sejam realizados nos prazos prescritos em lei (CPC, art. 218) e que uma vez escoado o lapso temporal legal, extinguir-se-á

⁵⁸⁸ BLACKBURN, Simon, *Dicionário Oxford de filosofia*, cit., p. 376.

⁵⁸⁹ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 169.

⁵⁹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 55.

⁵⁹¹ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos do direito processual civil*, cit., p. 79.

⁵⁹² CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. 5. ed. emendata e aggiornata. Roma: Foro Italiano, 1956. v. 1, p. 330-331.

o direito de praticar “*ou emendar o ato processual*” (CPC, art. 223). A lei insta os partícipes da relação processual, inclusive o juiz, de forma dinâmica, a cumprirem as etapas segundo o modo de ser ditado pelo procedimento, impondo-lhes prazos⁵⁹³, ônus processuais e um implacável regime de preclusões, como forma de evitar a procrastinação, o tumulto, e permitir o adentrar numa etapa subsequente, mais próxima de seus propósitos. A própria atividade jurisdicional representa uma reconstrução dos fatos no tempo passado, buscando uma decisão voltada ao futuro.⁵⁹⁴

A noção de tempo no processo pode ser analisada tanto em seu aspecto cronométrico, como uma determinada “duração”, como em sua faceta cronológica, correspondente a uma sucessão de pontos assinaláveis por referências à anterioridade e à posteridade deles, permitindo – como anotado anteriormente – a apreensão de seus “instantes”. O tempo cronológico se destina a identificar a ordem em que os fatos ocorreram, em que o passado projetado indefinidamente para o futuro se torna irreversível, dentro da noção de que tudo morre e “o que passou, passou e não volta mais” (eficácia entrópica do tempo).⁵⁹⁵

Obedecendo uma relação de causalidade, o processo de hoje é de certa forma o resultado, a consequência daquilo que foi ontem, ou seja, dos acontecimentos jurídicos que o antecederam, e seu futuro certamente será orientado pelo presente, gerando naturalmente uma relativa previsibilidade.

Tércio Sampaio Ferraz Junior enfatiza esta ideia asseverando que “em princípio, nada escapa às razões causais, inexoravelmente determinadas pelo tempo cronológico. A causalidade é um tipo de relação linear e infinita, tanto na linha progressiva dos efeitos quanto na linha regressiva das causas: tudo tem uma causa e é efeito de uma causa, efeito de outras e causa de outra”⁵⁹⁶. Essa ideia de sucessividade causal está presente também na concepção de “tempo existencial” de Cossio.⁵⁹⁷

⁵⁹³ Apesar de o juiz não se submeter a prazos próprios e peremptórios, não pode deixar o ato a ser por ele cumprido indefinidamente *in albis*, também se submetendo ao vetor de proporcionalidade e, sobretudo, razoabilidade.

⁵⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Tradução de Jeremy Lugros. São Paulo: Nilobook, 2013. p. 71.

⁵⁹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, Irretroatividade e jurisprudência judicial, in *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, cit., p. 7.

⁵⁹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *O direito, entre o futuro e o passado*, cit., p. 18.

⁵⁹⁷ “En el tiempo existencial nos damos con que, al actuar, lo pasado sobrevive en el presente, no obstante ser pasado, y allí va adquiriendo su sentido, de la misma manera que las primeras palabras de la frase van tomando su sentido en el curso ulterior de la expresión verbal. Y el futuro, por su parte, está anticipado, de tal

A relação existente entre o tempo e o processo busca preencher a dimensão dinâmica da segurança jurídica, em que a confiabilidade no direito exige que se garanta ao jurisdicionado, hoje, os efeitos jurídicos oriundos de atos ou fatos jurídico-processuais havidos no passado, isto é, a confiabilidade do direito depende da estabilidade propiciada pela manutenção dos efeitos jurídicos experimentados no processo em razão de atos praticados de forma pretérita e já relativamente sedimentados.⁵⁹⁸

A intangibilidade do passado é um princípio imanente à condição humana⁵⁹⁹. Além de um estado de intangibilidade daquilo que já se solidificou, a vertente dinâmica da segurança jurídica propiciada pelo tempo cronológico do processo exige um anseio de calculabilidade, pela qual o jurisdicionado, sem cair em artimanhas torpes, tem controle sobre os efeitos jurídicos futuros advindos de atos praticados no presente⁶⁰⁰. Do ponto de vista daquilo que já sucedeu, exige-se estabilidade; e daquilo que está por vir, demanda-se a calculabilidade.

Rompida a inércia da jurisdição pela ação, com protagonismo estatal e cooperação das partes, o processo se desenrola inexoravelmente pelo tempo. É nesse contexto que a indesejada reversibilidade advinda do *venire contra factum proprium non valet* ganha sentido e relevância.

O *venire contra factum proprium* e o tempo. O *venire contra factum proprium* processual é uma entidade jurídica situada no tempo e que interfere no tempo – cronométrico e cronológico – do processo.

manera que en el tiempo existencial nos encontramos con que todo instante presente no es un instante sin pasado y sin futuro, sino que en sí tiene un poco de pasado que sobrevive y un poco de futuro que se anticipa. El presente físico, al revés, habría de ser un fragmento sin nada de pasado ni futuro, porque aquí estas cosas se excluyen en vez de compenetrarse. Nos encontramos, entonces, con el hecho extraordinario de que, en el tiempo existencial, lo acaecido en el pasado no es irrevocable, porque va adquiriendo su sentido en el desarrollo de lo que estamos considerando en el acaecer ulterior. Nos encontramos con que puede coexistir, por lo tanto, y coexiste siempre, lo sucesivo.” (COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: Librería “El foro”, 2002. p. 59).

⁵⁹⁸ ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 305.

⁵⁹⁹ Como reforço argumentativo, calha a lição de Vicente Ráo: “A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, ‘o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a tôdas as incertezas. Na ordem da natureza só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças.’” (RÁO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, cit., v. 1, p. 428).

⁶⁰⁰ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 305.

Um dos princípios do Estado Constitucional e Democrático de Direito é o da tempestividade da jurisdição, que é assegurada constitucionalmente pela Emenda Constitucional n. 45/2004 – diga-se, *en passant*, pela duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de seu trâmite (CF, art. 5º, LXXVIII; CPC, art. 4º). Óbvio que celeridade não é pressa e outros valores igualmente relevantes devem ser sopesados no desenvolvimento da função judiciária.

Sob outra perspectiva, o tempo funciona como um fator de corrosão e perecimento dos direitos subjetivos, tendo em vista que quanto maior for o tempo para se realizar o direito material violado, menor será sua efetividade e eficiência. Uma justiça lenta é somente uma perniciosa face de uma clamorosa injustiça. Ainda é contemporânea a ideia de Rui Barbosa, proferida em sua clássica obra *Oração aos moços*, no sentido de que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. A meta de celeridade vai ao encontro da otimização na prestação da justiça e é tão relevante que foi alçada pelo poder constituinte originário de 1988 à condição de garantia constitucional, com conotação de direito fundamental do homem, propiciador de equidade, segurança e liberdade.⁶⁰¹

O segundo ato, retrospectivo em relação ao primeiro, traz efeitos nocivos para a cronologia do processo, dando ensejo a uma discussão já considerada permanente dentro da relação. A marcha processual teria de retroceder no tempo, por conta da atuação retro-operante, para, depois de superada, retomar novamente o avanço. Compromete-se, com isso, em certa medida, a eficiência da relação.

Assim, v.g., se o executado nomeia bem imóvel à penhora, a posterior alegação de sua impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990, em embargos à execução, deve ser rechaçada por acomodação ao *venire contra factum proprium*⁶⁰². Parte-se da premissa de que se o devedor espontaneamente indicou o bem à penhora, ele estava livre e desimpedido para se efetuar a constrição ou o devedor abriu mão de tal prerrogativa legal, de modo que a posterior alegação por parte do executado, além de atentar contra a coordenação e logicidade

⁶⁰¹ A impecável redação do texto constitucional merece registro: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (CF, art. 5º, LXXVIII).

⁶⁰² 1º TACSP – AI n. 1.058.977-4, 4ª Câm., rel. Des. José Marcos Marrone, j. 20.03.2002, v.u.

do processo, representa uma agressão à sua temporalidade, pois os embargos conformarão expediente meramente protelatório.⁶⁰³

Cada ato jurídico processual possui o seu devido tempo e seu correlativo prazo, instigando uma das partes a agir tendente ao reconhecimento de seu pedido e à outra para defender-se e resistir a essa pretensão, tudo isso de forma a se controlar e dinamizar o ritmo da vida jurídica no processo⁶⁰⁴. Nessa senda, a não atribuição de repúdio do ordenamento ao comportamento contraditório atentaria contra a razoável duração da vida processual, comprometendo sua eficiência e redundando, por consequência, no maior distanciamento do plexo valorativo constitucional.

Dois princípios informam o processo civil, o da paridade de tratamento e da brevidade, indo ambos ao encontro da economia processual. Aquele primeiro deriva da isonomia constitucional e garante a paridade de tratamento entre os contendores. A brevidade, por sua vez, impõe a consecução dos fins do processo no menor interstício temporal. Esse vetor tem relativa imbricação com outro princípio informativo do processo, que é o da economia processual. Este último atua para não haver desperdício de atividade judicante, que deve discorrer em menor tempo, com o mínimo de atos processuais.⁶⁰⁵

A eficiência há de ser vista, a se obedecer a sintonia com a Constituição Federal, como objetivo fundamental e precípuo do método solucionador de conflitos adotado. Afinal, é na lei

⁶⁰³ Existem duas posições envolvendo a possibilidade ou não de o devedor dispor da proteção do bem de família, a primeira predominando na jurisprudência, e a segunda prevalecendo na doutrina: 1) A impenhorabilidade é matéria de ordem pública, não podendo o devedor renunciar ao benefício previsto na Lei n. 8.009/90. Nesse sentido se posiciona a jurisprudência do STJ: “O benefício conferido pela Lei n. 8.009/90 ao instituto do bem de família constitui princípio de ordem pública, prevalente mesmo sobre a vontade manifestada, não admitindo sua renúncia por parte de seu titular. A propósito, entre outros: REsp 875.687/RS, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 9/8/2011, DJe 22/8/2011; REsp 805.713/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15/3/2007, DJ 16/4/2007.” (AgR AREsp n. 264.431/SE, 4^a T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.03.2013, DJe, de 11.03.2013). Na doutrina: LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 3, p. 84; MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 162; 2) A segunda corrente, que se mostra mais adequada, prega que se o titular do bem pode dispor do bem por alienação, oneração ou qualquer outra forma de transmissão da propriedade – inclusive no bojo da própria demanda (não há impedimento legal para que isso ocorra) –, não existe razão plausível para evitar que possa ele renunciar à sua impenhorabilidade. Na doutrina: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 382. (malgrado entender se tratar de norma de ordem pública); ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 256; e DIDIER JUNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil: execução*. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 5, p. 545. No STF: RE n. 407.688, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 08.02.2006, DJ, de 06.10.2006.

⁶⁰⁴ BERGEL, Jean-Louis, *Teoria geral do direito*, cit., p. 155.

⁶⁰⁵ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 484.

ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (Exposição de Motivos do CPC/2015).

8.2.4 A boa-fé processual

Boa-fé objetiva e o *venire contra factum proprium* processual: uma relação predominantemente ôntica. Como já se teve oportunidade de abordar, a doutrina amplamente majoritária e a jurisprudência dos Tribunais Superiores sustentam que o principal *substratum* jurídico do *venire contra factum proprium* processual remanesce na boa-fé objetiva, enquanto padrão ético de conduta leal e paradigmática.

Mas, ao se atinar com a boa-fé objetiva, conclui-se que no processo ela está vinculada a todos os seus institutos, pois se trata de uma regra-princípio de comportamento. O que torna um comportamento dentro da relação jurídica processual condizente com a boa-fé objetiva, a lealdade e a ética é o absoluto respeito às rigorosas leis da lógica processual, aquilo que Calamandrei intitulou de “as regras do jogo”. Essa é a essência do processo, ainda que hoje subsista um novo polo metodológico do processo, visto sob a perspectiva do Estado Social e sob a égide de um modelo colaborativo de atuação equilibrada e isonômica de todos os partícipes na busca do justo processo.⁶⁰⁶

⁶⁰⁶ “Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser ou de qualquer modo não foi satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou com uma só delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsoram essa atividade dá-se o nome de processo.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, cit., p. 59). Para Daniel Mitidiero – que se debruçou profundamente sobre o assunto –, a colaboração “é um modelo de processo civil que visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo. Em outras palavras: visa dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes. Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e

O devido processo legal – e constitucional – representa o arcabouço ético mínimo, garantidor do paritário tratamento entre as partes. A boa-fé objetiva, nessa senda, é – e sempre foi – uma das garantias do devido processo. Não é de agora, com a promulgação do CPC/2015, que a boa-fé passou a ser norma estruturante do processo. Na verdade, a boa-fé objetiva sempre teve *status* de cânones do direito processual, com a diferença de que no regime do CPC/2015 essa regra-princípio se tornou expressa.

Com respeito às opiniões em contrário, não se vislumbra maior abrangência da boa-fé objetiva no CPC/2015 do que se tinha no CPC/73, pois a boa-fé não admite gradação ou intensidade: ou se tem a boa-fé ou não se a tem. Assim como a verdade expressa enunciado unívoco ditado pela realidade dos acontecimentos que a envolvem⁶⁰⁷, a boa-fé objetiva também expressa conceito absoluto, que não admite gradação.

Seria impensável se conceber um processo civil destoado da probidade, da lealdade e da própria boa-fé objetiva, sem qualquer fidelização a seus paradigmas e princípios éticos⁶⁰⁸. Seria inimaginável, num espaço hermético conduzido sob a regência do Estado, não subsistir uma regra de conduta fundamentada na boa-fé.

O processo será “devido” se e somente se respeitar rigorosamente o padrão ético tipificado em lei. Obedecida a forma – e não o formalismo, é importante frisar –, o processo torna-se “devido”, isto é, adequado, apropriado, condigno, correspondente àquilo que “deve ser”. Desobedecida a forma, porém, restará presente o abuso de direito, a deslealdade e a litigância de má-fé.

Parte-se da premissa de que o processo é um ato do Poder Público, estabelecido de acordo com a lei, estando a boa-fé objetiva amplamente disseminada, a ponto de ostentar uma onipresença.

consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional” (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prét-à-porter?: um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 36, n. 194, p. 57, abr. 2011).

⁶⁰⁷ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 105.

⁶⁰⁸ Desde 1950 Calamandrei já escrevia sobre o processo como um jogo, uma disputa, porém sem descurar da lealdade, do respeito estrito às regras desse mesmo jogo dialético (CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 5, n. 1, p. 23-51, 1950).

O próprio fato de a relação processual tornar-se absolutamente nula – em razão da invalidade de um pressuposto processual –, passível de ação rescisória, em caso da prática de uma conduta incompatível com a boa-fé objetiva, mostra bem a relevância desse verdadeiro dogma dentro da relação jurídica processual. Imagine-se, por hipótese, um juiz atuando na função jurisdicional com intenção de prejudicar uma das partes, agindo de má-fé (subjetiva) ou a parte que, destituída da capacidade para estar em juízo, falsifica seus documentos para ingressar com demanda. O ataque à *bona fides* é evidente.

A dedução decorrente dessa assertiva é a de toda e qualquer conduta dissonante desse modelo legal – principalmente aquelas que tentam burlar as regras para se atingirem objetivos esconhos, que não seriam obtidos regularmente pela obediência ao regramento imposto – caracteriza, numa relação de causa e efeito, uma afronta à boa-fé objetiva.

Não se repudia o comportamento retroativo processual para se anteparar com hegemonia e prioridade a própria boa-fé objetiva, pois todo o processo, sem exceção, é rigorosamente regulado sob a perspectiva da boa-fé objetiva. Por consequência, todos os institutos jurídicos possuem embasamento na cláusula geral da boa-fé objetiva. Ela é somente um dos valores pertencente ao plexo axiológico acautelado pelo ordenamento jurídico. Impõe-se o respeito às estruturas formais do processo, para se protegerem valores igualmente relevantes – justiça, segurança jurídica, isonomia, efetividade etc. O protagonismo não é da boa-fé objetiva.

O emitente das condutas contraditórias no processo malfere as regras do jogo ao pretender, com a postura reversível, uma eficácia jurídica distinta daquela logicamente propiciada pelo *factum proprium*. Com isso, sai ganhando o ímprebo em detrimento da dignidade da Justiça e do ideal de harmonia e pacificação.

Por tais motivos, não tem a boa-fé processual estatuída no artigo 5º do CPC força suficiente para albergar, sozinha, o *venire contra factum proprium non valet*, após ter sido importado do direito privado. Mormente considerando que tal formulação pode se amoldar perfeitamente ao princípio da irretroatividade – uma das bases do processo civil brasileiro –, que está expressamente positivado no CPC/2015 (art. 14). Seu principal apoio dogmático está, portanto, no interesse público pela intangibilidade e permanência jurídica de estados consolidados e na credibilidade da atuação jurisdicional.

Entretanto, nem por isso deixa de ter a boa-fé objetiva sua relevância na configuração do aforisma. Os estados de permanência e intangibilidade propiciados pelo vetor de irreversibilidade se justificam não só objetivamente, mas também por razões subjetivas, em razão dos demais entes processuais. No caso, a boa-fé atua como elemento de reforço à justa confiança despertada nos demais partícipes do confronto.

A boa-fé objetiva assume contornos mais significativos no *venire contra factum proprium* que envolve demandas distintas. Conforme reiteradamente enfatizado, o comportamento retroativo processual pode se originar entre demandas distintas, nas quais o *factum proprium* é perpetrado num processo e a retroação, o ato contraditório, se verifica em processo futuro. Aqui a boa-fé objetiva extrapola as balizas do processo e como regra de conduta impede que o ente processual se lance em empreitadas futuras que possam ocasionar retroações inoportunas no *iter* procedural, culminando também por trair a confiança e justa expectativa dos demais entes processuais.

O princípio da boa-fé objetiva impõe o respeito às situações jurídicas consolidadas, impedindo a pretensão de modificação em processos prospectivos.

Boa-fé objetiva e o *venire contra factum proprium* processual: uma relação predominantemente ôntica. Procurando estabelecer a natureza da correlação entre o *venire contra factum proprium* processual e a boa-fé objetiva, pode-se dizer que essa vinculação existente – segundo uma realidade observada – é preponderantemente ôntica, no sentido de que são elementos indissociáveis, um não existe sem o outro. Ambos atuam no campo ôntico porque retratam um vínculo existente na realidade observada.

A boa-fé objetiva nada mais é do que a imposição de um comportamento paradigmático e, portanto, é um fato e o comportamento contraditório é sua antítese, por conformar exatamente o oposto a esse comportamento modelar. Ambos possuem, portanto, o mesmo substrato ôntico, estando relacionados a um mesmo ente.

A teoria tridimensional do direito de Reale⁶⁰⁹ preconiza ser o direito fato, norma e valor. O fato tende a realizar o valor mediante a norma⁶¹⁰. *Mutatis mutandis*, o

⁶⁰⁹ REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do direito*, cit.

⁶¹⁰ DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito*, cit., p. 141.

comportamento contraditório em si considerado conforma o fato; a norma torna esse fato proibido, pois traz latente determinados valores; essa moldura axiológica confere sentido ao fato buscando, repita-se, atingir determinados desígnios. A correlação entre o componente empírico e o valor acontece exatamente em razão de um enquadramento deôntico, referente a um “dever ser”.⁶¹¹

Para se chegar à segurança jurídica, à certeza jurídica propiciada pela pacificação e à estabilização das situações jurídicas consolidadas (vetores axiológicos e teleológicos) – e dessa forma concluir satisfatoriamente a relação processual com a sentença definitiva de mérito –, a norma necessita tutelar vários vetores axiológicos, dentre eles o da irretroatividade⁶¹². Tutelando-se a irretroatividade, o processo fica mais próximo do ideal de pacificação certificador de segurança jurídica. Para tanto, a norma determina e impõe o modo de ser das atuações e comportamentos dos entes no processo, vedando retroações processuais indevidas propiciadas pelo *venire contra factum proprium*.⁶¹³

Em razão disso, a simbiose existente entre o *venire contra factum proprium* processual e a boa-fé objetiva atua primariamente na dimensão ôntica e somente secundariamente na deôntica. O *venire contra factum proprium* no processo “é” a ausência de boa-fé; a relação deôntica da formulação romana está na irretroatividade, na consolidação das situações jurídicas, na certeza e estabilidade.

⁶¹¹ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 103.

⁶¹² “Um fim outra coisa não é senão um valor posto e reconhecido como motivo de conduta. Quando reputamos algo valioso e nos orientamos em seu sentido, o valioso apresenta-se como fim que determina como deve ser o nosso comportamento. Não existe possibilidade de qualquer fenômeno jurídico sem que se manifeste este elemento de natureza axiológica, conversível em elemento teleológico.” (REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, cit., p. 545).

⁶¹³ Segundo Cândido Rangel Dinamarco: “Os textos legais, como fontes do direito, são portadores da norma mas não são a norma. As normas vivem no plano ideal do direito e integram um sistema harmônico do qual a lei constitui apenas uma forma de expressão. À corriqueira assertiva de que a lei não equivale ao direito nem o direito se exaure nela, acrescente-se que tampouco cada lei ou cada disposição legal seja em si mesma uma norma. Como toda lei se destina a atribuir bens e determinar condutas humanas para a prevalência de algum valor eleito pelo ente que a produz, só se pode chegar ao conhecimento da norma que ela contém mediante a consciência do valor que lhe está à base. Não há leis axiologicamente anódinas, ou seja, leis que não se vinculem a algum valor a preservar ou cultuar (teoria tridimensional do direito, Miguel Reale). Daí a necessidade de interpretar a lei, em busca do conhecimento da norma que ela contém.” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, 8. ed., 2016, v. 1, p. 166-167).

9 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

9.1 Consequências jurídicas do comportamento contraditório

As consequências jurídicas do *venire contra factum proprium* no âmbito civil se voltam a resguardar os interesses privados da contraparte, em nome da boa-fé objetiva e da proteção da confiança. Esse resgate poderá advir de duas maneiras, preventiva ou repressivamente. Como visto anteriormente, do advento do comportamento contraditório no plano substancial decorre o dever de reparar as perdas e danos experimentados pelo aderente da conduta inicial, abrangendo tudo aquilo que este efetivamente perdeu – os danos emergentes –, bem como o que razoavelmente deixou de lucrar – os lucros cessantes. Configurado o *venire contra factum proprium* como ato ilícito (CC, art. 187), surge o dever de reparar os prejuízos integralmente, restabelecendo-se, na máxima medida possível, a situação jurídica anterior à sua prática (CC, art. 927).

Esse dever, é oportuno reiterar, se instalará independentemente de prova de culpa ou dolo do agente, bastando, para tanto, a prova do dano, do nexo de causalidade com a conduta incoerente e dos demais pressupostos identificados no Capítulo 6.

Poderá conformar também, a eficácia proveniente do comportamento contraditório, o direito a uma tutela jurisdicional específica, de dar, fazer, não fazer ou mesmo de prestar declaração de vontade.

Preventivamente, o comportamento contraditório, uma vez caracterizado, poderá dar ensejo a uma tutela jurisdicional preventiva, inibitória da conduta contrária ao direito, apta a prevenir a incidência do dano ou de sua continuidade. Ainda que não esteja suficientemente aparelhado o reprovável comportamento contraditório, porém esteja na iminência de sê-lo, pode o destinatário da conduta valer-se de proteção jurisdicional preventiva.

Isso se dá em razão de a ordem jurídica tutelar – até mesmo preferencialmente – um direito subjetivo ainda não plenamente violado. Realmente, esse direito também deve receber adequada e eficaz proteção jurisdicional, à luz do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Nesse caso, diante da efetiva ameaça de dano, a tutela jurisdicional conformará caráter *inibitório*, possibilitando a fruição *in natura* do direito pelo aderente da conduta. Para o ministro Luiz Fux, então componente do STJ, “os postulados de efetividade, posto preventiva, e da especificidade, haja vista conferir utilidade esperada acaso não houvesse a ameaça de violação. Evita o ilícito ao invés de propor-lhe a reparação, garantindo o exercício integral de aspiração do jurisdicionado, rompendo o dogma de que o resarcimento é a única forma de tutela contra o ilícito”.⁶¹⁴

9.2 Consequências jurídicas do comportamento processual retroativo

No processo, considerando-se a finalidade pública do processo e o fato de o *venire contra factum proprium* processual cercear, obstaculizar o fiel desempenho da função jurisdicional do Estado, além de trair a confiança dos demais entes do litígio, a lei atribui – em nome do plexo valorativo violado – severas sequelas que dizem respeito a esse exercício incoerente. Com efeito, o Estado faz parte e se faz presente no desempenho da atividade jurisdicional e isso faz toda diferença, porquanto sua presença traz latente a totalidade da sociedade.

Por representar o comportamento retroativo processual, objetivamente, abalo aos atos processuais praticados e às situações jurídicas consolidadas no processo e, axiologicamente, uma afronta ao princípio da irretroatividade que recai sobre o seu curso, ao princípio da eficiência que incide sobre a atividade jurisdicional do Estado e, subjetivamente, ao princípio da proteção da confiança e à própria boa-fé objetiva, o sistema normativo atribui um acervo eficacial ao *venire contra factum proprium*.

Como consequência, a norma prevê duas categorias eficaciais subsumíveis à formulação, uma de jaez jurídico-formal e outra de índole jurídico-material, ambas aptas a atribuir efetividade plena ao comando legal que coíbe o comportamento retroativo processual (CPC, art. 14).

⁶¹⁴ STJ – REsp n. 1.019.314/RS, 1^a T., rel. Min. Luiz Fux, j. 02.03.2010, DJe, de 16.03.2010.

Na categoria eficacial formal⁶¹⁵, a principal decorrência do *venire contra factum proprium* é a ineficácia jurídica. Em princípio, o comportamento retroativo adotado no processo em si considerado – como ato jurídico praticado dentro da relação processual de acordo com a baliza legal –, o levaria à sua típica eficácia jurídica⁶¹⁶ proveniente da norma, pois reúne todos os elementos descritos na *fattispecie* para produzir os efeitos jurídicos almejados pelo legislador. Entretanto, o fato de ser retroativo em relação a uma laboração anterior e ferir legítimas expectativas despertadas, representa uma especial e peculiar circunstância que lhe retira definitivamente a possibilidade de irradiação de efeitos na órbita do direito.

Dito de outra forma, fecham-se as portas do Judiciário para a pretensão do emitente das condutas, ao postular, retrospectivamente, uma eficácia jurídica diversa daquela proveniente do *factum proprium*. A Justiça não dará ouvidos ao seu pleito de improbidade – pois *nemo auditur propriam turpitudinem allegans; nemo de improbitate sua consequitur actionem* –, exatamente porque seu atendimento incorporaria o salto reverso do percurso.

A ineficácia pode ser sentida e concretizada no processo de muitos modos, de acordo com as idiossincrasias do caso concreto, não permitindo, pelas incomensuráveis possibilidades que podem conformar o *nemo potest venire contra factum proprium*, qualquer tentativa de sistematização.

Larissa Gaspar Tunala⁶¹⁷, de forma louvável, identificou como manifestações dessa ineficácia: a) impossibilidade de se invocarem nulidades no processo, quando a própria parte a elas deu causa (item 6.2.1); b) ausência de interesse de agir do emitente da conduta, mais comumente na seara recursal; c) invalidade da decisão judicial proferida; d) *error in iudicando*, causa de reforma da decisão judicial; d) simples desconsideração das alegações; e)

⁶¹⁵ Sobre a categorial eficacial formal, obtempera Marcos Bernardes de Mello que “regulam a forma dos atos jurídicos ou o modo de exercício dos direitos, que prescrevem, exclusivamente, ritos, prazos, competências e formas processuais. Essas não atribuem direitos passíveis de subjetivação, nem mesmo direitos transindividuais, apenas instituem instrumentos destinados à plena efetividade do direito material” (MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico*: plano de eficácia, cit., p. 46).

⁶¹⁶ Pontes de Miranda pontua: “A eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico; portanto, depois da incidência da regra jurídica no suporte fático, que assim, e só assim, passa a pertencer ao mundo jurídico.” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral: eficácia jurídica, determinações inexatas e anexas, direitos, pretensões, ações. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 5, p. 3).

⁶¹⁷ TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro, cit., p. 28-38.

existência de capacidade econômica para fazer frente às despesas do processo; e, f) perda de uma posição jurídica pela demora em seu exercício.

O que é preciso acentuar e ressaltar efusivamente neste momento é que a ineficácia proveniente da retroação indevida deverá redundar na manutenção da higidez e absoluto respeito às situações jurídicas e aos atos processuais consolidados, tendo como nexo de causalidade o *factum proprium*. Não fará *jus* o emitente das condutas incoerentes, por conseguinte, a um cabedal eficacial distinto daquele proveniente do comportamento exordial, reabrindo discussões que já ficaram para trás.

Além da ineficácia, tem-se, como eficácia formal proveniente do aforisma no processo, a nulidade do ato praticado, para a hipótese de ele eventualmente sobreviver e resistir à ineficácia a ele atribuída.

É que, como ato absolutamente nulo, permanece num caráter de precariedade, num estado de sujeição, até que seja reconhecida sua invalidade⁶¹⁸. Diferentemente do regime jurídico existente no direito de fundo, substancial, em que *quod nullum est nullum parit effectum* – o que é nulo, nenhum efeito gera –, vale dizer, a nulidade priva o ato de quaisquer efeitos, mesmo antes da declaração de sua invalidade no processo, ao contrário, até que seja reconhecida a nulidade absoluta, o ato irradia sua peculiar eficácia validamente e a relação processual se mantém indefinidamente, até que seja desconstituído por decisão judicial ou abrangido pela sanatória geral proveniente da coisa julgada material.⁶¹⁹

No que tange à categoria eficacial material⁶²⁰ do *venire contra factum proprium* processual, o emitente das condutas não sai impune, podendo, respeitados seus pressupostos, lhe serem imputadas, pelo menos em relação aos sujeitos parciais, as penas da litigância de má-fé (CPC, art. 80) e aquelas relativas ao exercício de atos atentatórios à dignidade da Justiça (CPC, art. 774).

⁶¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 146.

⁶¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais, cit., p. 25.

⁶²⁰ Acerca da categoria eficacial material da norma, ensina Marcos Bernardes de Mello que são aquelas que “têm por eficácia a criação e a regulação de direitos, deveres, de pretensões, obrigações, ações, situações de ação e exceções, situação de exequêados, que definem licitude ou ilicitude de condutas, estabelecem responsabilidades, prescrevem sanções civis ou penais, criem ônus ou premiações, dentre outras categorias eficaciais dessa natureza” (MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico*: plano de eficácia, cit., p. 46).

10 ASPECTOS DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

O *venire contra factum proprium* pode ostentar variados aspectos, a depender das particularidades fáticas de como sucede o voltar-se contra seus próprios atos. Segundo a classificação preconizada por Menezes Cordeiro, a boa-fé possui oito figuras parcelares, tidas como formas de exercício inadmissível de posições jurídicas⁶²¹, afrontadoras da confiança alheia despertada. Dentre elas, as mais importantes são a *suppressio* (supressão), a *surrectio* (ressurreição) e o *tu quoque*, todas derivadas da boa-fé objetiva, resultado da evolução e modificabilidade do sistema normativo e da ordem jurídica⁶²². No caso, a boa-fé objetiva restringe o exercício de posições jurídicas, de forma a evitar o abuso do direito.

10.1 *Suppressio*

“*Suppressio* é a expressão posta para traduzir a *Verwirkung*, i. é, a situação em que incorre a pessoa que, tendo suscitado noutra, por força de um não exercício prolongado, a confiança de que a posição em causa não seria actuada, não pode mais fazê-lo, por imposição da boa fé”⁶²³. Condiz a *suppressio* com a omissão exercida durante um lapso temporal que leva à ineficácia do direito subjetivo ostentado, desobrigando definitivamente a parte até então vinculada. O comportamento contraditório está justamente no ato comissivo tendente a realizar o direito, após a longa inatividade despertar na contraparte a firme convicção de que não mais seria exercido. Seu principal fundamento não está propriamente no fator temporal, mas na ruptura da confiança, na quebra das expectativas depositadas na inatividade. A *suppressio* retrata um aspecto do *venire contra factum proprium* que se conforma a partir de um comportamento inicial omissivo – *factum proprium* –, em que a parte deixa de exercer um direito subjetivo em face de outrem⁶²⁴. Nesse caso, o traço preponderante na conformação da *suppressio* é o decurso do tempo, suficiente para despertar a confiança da parte contrária de que esse não exercício seria definitivo. A *ratio* do fenômeno não está na punição daquele que deixou de exercer seu direito, mas na proteção daquele que teve sua confiança traída.

⁶²¹ PENTEADO, Luciano de Camargo, Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*, cit., p. 7 [Versão online].

⁶²² CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 105.

⁶²³ CORDEIRO, Antônio Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 443.

⁶²⁴ SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium**, cit., p. 189.

Na dicção do STJ, “a *suppressio*, regra que se desdobra do princípio da boa-fé objetiva, reconhece a perda da eficácia de um direito quando este longamente não é exercido ou observado”⁶²⁵. No caso concreto, se o condomínio comercial permite, sem qualquer oposição, por longo período, a utilização da unidade comercial como habitacional, não pode opor a literalidade da convenção do condomínio para sustentar a impropriade da utilização do bem. É infinita a gama de possibilidades que podem dar azo à *suppressio*, devendo sempre a conduta posterior ser interpretada pelo aplicador segundo suas particularidades, à luz da boa-fé objetiva e do ordenamento jurídico. Em outro exemplo, se o condomínio permite a utilização exclusiva por condômino de área comum, por longo período e sem qualquer oposição, não pode pretender a retomada do bem⁶²⁶. O não exercício de um direito subjetivo é, por assim dizer, o *factum proprium* de seu titular. O busílis – exatamente como acontece no comportamento contraditório – está na “ruptura das expectativas de continuidade da autoapresentação praticada pela pessoa que, tendo criado, no espaço jurídico, uma imagem de não exercício, rompe, de súbito, o estado gerado”⁶²⁷. Inicialmente houve uma resistência da doutrina em ligar a *suppressio* ao *venire contra factum proprium*, por conta do fato de que naquela é preponderante o fator temporal para sua caracterização, enquanto nessa o fator temporal é irrelevante.⁶²⁸

No processo civil, a aceitação da *suppressio* é pacífica, apenas repudiando sua aplicação nas hipóteses em que a lei prevê prazos peremptórios para cumprimento já regulamentados pela preclusão. A *suppressio*, no processo civil, representa, igualmente, um comportamento retroativo processual, atentando, objetivamente considerada, contra atos jurídico-processuais praticados e situações jurídicas consolidadas no seio da relação processual. Imagine-se, por hipótese, um caso em que a mãe ingressa com ação de alimentos em favor de seu filho menor, contra o pai, pleiteando pensão de dez salários mínimos. O juiz, acolhendo o pedido de liminar, fixa os provisórios em sete salários mínimos, a contar da citação. Passados quinze meses da concessão da liminar, a genitora ingressa com execução de alimentos, postulando receber todas as parcelas vencidas nesse período, não pagas em seus

⁶²⁵ STJ – REsp n. 1.096.639/DF, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.12.2008, DJe, de 12.02.2009.

⁶²⁶ “Condomínio. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *statu quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*suppressio*).” (STJ – REsp n. 214.680/SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.08.1999, DJ, de 16.11.1999, p. 214, LEXSTJ 128/228).

⁶²⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 813.

⁶²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al., *Novo CPC: fundamentos e sistematização: Lei 13.105, de 16.3.2015*, cit., p. 183.

respectivos vencimentos. Consolidou-se, assim, nos quinze meses de inação, uma situação jurídica que aponta para a ausência de necessidade dos alimentos, suficiente para despertar no alimentante a convicção de que os alimentos não seriam, de fato, executados. Consoante o Enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo” (*duty to mitigate the loss*)⁶²⁹. Essa atitude da representante do alimentado traduz, subjetivamente, uma quebra de confiança e, ao mesmo tempo, uma flagrante deslealdade com o alimentante, tanto no aspecto de direito material, quanto processual, apurada inequivocamente por conta desse desleal retardamento. No caso concreto – que não pode ser identificado em razão do segredo de justiça que envolve a questão –, o objetivo da genitora foi o de constituir e avolumar o valor do débito alimentar, visando à penhora e posterior expropriação do imóvel comum adquirido na constância da sociedade conjugal.

Também na esfera processual, vale registrar, Humberto Theodoro Júnior vislumbra uma potencial aplicação da *suppressio* na situação da parte que propositalmente recorre das questões resolvidas na fase de conhecimento, em respeito ao novo regime de recorribilidade das interlocutórias (CPC, art. 1.009, § 1º), valendo-se da apelação para tumultuar o processo, adotando conduta desleal e procrastinatória.⁶³⁰

Diferença entre a *suppressio* e a prescrição. Diferentemente do *venire contra factum proprium*, a prescrição é aferida objetivamente e nada tem a ver com a boa-fé ou com a tutela da confiança. Em razão disso, não está a *suppressio* suscetível à suspensão ou à interrupção em seu curso, exigindo tão somente a convicção despertada na parte *ex adversa* no sentido de que o direito não mais seria exercido. No direito brasileiro, os direitos subjetivos têm seus prazos prespcionais devidamente regulamentados, seja por regra especial – para aquele determinado direito – ou por regra geral. Isso pode induzir o operador do direito à equivocada convicção de que a *suppressio* somente tem aplicação às obrigações não sujeitas a prazo. Tal ilação tornaria inócuas a proteção à boa-fé objetiva e à confiança, relegando a *suppressio* à categoria dos institutos sem qualquer utilidade prática ao direito⁶³¹. Somente se configura a supressão do direito se as circunstâncias do caso concreto evidenciarem que a longa

⁶²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *suppressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, n. 171, p. 46-47, maio 2009.

⁶³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al., *Novo CPC: fundamentos e sistematização*: Lei 13.105, de 16.3.2015, cit., p. 184.

⁶³¹ Ibidem, p. 186.

inatividade do titular mostrou-se suficiente para quebrar a confiança e romper as legítimas expectativas despertadas no sentido de que o direito não mais seria exercido⁶³². O simples decurso de prazo não dá azo à supressão, por ser insusceptível de despertar confiança.⁶³³

10.2 *Surrectio*

A *surrectio* é a antítese da *suppressio*, em que a eficácia do tempo, ao invés de suprimir direitos subjetivos, induz o seu reconhecimento⁶³⁴. A prática continuada em determinado sentido – sem uma base legal ou contratual expressa – constitui fonte de direitos subjetivos em favor de quem aproveita. Na dicção de Menezes Cordeiro, “a *surrectio* “faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efectividade social, era tido como presente”⁶³⁵. Atuam, portanto, em sentidos opostos. Tem sido a *surrectio* utilizada para a constituição *ex novo* de direitos subjetivos⁶³⁶. O STJ já teve oportunidade de decidir que “na hipótese em que o contrato de seguro de vida é renovado ano a ano, por longo período, não pode a seguradora modificar subitamente as condições da avença nem deixar de renová-la em razão do fator de idade, sem que ofenda os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade”⁶³⁷. Se o locador costumeiramente concede um desconto ao locatário por pontualidade – não previsto no contrato de locação –, não pode repentinamente suprimi-lo sem incidir num comportamento contraditório. Se o alimentante, independentemente de ação

⁶³² Pinçado da jurisprudência do TJSP, um interessante precedente em que avulta a relevância da confiança na configuração da *suppressio*: “Recursos de apelação ação declaratória e reconvenção visando à cobrança prestação de serviços. Contrato de fornecimento de gás e cessão de equipamentos. Aplicabilidade do CDC, vez que a autora é destinatária final em prol de seus pacientes, sem intenção de aquisição dos gases para incremento de sua atividade empresarial. Não obstante, ausente a abusividade da cláusula que prevê consumo mínimo de gás, uma vez que há justificativa para tanto, razão relacionada à organização da empresa. Todavia, neste caso concreto, a cobrança retroativa dos valores referentes à aplicação desta cláusula é vedada pela ocorrência da *suppressio*. Mais do que a simples inércia, a ré manteve relação contratual com a autora por cerca de seis anos, com fornecimento e pagamentos mensais, sem nada ressalvar quanto a dívidas pendentes. Confiança gerada de que as quantias não mais seriam cobradas. Manutenção da sentença, com exceção da distribuição da sucumbência. Negado provimento ao recurso da ré e recurso da autora parcialmente provido.” (TJSP – Ap. n. 0181157-82.2009.8.26.0100, 25ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Hugo Crepaldi, j. 29.01.2015, Reg. 23.03.2015).

⁶³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al., *Novo CPC*: fundamentos e sistematização: Lei 13.105, de 16.3.2015, cit., p. 186.

⁶³⁴ Segundo Nelson Nery Junior: “Não se pode olvidar que a cada *suppressio*, como perda de uma situação jurídica subjetiva, que obsta o seu exercício de modo admissível sob pena de abuso de direito (CC 187; CC/1916 160 I a contrario sensu), corresponde, correlativamente, uma *surrectio*, isto é, uma surreição, um surgimento de uma posição jurídica subjetiva no patrimônio da contraparte, isto é, uma proibição de comportamento contraditório da parte contratante.” (NERY JUNIOR, Nelson. Dação em pagamento e boa-fé objetiva. In: SOLUÇÕES práticas de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7, p. 425. [p. 6, versão online]).

⁶³⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 816.

⁶³⁶ Ibidem, p. 821.

⁶³⁷ STJ – ED REsp n. 1.159.632/RJ, 4ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 09.08.2011, *DJe*, de 19.08.2011.

judicial, faz depósitos regulares em favor do alimentado, não pode, sem uma justificativa plausível, alegar da ação de alimentos promovida, não deter condições de pagar o valor pleiteado, consentâneo com aquele que vinha sendo pago.

10.3 *Tu quoque*

O instituto remonta ao Império Romano, inspirado na célebre frase atribuída a Júlio César, ao descobrir que seu filho Brutus participara de conspiração para dar cabo à sua vida. Aos descobrir a traição, o imperador voltou-se para seu filho, dizendo: “*Tu quoque, Brutus, fili mili!*” – Até tu, Brutus, filho meu!⁶³⁸. Traduzindo para o vernáculo, o *tu quoque* significa “até tu”, “também tu”, dando a ideia de espanto, surpresa, decepção. Para Menezes Cordeiro, o postulado traz embutido a regra, segundo a qual a pessoa, após violar uma regra jurídica, não pode invocá-la para exigir de outrem o comportamento que não teve, e complementa a ideia, afirmado que “está em jogo um vetor axiológico intuitivo, expresso em brocados como *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands*”⁶³⁹. Segundo Franz Wieacker, o *tu quoque* “impide a la otra parte, especialmente en la defensa, recurrir a normas jurídicas que ella misma no cumplió”⁶⁴⁰. No direito civil, a máxima está latente na *exceptio non adimpleti contratus*, pela qual, nas relações jurídicas bilaterais, aquele que ainda não cumpriu com sua obrigação não pode exigir o implemento da prestação atribuída parte contrária (CC, art. 476). Está expressa também, em certo sentido, no axioma *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Avulta o senso comum e as mais comezinhas disposições éticas e jurídicas alguém violar um comando normativo e posteriormente exigir de outrem o seu absoluto respeito⁶⁴¹. Inegavelmente, o *tu quoque* insere-se dentre os comportamentos contraditórios repudiados pelo ordenamento jurídico. Anderson Schreiber também vê identidade entre o *venire contra factum proprium* e o *tu quoque*, asseverando que “há no núcleo do *tu quoque* uma ideia de contradição, uma incoerência, aí todavia mais específica, porque relacionada à utilização de critérios valorativos diferentes para situações objetivamente muito similares ou idênticas”.⁶⁴²

⁶³⁸ DICKSTEIN, Marcelo. *A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e suppressio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 167.

⁶³⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 837.

⁶⁴⁰ WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fé*, cit., p. 67.

⁶⁴¹ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 837.

⁶⁴² SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 184.

A Terceira Turma do STJ já teve oportunidade de consignar que o *venire contra factum proprium* e o *tu quoque* representam a *ratio* “segundo a qual a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé”⁶⁴³. Não obstante no *tu quoque* uma conduta destoante da boa-fé objetiva, estando muito presentes as ideias de deslealdade e de ausência de boa-fé, não se vislumbra no instituto, trazido para o prisma processual civil, um comportamento retroativo em relação ao desenvolvimento do *iter* procedural. Diferentemente do que ocorre em relação à *suppressio* e à *surrectio*, o *tu quoque* não represente uma afronta a um ato processual praticado ou a uma situação jurídica consolidada no processo.

⁶⁴³ STJ – REsp n. 1.192.678/PR, 3^a T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.11.2012, *DJe*, de 26.11.2012.

11 O COMPORTAMENTO RETROATIVO PROCESSUAL E A PRECLUSÃO

Uma das mais importantes abordagens da presente tese condiz com o cotejamento entre o comportamento retroativo processual proveniente do *venire contra factum proprium* e a preclusão. É na confluência entre os fenômenos que se suscitam as maiores dúvidas.

Escorço histórico. Quem identificou a existência do fenômeno preclusivo foi Oskar von Bülow, no final do século XIX, em seu trabalho *Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, mas quem procedeu à sua sistematização foi Chiovenda, nominando o instituto a partir da *poena praeclesi* do direito comum⁶⁴⁴. Bulow identificou o fenômeno da inadmissibilidade da prática de um ato processual em consequência de seu não exercício dentro dos limites estabelecidos, em casos variados e importantes, sucedidos na revelia, na confissão, no juramento, na competência e na coisa julgada.⁶⁴⁵

No processo romano-canônico, a preclusão era tratada como ameaça jurídica, em que a defesa deveria ser oposta numa única oportunidade, sob pena de preclusão. No Brasil, o primeiro a retratá-la foi Manuel Aureliano de Gusmão, em 1922.⁶⁴⁶

Instituto nodal para o processo civil. A preclusão é um dos institutos fundamentais, a quinta-essência do direito processual civil, estando permeado por toda a vida do processo – de sua gênese ao seu ocaso –, assumindo relevante papel em sua estruturação. A preclusão regulamenta duas das fundamentais dimensões do processo – aquelas relativas ao seu tempo e sua lógica –, permitindo o impulsionamento constante da marcha processual e criando condições para que o processo se desenvolva e atinja seus verdadeiros escopos⁶⁴⁷. Ela

⁶⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 156.

⁶⁴⁵ Ibidem, v. 3, p. 157.

⁶⁴⁶ MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 284.

⁶⁴⁷ Essa relevância é ressaltada pela doutrina clássica. Para Arruda Alvim: “A preclusão pode ser considerada um verdadeiro princípio da teoria dos prazos porque ela interfere em toda a dinâmica do andamento, pois é o instituto através do qual, no processo, se superam os estágios procedimentais, e não deixa de ser também um instituto propulsionador da dinâmica processual, na medida em que for acatada pela legislação positiva.” (ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 499). Para Antônio Alberto Alves Barbosa: “A preclusão é instituto dos mais importantes, no qual repousa a eficiência do processo. É ordem, é disciplina, é lógica. É o imperativo de que decorre a necessidade de serem todos os atos e faculdades exercitados no momento e pela forma adequados, de modo a imperar a ordem e a lógica processuais. É, em suma, o instituto que estabelece um regime de responsabilidade, impondo a prática dos atos processuais no momento exato, pela forma adequada e conforme a lógica.” (BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Preclusão e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. cap. 2, p. 669-678. (Doutrinas Essenciais de Processo Civil, v. 6). [p. 2, versão online]).

interfere na dinâmica do desenvolvimento da marcha procedural, como fiel sustentador do processo e propulsionador de seus estágios⁶⁴⁸. Em tempos de prestígio ao devido processo constitucional, em que se impõe, ao mesmo tempo, a concessão de uma tutela jurisdicional efetiva, célere e econômica, a preclusão assume crucial relevância.

Íntimo relacionamento entre preclusão e formalismo processual. Há, de fato, inequívoca e íntima imbricação da preclusão com o formalismo processual, uma vez que a intensidade e rigorismo da regra da preclusão repercute na forma de ser do processo, na liberdade das partes e do juiz no desenvolvimento da relação processual⁶⁴⁹. O respeito à forma é imposto principalmente às partes, por meio da preclusão, dentro da consciência de que o processo ostenta caráter público.⁶⁵⁰

Para Alois Troller, a finalidade do processo é a justa decisão da lide e a defesa da pacificação, mas para o começo e o fim do processo devem ser indicadas as fronteiras, tarefa que é atribuída à forma – formar significa limitar o material a ser formado.⁶⁵¹

Ainda segundo Alois Troller, “o justo equilíbrio entre as partes serve para lhes conceder na mesma medida direitos, faculdades e deveres, de modo que não sejam desiguais suas possíveis influências sobre o desenvolvimento do processo e a atividade de conhecimento do juiz. Trata-se de um postulado lógico”.⁶⁵²

A aplicação da lei e a pacificação são incumbências atribuídas constitucionalmente ao processo, que deve prezar pela rigorosa conexão lógica e valorativa com o direito material violado, preservando, contudo, sua autonomia funcional. Como já ressaltado, o atingimento teleológico torna-se possível pelo respeito ao acabamento formal.⁶⁵³

A preclusão foi diferida no CPC/2015. No regime atual, com a extinção do agravo retido, a preclusão do direito de impugnar as decisões interlocutórias pertencentes à fase de conhecimento – e não sujeitas ao agravo de instrumento (CPC, art. 1.015) – foi diferida,

⁶⁴⁸ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 499.

⁶⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 169.

⁶⁵⁰ Ibidem, p. 222.

⁶⁵¹ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 22-23.

⁶⁵² Ibidem, p. 23.

⁶⁵³ Ibidem, p. 37.

relegando sua recorribilidade ao âmbito da apelação (CPC, art. 1.009). A preclusão ocorrerá se não houver impugnação no momento da apelação (§ 1º) ou nas contrarrazões (§ 2º).⁶⁵⁴

Cotejo analítico entre os fenômenos. Para saber se o *venire contra factum proprium* e a preclusão – especialmente a preclusão lógica – se referem ao mesmo fenômeno, deve-se fazer uma análise sob as perspectivas ônticas e deônticas de ambos institutos. Para tanto, é preciso descobrir e definir, dentro da maior fidedignidade possível, as estruturas ônticas – do ser que é – e deônticas – do valor que vale – de cada um dessas perspectivas no processo.

11.1 A ontologia da preclusão

Na filosofia, a ontologia da preclusão se presta a realizar um juízo de sua existência, aquele que proclama aquilo que ela é, enumerando características, atributos e vicissitudes respeitantes ao seu ser, tanto pela perspectiva da existência da preclusão no sistema objetivo como ente, como pelo prisma da essência que a define.⁶⁵⁵

Conceito. Para Chiovenda, a preclusão vem a ser “a perda, ou extinção, ou consumação, ou como quer que se diga, de uma faculdade processual pelo só fato de se haverem atingido os limites prescritos ao seu exercício”⁶⁵⁶. “Precluir” é deixar de estar incluído no mundo jurídico, é extinção de eficácia⁶⁵⁷. É a perda⁶⁵⁸ de uma faculdade em razão de um ônus.

⁶⁵⁴ BARONI, Rodrigo. Preclusão diferida, o fim do agravo retido e a ampliação do objeto da apelação no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 40, n. 243, p. 269-280, maio 2015. [p. 1, versão online].

⁶⁵⁵ GARCÍA MORENTE, Manuel García, *Fundamentos de filosofía*: lições preliminares, cit. v. 1, p. 294.

⁶⁵⁶ E complementa, afirmando que: “Diréi, por consequência, para esclarecer onde necessário o meu pensamento, e ao mesmo tempo para precisar quais possam ser os limites cuja inobservância carreia a perda de uma faculdade processual, que entendo por preclusão a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual que sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita).” (CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 156).

⁶⁵⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral: exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões ações e exceções, prescrição. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 6, p. 135.

⁶⁵⁸ Embora a parte perca a o direito de praticar o ato em virtude do decurso do tempo, não há “perda” nos casos de preclusão consumativa e lógica. Ocorre, nesse caso, exaurimento do direito processual em razão de seu exercício e, consequentemente, oposição de obstáculo à sua efetivação, por conta de uma conduta incompatível anterior, respectivamente. Ver: TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*, cit., p. 81; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 123-124.

Essa conceituação tem como perspectiva o direito à prática do ato, ou melhor, o pretenso direito a uma segunda oportunidade para a prática do ato correspondente ao ônus – que, no caso, é devidamente obstado pela incidência da preclusão. Não se pode reiterar o ato porque, em verdade, não mais se tratará do mesmo evento, mas de uma segunda oportunidade para cumpri-lo. Como ensina Arruda Alvim, “esta segunda oportunidade é apenas aparente, dado que, não tomada a providência, no momento oportuno, em relação a esta ‘segunda oportunidade’, já terá ocorrido preclusão”.⁶⁵⁹

Havida a preclusão, a parte já não mais poderá produzir eficazmente o ato processual a que fazia *jus*, nem fazer valer os atos que poderia requerer do juiz, propiciando, com isso, a aceleração do processo ao seu destino⁶⁶⁰. Essa nova oportunidade feriria, se admitida, dentre outros valores, a paridade de tratamento entre as partes, a isonomia.

A imbricação do *venire contra factum proprium* com a preclusão. Para as pretensões da presente tese, a conceituação da preclusão deve ser construída sob a perspectiva objetiva, do primacial prejudicado pela preclusão, a jurisdição – função estatal de pacificação social e justiça –, cuja eficiência, tempestividade, economia e efetividade são comprometidas por essa atuação abusiva. Inequivocamente, a admissibilidade de renovação da oportunidade para a prática do ato distancia o processo de suas finalidades.

Esse panorama nos acena que a preclusão obsta, endoprocessualmente – a partir de dois comportamentos contraditórios perpetrados no decorrer do processo –, uma retroação indevida em sua dinâmica.

A doutrina que se propõe a abordar a preclusão lógica é unânime em afirmar sua simbiose com o vetor de não retrocessão do *venire contra factum proprium*. Nesse sentido se manifestam Eduardo J. Couture⁶⁶¹, José Frederico Marques⁶⁶², Calmon de Passos⁶⁶³, Arruda

⁶⁵⁹ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 502.

⁶⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., 2009, cit., v. 2, p. 466.

⁶⁶¹ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 194.

⁶⁶² Para José Frederico Marques, a preclusão é “um dos institutos processuais que possibilitam, com mais eficácia, o impulso *ex-officio* do procedimento” (MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 284).

⁶⁶³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 270 a 331. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 3, p. 330.

Alvim⁶⁶⁴, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁶⁶⁵, Antonio Carlos Marcato⁶⁶⁶ e Flávio Luiz Yarshell⁶⁶⁷.

Como uma *direção no movimento*, o processo impõe que as questões nele decididas não possam ser rediscutidas, pois isso implicaria num recuo, num caminhar para trás⁶⁶⁸. Uma hora o processo precisa acabar. Tendo isso em consideração, impedem as disposições processuais que a parte discuta no curso procedural as questões já decididas e atingidas pela preclusão (CPC, art. 507). Veda-se o retorno a fases que já foram suplantadas, situação que feriria a logicidade do processo e sua tempestividade.

Nesse sentido, a preclusão também se constitui a partir de condutas contraditórias adotadas no decorrer do processo. Há uma profunda miscigenação do *venire contra factum proprium* com todas as espécies de preclusão, não somente a lógica. Não se vislumbra uma diferenciação ontológica nos comportamentos contraditórios provenientes de um e de outro. Ambos utilizam o mesmo *modus procedendi* e malferem o dever de coerência, se consubstanciando a partir de um indesejado retrogradar na estruturação do processo.

Os doutrinadores que se propõem a cotejar os fenômenos estudados materializam seus respectivos raciocínios comparativos somente entre o *venire contra factum proprium* e a preclusão lógica, sendo que aqueles poucos que se lançam sobre as demais modalidades não vislumbram quaisquer traços de similaridade com as preclusões temporal, consumativa e também com a preclusão para o juiz.⁶⁶⁹

Conforme consabido, a preclusão lógica consiste na perda de uma faculdade processual pelo fato de se haver realizado anteriormente atividade incompatível em relação à prática do ato. Em virtude da configuração de um ato contraditório em relação a outro que lhe

⁶⁶⁴ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 490.

⁶⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 170.

⁶⁶⁶ MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, n. 17, p. 105-114, jan./mar. 1980. p. 105-106.

⁶⁶⁷ YARSELL, Flávio Luiz. Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, n. 207, p. 13-23, maio 2012. [p. 4, versão online].

⁶⁶⁸ GRECO, Leonardo, *Instituições de direito processual civil: processo de conhecimento*, cit., v. 2, p. 372.

⁶⁶⁹ Larissa Gaspar Tunala aduz: “No que se refere à comparação entre *venire* e preclusão aplicável às partes, é evidente que a justaposição entre preclusão consumativa e *venire*, bem como entre preclusão temporal e *venire*, é descabida.” (TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 245).

precede, a associação da preclusão lógica com o *venire contra factum proprium* processual é claramente indiscutível e adquire maior similitude em relação às demais espécies.

Sob a perspectiva da irretroatividade, há grande imbricação do *venire contra factum proprium* também com as demais vertentes da preclusão, a partir da classificação preconizada por Chiovenda.

A preclusão temporal. Na preclusão temporal, incide a inércia da parte em praticar um ato que lhe favorece e, ato contínuo, a intenção de praticá-lo após escoado *in albis* o lapso concedido. Nesse caso, o princípio da peremptoriedade também incide sobre o prazo, de forma que este se esgota com o simples decurso temporal nele fixado, independentemente de declaração judicial (CPC, art. 223)⁶⁷⁰. Não há na dogmática processual, via de regra, duas oportunidades para a prática de um mesmo ato, ressalva feita na hipótese de haver uma justa causa para tanto.⁶⁷¹

Não se pode admitir, sucessivamente, o descumprimento do prazo e, ato contínuo, o seu cumprimento. O ente parcial do conflito é livre para agir nesse sentido, porém deverá se posicionar por uma coisa ou por outra. Aplica-se aqui o jogo de palavras “ou dá ou desse”, numa clássica combinação do verbo entre o presente do indicativo e o pretérito do subjuntivo, num ácido fatalismo, atribuindo a uma dada situação a conotação de um fato consumado, que não mais admite recuo ao *statu quo ante*. *Mutatis mutandis*, ou se cumpre o prazo ou cumprisse. Não subsistem as duas possibilidades.

Vislumbra-se também na preclusão temporal a prática de um comportamento contraditório, na verdade retroativo – entre a omissão perpetrada, a perda do prazo propriamente dita e a tentativa de cumprimento posterior ao seu escoamento –, exatamente como sucede na preclusão lógica ou no *venire contra factum proprium* processual.

⁶⁷⁰ GRECO, Leonardo, *Instituições de direito processual civil*: processo de conhecimento, cit., v. 2, p. 372; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, cit., p. 384.

⁶⁷¹ “Justa causa. A lei admite que se prove o justo impedimento na prática do ato (CPC, art. 223). Assim como ocorre no processo português, trata-se de uma causa que impossibilita – segundo um juízo construído com base na diligência comum do homem médio – a prática do ato, alheia à vontade do agente e resultante de um evento imprevisível.” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973: arts. 154-269, cit., p. 124). “Reconhecida a justa causa o juiz fixará prazo razoável para a prática do ato, quando então o prazo *ope legis* passará a ser *ope judicis*.” (Ibidem, p. 127).

A preclusão temporal consubstancia um comportamento retroativo, ao pretender o agente, retrospectivamente, uma eficácia jurídica dissemelhante daquela oriunda da perda do prazo, ou melhor, do não atendimento do ônus no tempo previsto. Há, portanto, inexoravelmente, na preclusão temporal, um comportamento retrospectivo, ao se levar em consideração para extrair tal ilação a perspectiva objetiva do *iter* trilhado pelo procedimento. E, por outro lado, há igualmente dois comportamentos incoerentes, um não cumprindo ou não querendo cumprir o prazo legal, e outro em sentido diametralmente oposto, da mesma forma como ocorre no *venire contra factum proprium* processual.

Preclusão consumativa. Esta modalidade de preclusão normalmente está ligada à prática de um ato complexo, composto simultaneamente por mais de um ato individualmente considerado⁶⁷². Semelhantemente, na preclusão consumativa – fundada na regra *non bis in idem*⁶⁷³ –, a parte pretende exercer de outro modo, com maior apuração, precisão, qualidade ou completude, uma faculdade anteriormente já exercitada. Parte minoritária do corpo doutrinário mais pertencente à atualidade sequer reconhece a existência da preclusão consumativa na dogmática.⁶⁷⁴

De uma certa forma, essa modalidade de preclusão foi, de fato, mitigada pelo CPC, haja vista que a lei incorporou uma tendência jurisprudencial das instâncias ordinárias, com a possibilidade expressa de se emendar o ato processual antes do escoamento do prazo (CPC, art. 223), fazendo cair por terra a discussão acadêmica travada sobre a possibilidade de se corrigir ou não o ato processual praticado.⁶⁷⁵

⁶⁷² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*, cit., p. 744.

⁶⁷³ MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 285.

⁶⁷⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Preclusão processual civil*, cit., p. 153. No mesmo sentido: TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 215.

⁶⁷⁵ Bedaque, a partir das convicções de Chiovenda, posicionou-se pela possibilidade de a parte corrigir vícios em suas manifestações e complementar suas proposições argumentativas, antes do esgotamento do prazo legal concedido (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo a técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 144). Heitor Vitor Mendonça Sica segue a mesma posição, preconizando que se a emenda é realizada dentro do prazo concedido, não há que se falar em retrocesso (SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Preclusão processual civil*, cit., p. 125). Em sentido contrário, Moniz de Aragão aduz que, uma vez produzido o ato, “não será possível tornar a praticá-lo, ou acrescentar-lhe elementos que ficaram de fora e nele deveriam ter sido incluídos, ou retirar os que, inseridos, não deveriam tê-lo sido” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Preclusão (processo civil). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 180).

Não obstante, isso não deve ser compreendido como um salvo-conduto para a conveniência dos litigantes. Em nosso sentir, emendar traz um sentido de corrigir eventuais vícios e deverá ser coibido pelo juiz sempre que tal prerrogativa destoar da boa-fé objetiva, lealdade e cooperação, de forma a interferir na confiança da contraparte, frustrando suas razoáveis expectativas. A parte tem a faculdade, tem o livre-arbítrio para praticar o ato entre o início e término de seu prazo, de sorte que se o praticar no primeiro dia, não há que se falar em liberdade ao interessado para remendar o ato até o transcurso do prazo. Malgrado Heitor Sica não vislumbrar, diante disso, retrocesso à marcha processual, pois “se a lei destinou determinado período de tempo para a prática de um ato processual, não há que se falar em retrocesso se a parte antecipa-se ao termo final e depois apresenta alguma emenda ou correção àquele mesmo ato”.⁶⁷⁶

Data maxima venia, vislumbra-se, na prática, um desleal retrocesso lógico, e não propriamente cronométrico. Entra em cena, aqui, mais uma vez, a ideia de “situação jurídica” retratada no item 2.2. Com o atendimento do ônus e respectiva “consumação” do prazo, já se consolida uma situação jurídica no processo, apta a se perpassar a uma etapa subsequente do procedimento. Ao atender o ônus – da forma como for –, a parte cumpre seu papel e encerra uma etapa na construção da realização do direito material violado. Aguardar-se o escoamento do prazo que ainda não se findou para permitir remendos é desperdiçar atividade jurisdicional. E o processo não tem tempo a perder. Atendido o prazo no primeiro minuto, não há qualquer plausível razão para se permitir emendas até a sua consumação. A fase seguinte já se encontra à espera.

Ademais, sob o prisma subjetivo, ao se tentar praticar novamente o ato processual, a parte afronta uma situação jurídica consolidada, que deu ensancha à confiança e justa expectativa dos demais entes do litígio, merecendo, à vista disso, plena proteção jurídica, independentemente de o prazo legal concedido não haver se consumido. Imagine-se, v.g., a parte apresentar em seu aditamento versões antagônicas sobre um mesmo fato ou sustentar teses jurídicas opostas entre a peça principal e sua emenda.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Preclusão processual civil*, cit., p. 152.

⁶⁷⁷ Sendo mais específico no exemplo, imagine-se o réu que, em ação de indenização por acidente automobilístico, alega haver ultrapassado o sinal vermelho, mas que não foi a causa do acidente e, na emenda, invoca que, na verdade, quem passou no semáforo vermelho foi a parte autora.

Concluída essa guinada, pode-se asseverar que há na preclusão consumativa, concomitantemente, um manifesto comportamento ao mesmo tempo contraditório e retroativo, ao se tentar repetir o ato processual – de uma forma mais conveniente ao interessado –, impondo um recuo na marcha estruturada do processo. A incoerência, a contrariedade reside exatamente no cumprir o prazo legal e querer cumprir novamente. Não há duas oportunidades para um mesmo exercício. Isso feriria a lógica, além de representar uma deslealdade perante aquele que somente teve e respeitou uma única oportunidade. Tratar-se-ia da concessão de um privilégio, nitidamente anti-isônômico.

O comportamento retroativo obstado pela preclusão busca no processo, igualmente, uma eficácia jurídica diversa daquela proveniente da consumação do ato e atendimento do ônus. Assim, sob a perspectiva da irretroatividade, a semelhança entre a preclusão consumativa e o *venire contra factum proprium* é gritante.

Preclusão para o juiz. A declaração judicial, uma vez proferida, não pode ser livremente desfeita ou ignorada pelo prolator ou por outros juízes, incidindo sobre a hipótese a denominada preclusão para o juiz. Somente pela via recursal tipificada e no tempo devido se admite a anulação ou reforma das decisões judiciais⁶⁷⁸. Isto é, veda-se ao juiz, via de regra – salvo pelas vias recursais ordinárias e respeitados seus requisitos – voltar a julgar as questões decididas *incidenter tantum* ao longo do processo (CPC, art. 505).

Uma das exceções previstas em lei encontra-se nas hipóteses em que o juiz pode exercer o denominado juízo de retratação, após a parte recorrer da decisão proferida, que são expressamente previstas em lei (CPC, arts. 331; 332, § 3º; 485, § 7º; 1.018, § 1º).

Nos casos que envolvem os pressupostos processuais, as condições da ação e a regularidade formal (CPC, arts. 485, § 3º; 337, § 3º; 64, § 1º e 342, III), correta é a vertente teorética que sustenta que, uma vez decididas, tais questões não podem mais ser objeto de

⁶⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, cit., v. 1, p. 1.104.

reapreciação pelo juiz, exceto estando diante de fato superveniente que assim a justifique⁶⁷⁹. Acompanha-se, nesse caso, a jurisprudência majoritária do STJ.⁶⁸⁰

Há uma tensão no sistema objetivo entre forças que pugnam por desembaraçar o desempenho da atividade jurisdicional e aquelas que resistem em inadmitir que o processo se transforme numa interminável epopeia⁶⁸¹. Porém, em nome da segurança jurídica, cuida-se para que a marcha do processo não sofra retroações inoportunas, com a rediscussão de questões já decididas no feito, ainda que se trate de matéria de ordem pública.

Cuida-se de absoluto contrassenso o juiz afirmar, v.g., deter o autor interesse processual e, mais adiante, “melhor analisando a questão”, decidir exatamente em sentido contrário. O juiz tem autonomia total para deliberar sobre as matérias de ordem pública, mas

⁶⁷⁹ Por todos: DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., v. 1, p. 711. [Cap. 4.5.2 – O juízo de admissibilidade positivo e a preclusão].

⁶⁸⁰ Essa é a posição francamente majoritária no STJ: “Consoante jurisprudência desta Corte, ainda que a questão seja de ordem pública, há preclusão consumativa se a matéria tiver sido objeto de decisão anterior definitivamente julgada.” (STJ – AgR AREsp n. 630.587/SP, 4ª T., rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 28.06.2016, *DJe*, de 01.07.2016); “Ainda que de ordem pública, as questões apreciadas em exceção de pré-executividade não podem ser renovadas por ocasião dos embargos à execução, em razão da preclusão. Precedentes.” (STJ – AgR REsp n. 1.322.504/PR, 2ª T., rel. Min. Diva Malerbi, j. 17.03.2016, *DJe*, de 31.03.2016); “Consoante jurisprudência desta Corte, ainda que a questão seja de ordem pública, há preclusão consumativa se esta tiver sido objeto de decisão anterior definitivamente julgada.” (STJ – AgR AREsp n. 264.238/RJ, 4ª T., rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 15.12.2015, *DJe*, de 18.12.2015); “Consoante jurisprudência desta Corte, ainda que a questão seja de ordem pública, há preclusão consumativa se esta tiver sido objeto de decisão anterior definitivamente julgada.” (STJ – AgR REsp n. 1.536.684/MT, 4ª T., rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 15.12.2015, *DJe*, de 04.02.2016); “Nos termos da jurisprudência firmada do Superior Tribunal de Justiça, ocorre a preclusão consumativa mesmo quando se tratar de matéria de ordem pública que tenha sido objeto de anterior decisão já definitivamente julgada.” (STJ – AgR REsp n. 1.507.721/DF, 3ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05.11.2015, *DJe*, de 13.11.2015); “Apesar de a impenhorabilidade do bem de família constituir matéria de ordem pública, que comporta arguição em qualquer tempo ou fase do processo, o pronunciamento judicial em sentido negativo provoca a preclusão.” (STJ – ED ED REsp n. 1.083.134/PR, 4ª T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 20.10.2015, *DJe*, de 28.10.2015); “Nos termos da jurisprudência firmada neste Superior Tribunal de Justiça, ocorre a preclusão consumativa mesmo quando se tratar de matéria de ordem pública (liquidez do título executivo) que tenha sido objeto de anterior decisão já definitivamente julgada.” (STJ – AgR REsp n. 1.487.080/PR, 3ª T., rel. Min. Moura Ribeiro, j. 21.05.2015, *DJe*, de 28.05.2015); “De acordo com a jurisprudência desta Corte, ‘embora a impenhorabilidade do bem de família seja matéria de ordem pública, passível de arguição em qualquer fase do processo, na hipótese de haver decisão anterior, opera-se a preclusão consumativa’ (AgR no AREsp 70.180/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013). Incidência da Súmula 83/STJ.” (STJ – AgR AREsp n. 607.413/RJ, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.12.2104, *DJe*, de 19.12.2014); “Na espécie, o posicionamento adotado na decisão recorrida coincide com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que, ainda que se trate de matéria de ordem pública, as questões sobre as quais se operou a preclusão não mais podem ser decididas no processo.” (STJ – AgR AREsp n. 53.326/SP, 4ª T., rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 09.12.2014, *DJe*, de 12.12.2014); “Ocorre a preclusão consumativa mesmo quanto a matéria de ordem pública que tenha sido objeto de anterior julgamento sem impugnação da parte.” (STJ – AgR AREsp n. 489.029/SP, 3ª T., rel. Min. João Otávio Noronha, j. 05.06.2014, *DJe*, de 17.06.2014).

⁶⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravio (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 479.

admitir que possa julgar e re julgar indefinidamente a questão, por mais relevante que possa ser, atenta contra os mais comezinhos princípios do Estado de Direito.

De duas, uma: ou um recurso se incumbirá de corrigir a patologia no ato existente ou, em algum momento, o ato processual maculado será definitivamente convalidado pela sanatória geral proveniente da coisa julgada.

O fundamento legal da preclusão para o juiz está, constitucionalmente, no princípio da irretroatividade, aplicado às estruturas do processo (CF, art. 5º, XXXVI) e, infraconstitucionalmente, no artigo 505 do CPC.

A simbiose entre a preclusão para o juiz e o *venire contra factum proprium* no processo é evidente, *crystal clear*. Isso porque uma vez decidido o ponto controvertido – de fato ou de direito –, passa-se, como registrado, a uma fase subsequente na cadeia procedural, de sorte que ao regressar o juiz a essa questão já ultrapassada por decisão anterior, está a adotar comportamento evidentemente retroativo, vedado pelo ordenamento jurídico.

O direito material não pode esperar mais do que o estritamente necessário. Decidiu, está decidido! O princípio constitucional da irretroatividade da marcha processual se encarrega de acomodar a situação, em nome de um bem maior, o ideal de pacificação com justiça.

Assim, a preclusão e o *venire contra factum proprium* processual possuem idêntico substrato ôntico, pois ambos se conformam a partir de comportamentos contraditórios adotados no processo pelos entes do litígio.

Matéria de ordem pública. As disposições que impõem e regulamentam o instituto da preclusão no processo consubstanciam normas imperativas e cogentes, integrando o elenco das matérias de ordem pública⁶⁸². Tais normas transcendem a conveniência dos partícipes da relação processual, podendo e devendo receber crivo *ex officio* pelo juiz, independentemente

⁶⁸² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil*: novo CPC – Lei 13.105/2015, cit., p. 1.235. No mesmo sentido se posiciona Pontes de Miranda, fazendo alusão à preclusividade das resoluções judiciais (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 444-475. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5, p. 192).

de alegação da parte ou do interessado. Também interessa à ordem pública a celeridade processual e a estabilidade das decisões judiciais.

Por outro lado, exatamente por conformar matéria de ordem pública não pode o juiz eximir-se da aplicação da preclusão, quando presentes estiverem seus requisitos pressupostos na norma. A inobservância das regras que preveem a preclusão implica em *error in procedendo*, caracterizando a nulidade absoluta da decisão judicial que o envolve.⁶⁸³

Para Freddie Didier Junior, no caso de a parte ou o juiz insistirem em praticar o ato que não poderia ser perpetrado, esse ato será inválido e, tratando-se a preclusão de matéria de ordem pública, gera nulidade absoluta, se causar prejuízo para os demais entes⁶⁸⁴. Por tais motivos, a preclusão e o *venire contra factum proprium* no prisma processual possuem semelhante estrutura ôntica, no que tange a esse particular aspecto.

Natureza jurídica. Encontrar a natureza jurídica da preclusão é tarefa árdua, difícil, pois há grande divergência doutrinária acerca de sua gênese. São inúmeras frentes teóricas embandeiradas pela doutrina. A preclusão é abordada das mais variadas formas, como um efeito jurídico⁶⁸⁵, como um princípio⁶⁸⁶, como técnica e princípio⁶⁸⁷, como princípio, instituto e técnica⁶⁸⁸, como sanção⁶⁸⁹, como penalidade *sui generis*⁶⁹⁰ e como mecanismo de impulso processual⁶⁹¹. Desnecessária a abordagem de cada uma dessas correntes, por não caber no âmbito angusto da tese, que se restringe a cotejar a preclusão na exata confluência com o

⁶⁸³ Para Anissara Toscan: “O ato do juiz que deixa de considerar as preclusões operadas sobre os direitos das partes no curso procedural é nulo, na medida em que malfere o devido processo legal, demandado, outrossim, que outro seja produzido em seu lugar. Por aí, são nulos o acórdão que conhece e julga o mérito de apelação intempestiva ou cuja sentença foi cumprida sem ressalvas pelo apelante, a decisão que impulsiona o processo após o autor manifestar renúncia ao direito em que se funda a demanda etc.” (TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*, cit., p. 104).

⁶⁸⁴ DIDIER JUNIOR, Freddie, *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., v. 1, p. 437.

⁶⁸⁵ DIDIER JUNIOR, Freddie, *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., v. 1, p. 428; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, n. 168, p. 334, fev. 2009.

⁶⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 170.

⁶⁸⁷ RUBIN, Fernando, *A preclusão na dinâmica do processo civil*, cit., p. 35 e 39.

⁶⁸⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Preclusão processual civil*, cit., p. 178.

⁶⁸⁹ OLIVEIRA, João Martins de. *A preclusão na dinâmica do processo penal*. Santa Maria, RS: Gráfica Santa Maria, 1955. p. 98.

⁶⁹⁰ LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 16, v. 76, p. 15, maio/jun. 1982.

⁶⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 784, p. 17-18, fev. 2001. [p. 1 versão online].

comportamento retroativo processual. De qualquer forma, fica a pesquisa para facilitar o estudo por parte de eventuais interessados.

Contudo, a teoria prevalecente vê a preclusão como um fato jurídico processual impeditivo. Para Frederico Marques⁶⁹², a preclusão:

É fato processual porque é um acontecimento decorrente, ou do decurso do tempo, ou de uma incompatibilidade lógica, ou da consumação de uma faculdade processual, que produz efeitos jurídico-processuais. Os efeitos desse fato ou acontecimento que se verifica na relação processual resultam da necessidade de que a marcha do procedimento se opere com rapidez e sem recuos.

É a preclusão um fato jurídico processual obstativo de uma retroação processual manifestamente indevida, em que se pretende praticar o ato após o escoamento do prazo previsto, após a sua consumação pela parte, posteriormente à prática de um ato incompatível com esse exercício, ou ainda, no caso do juiz, após haver anteriormente emitido juízo de valor sobre a questão.

Nesse sentido, os conceitos cotejados se sobrepõem também em relação à natureza jurídica, uma vez que a preclusão, da mesma forma como o *venire contra factum proprium*, conforma um fato jurídico processual impeditivo da regressão do fluxo processual-procedimental.

Consequências jurídicas. Com a ocorrência da preclusão, obsta ao ente do litígio lançar-se em comportamento retroativo no processo, buscando uma eficácia jurídica distinta daquela oriunda da perda do prazo, da consumação do ato, da prática de ato incompatível com seu exercício, ou da decisão judicial anteriormente proferida. A consequência jurídica inexorável proveniente da preclusão é a ineficácia do ato retroativo afetado pela preclusão, que não opera qualquer efeito jurídico. Além disso, o ato precluso é nulo, por infração a disposição de ordem pública, como visto anteriormente. Consequentemente, o comportamento retroativo obstado pela preclusão não terá o condão de alterar a situação jurídica então consolidada.

⁶⁹² MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 286. No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*, cit., v. 5, p. 108-109; ALVIM, Arruda, *Novo contencioso cível no CPC/2015: de acordo com o novo CPC, Lei 13.105/2015*, cit., p. 131; THEODORO JÚNIOR, Humberto, A preclusão no processo civil, cit., p. 25-26, e p. 2 [Versão online]; TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 206.

Ônus processuais. O atendimento ao ônus é um exercício de liberdade, uma opção daquele que o detém. Diferentemente do que ocorre com as faculdades *stricto sensu*, seu não atendimento implicará a ele uma determinada consequência jurídica prevista em lei – geralmente a preclusão –, sem irradiar efeitos nocivos à esfera jurídica de terceiros ou gerar expectativas⁶⁹³⁻⁶⁹⁴. Barbosa Moreira defende que a preclusão pode ter o caráter de ônus, direito ou uma faculdade⁶⁹⁵. Para Teresa Arruda Alvim Wambier:⁶⁹⁶

Melhor teria sido se se tivesse usado o termo ônus, no lugar de faculdade. É a ideia de ônus que se liga à de preclusão, isto é, à ideia de uma atividade que, se concretizada ou realizada, terá (provavelmente) seus resultados revertidos em benefício daquele que a desempenhou [...] se uma “faculdade” tem caráter de ônus, fica submetida ao regime do ônus e, pois, se não exercida, gera ou pode gerar prejuízo àquele que se omitiu. Não se estará mais, assim, diante de uma faculdade, mas de um ônus, exclusivamente.

Somente se vislumbra possibilidade de configuração do *venire contra factum proprium* processual em condutas concernentes a faculdades, poderes e ônus, ou a omissão em seus respectivos exercícios. Isso se deve ao fato de que, inerente a tais possibilidades, avulta um comportamento proveniente necessariamente de uma escolha, estando latente em referidas oportunidades a dialética do sim, do adimplemento, e do não, da transgressão.⁶⁹⁷

Em suma, a preclusão e o *venire contra factum proprium* encontram-se inseridos num mesmo e único bloco eficacial formal, com a nulidade absoluta e ineficácia dos atos ilicitamente perpetrados no processo.

11.2 A deontologia da preclusão

A preclusão, na acepção do tridimensionalismo de Reale, como todos os institutos que conformam o direito processual civil, é norma, fato e valor. O ser do valor é o valer. O que torna a preclusão importante e valiosa no sistema objetivo-processual são os valores que ela alberga, seu dever ser e que, por sua vez, obedece ao *ethos* dominante. Sob essa luz, os prazos

⁶⁹³ Para Cornelutti: “Quando o exercício de uma faculdade aparece como condição para obter uma determinada vantagem; por isso o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse. Obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade; mas diferem no elemento substancial, porque quando há obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio, e para a tutela de um interesse próprio, quando se tratar de ônus.” (CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de direito processual civil: introdução e função do processo civil*, cit., v. 1, n. 21, p. 119).

⁶⁹⁴ Assim, se eu não recorrer contra o conteúdo da sentença, incidirá seu trânsito em julgado; se a parte não der cumprimento ao ônus da prova, em princípio, a demanda será julgada em meu desfavor.

⁶⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre prazos, peremptórios e dilatório. In: _____. *Temas de direito processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 57.

⁶⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, cit., p. 474-475.

⁶⁹⁷ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 35-36.

processuais e as preclusões cumprem uma função teleológica – e consequentemente axiológica.⁶⁹⁸

Deontologicamente, a preclusão se presta a tutelar no ordenamento jurídico o mesmo plexo valorativo salvaguardado pelo apotegma romano *nemo potest venire contra factum proprium* no campo processual.

O vetor de não retroação. A doutrina é uníssona em asseverar que a preclusão se destina a auxiliar o desenvolvimento do processo, o impulso da marcha processual e sua vedação à retrocessão. Para Eduardo J. Couture⁶⁹⁹, a preclusão impede o regresso a etapas e momentos processuais já extintos e consumados; segundo José Frederico Marques⁷⁰⁰, a preclusão é “um dos institutos processuais que possibilitam, com mais eficácia, o impulso *ex officio* do procedimento”; Arruda Alvim⁷⁰¹ propugna que “constituem-se os prazos processuais e as preclusões em dois aspectos através dos quais se exterioriza a disciplina do tempo no processo, em função da ideia de o processo dever marchar em direção à sentença, irreversivelmente”; Calmon de Passos⁷⁰² ensina que a preclusão tem por característica predominante impedir “o retrocesso, ou seja, o retorno, no procedimento, a fases ou estágios já cumpridos”. Mesma linha argumentativa pode-se verificar em José Roberto dos Santos Bedaque⁷⁰³, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁷⁰⁴ e Antonio Carlos Marcato⁷⁰⁵.

⁶⁹⁸ Miguel Reale aponta para “a inviabilidade de uma concepção teleológica sem uma base estimativa ou axiológica. A nosso ver, a noção de fim é decorrência da de valor. O fim é valor enquanto racionalmente pode ser captado e reconhecido como motivo do agir. Já vimos que ao mundo dos valores ascendemos por vias emocionais, e que o valor transcende sempre às nossas formas de compreensão racional. A beleza, a justiça e todos os demais valores não se esgotam em fórmulas ou esquemas racionais. O que declaramos fim não é senão um momento de valor abrangido por nossa racionalidade limitada, implicando um problema de meio adequado à sua realização” (REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, cit., p. 381).

⁶⁹⁹ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 194.

⁷⁰⁰ MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 284.

⁷⁰¹ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 483.

⁷⁰² PASSOS, José Joaquim Calmon de, *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 270 a 331*, cit., v. 3, p. 330.

⁷⁰³ “A preclusão é uma entre as várias técnicas destinadas a evitar a demora do processo. Aliás, visa a possibilitar o próprio desenvolvimento dele, estabelecendo limites à prática de atos pelas partes e à discussão de questões processuais, a fim de que, mediante impulso oficial, se chegue ao exame da situação substancial, com a concessão ou a denegação da tutela jurisdicional.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo a técnica processual*, cit., p. 127).

⁷⁰⁴ “Pela ótica do princípio da preclusão, a divisão do procedimento em fases traz consigo a exigência de realizadas as respectivas providências na fase processual correspondente ou dentro de determinado espaço de tempo, findo o qual o ato já não se poderá realizar (*Praklusivstadien*).” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 170).

⁷⁰⁵ Marcato ensina que para atingir sua finalidade de atuação da vontade da lei, “o processo, deve ter um desenvolvimento ordenado, coerente e regular, assegurando a certeza das situações processuais e também a estabilidade das mesmas, sob pena de retrocessos e contramarchas desnecessárias e onerosas que colocariam em risco não só os interesses das partes em litígio mas, principalmente, a majestade da atividade jurisdicional” (MARCATO, Antonio Carlos, *Preclusões: limitação ao contraditório*, cit., p. 105-106).

Mesmo Alfredo Buzaid⁷⁰⁶, quando afirma que a preclusão visa pôr termo à discussão, está, em verdade, reafirmando *tout court* sua miscibilidade com as tendências de não retroação.

Faz-se acentuadamente presente na preclusão o vetor de não retrospecção, o que nos leva a concluir, à semelhança do comportamento retroativo processual, que a preclusão deriva objetivamente do princípio constitucional da irretroatividade, que atua largamente sobre a vida do processo, como pontuado reiteradamente no decorrer da presente demonstração científica.

Corolário disso é que a preclusão, como instrumento de caráter eminentemente público, também atua primacialmente em nome da segurança jurídica, dando concretude aos ideais de calculabilidade – no tocante aos próximos desdobramentos do processo – e permanência – daquilo que ficou para trás –, condições mínimas para que se possa falar em devido processo legal, bem como em eficiência da atividade jurisdicional.⁷⁰⁷

Confiança e boa-fé. A mesmíssima correlação que o *venire contra factum proprium* possui com a boa-fé objetiva e a confiança pode ser encontrada deontologicamente na preclusão. Malgrado haver uma frente teorética que minimiza a boa-fé objetiva ao abordar cientificamente a preclusão, há considerável parcela da doutrina que corrobora essa estreita imbricação⁷⁰⁸. A grosso modo, no sentido de que a preclusão incorpora um óbice à ausência de boa-fé objetiva, posicionam-se Humberto Theodoro Junior⁷⁰⁹, José Roberto dos Santos

⁷⁰⁶ BUZAI, Alfredo. *Despacho saneador – Coisa julgada e preclusão – Venda judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 103-122. (Doutrinas Essenciais de Processo Civil, v. 3). [p. 7, versão online].

⁷⁰⁷ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 133.

⁷⁰⁸ Heitor Sica faz referência à boa-fé objetiva somente quando discorre sobre a preclusão lógica. Para o autor, “quando falta coerência, ou, mais precisamente, quando entre dois ou mais atos da série há incompatibilidade, o ato sucessivo não pode ser cumprido, e, tendo sido realizado, não pode ser levado em conta. Parece claro, então, que a preclusão lógica também vem inspirada pelo princípio da boa-fé e pela ideia de que o processo deve desenvolver-se de modo harmônico” (SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Preclusão processual civil*, cit., p. 150). Larissa Gaspar Tunala é mais enfática, aduzindo que “a preclusão, por sua vez, tem por escopo fundamental garantir a marcha do processo, o ‘andar para frente’, sendo que sua conexão com a boa-fé é feita de maneira pouco usual, não unânime e por vezes superficial [...] como grande parte da doutrina não inclui dentre os escopos da preclusão o resguardo da boa-fé, (e, quando o faz, é quase de maneira acessória, sem conferir à boa-fé qualquer posição de destaque), ao aproximar o *venire* da preclusão lógica corre-se o risco de igualar figuras com escopos distintos” (TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 248).

⁷⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 94, n. 344, p. 60, out./dez. 1998.

Bedaque⁷¹⁰, Manoel Caetano Ferreira Filho⁷¹¹, Maurício Giannico⁷¹² e Raquel Heck Mariano da Rocha⁷¹³.

Moniz de Aragão encara o princípio da preclusão como decorrência do dever de lealdade⁷¹⁴, já Ada Pellegrini Grinover acresce que a preclusão não se assenta somente no jurídico, mas igualmente no ético e político, pois além de propiciar a rápida solução do conflito, tutela ainda a boa-fé no processo, obstando a prática de expedientes contrários à lealdade processual⁷¹⁵. Para Fredie Didier Junior, a preclusão não visa somente à ordem, segurança e duração razoável, indo além, para preservar a boa-fé e a lealdade no *iter* processual.⁷¹⁶

Traçando um raciocínio analógico, a boa-fé e a confiança estão para a preclusão, assim como estão para o *venire contra factum proprium*, ou seja, a relação que a boa-fé ostenta em relação ao *venire contra factum proprium* é idêntica à relação que detém com a preclusão, sob a perspectiva subjetiva dos demais entes do conflito. A preclusão atua como antídoto contra ataques à forma estabelecida em lei para o adequado desfecho da relação processual.

Eficiência. Ainda que se tenha a preclusão como um limitador abusivo dos poderes processuais, ou como instituto impulsionador da marcha processual, como óbice à ausência de boa-fé e como tutor da confiança, inegavelmente deve ser também vista como importante elemento na concreção da eficiência da tutela jurisdicional, contribuindo como anteparo ao desperdício da atividade judicante, dando concreção à isonomia, celeridade, economia e efetividade da tutela jurisdicional.

⁷¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo a técnica processual*, cit., p. 132.

⁷¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 29.

⁷¹² GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2007. p. 82-83. (Coleção Theotônio Negrão).

⁷¹³ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 14.

⁷¹⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 154-269*, cit., p. 355.

⁷¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 235.

⁷¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., v. 1, p. 427.

Em razão disso, tudo o que se discorreu sobre a boa-fé objetiva, a confiança e a eficiência em relação ao *venire contra factum proprium* vale para a preclusão, mostrando-se desnecessário tecer novas considerações a respeito.

Mas a preclusão lógica e o *venire contra factum proprium* representam dogmaticamente a mesma formulação? O cotejamento entre a preclusão e o *venire contra factum proprium* demonstram uma proximidade muito grande entre as formulações, se não idênticas, muito semelhantes.

Barbosa Moreira, a esse respeito, vê a preclusão – lógica – como uma decorrência do princípio que vedo o *venire contra factum proprium*⁷¹⁷. Para Arruda Alvim, a preclusão lógica mostra-se “intimamente ligada” ao postulado *venire contra factum proprium non valet*.⁷¹⁸

Para Fredie Didier Junior, “a ideia de preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*”⁷¹⁹. Aduz que são conceitos intimamente ligados, de sorte que a preclusão lógica “é a tradução, no campo do direito processual, do princípio da boa fé, mais especificamente do vetusto brocado do *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode comportar-se contrariamente aos seus próprios atos), hoje considerado integrante no conteúdo da cláusula geral da boa fé objetiva”.⁷²⁰

⁷¹⁷ “Não se configura como renúncia (tácita) ao direito de recorrer a prática, pela parte, de qualquer ato do qual diretamente resulte, no processo, em verdadeira relação de causa e efeito, a decisão a ela desfavorável: v.g., a desistência da ação, a renúncia ao direto postulado, o reconhecimento do pedido. Em regra, nesses casos, será inadmissível o recurso porventura interposto por aquele que a provocou: seria logicamente contraditório admitir-se a impugnação da decisão por quem tenha agido com fito de fazê-la surgir. A ninguém é dado usar as vias recursais para perseguir determinado fim, se o obstáculo ao atingimento desse fim, representado pela decisão impugnado se originou de ato praticado por aquele mesmo que pretende impugná-la; no fundo, trata-se de aspecto particular do princípio que proíbe o *venire contra factum proprium*, e o impedimento ao recurso, em perspectiva dogmática, subsume-se na figura denominada *preclusão lógica*, que consiste, como é sabido, na perda de um direito ou de uma faculdade processual pelo fato de se haver realizado a atividade incompatível com o respectivo exercício. Trata-se aqui, no entanto, de fatos *impeditivos* do direito de recorrer; já a renúncia é fato *extintivo* desse direito.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565, cit., v. 5, p. 341).

⁷¹⁸ ALVIM, Arruda, *Novo contencioso cível no CPC/2015*: de acordo com o novo CPC, Lei 13.105/2015, cit., p. 130.

⁷¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil. In: FARIA, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 203; DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., v. 1, p. 431.

⁷²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, cit., v. 1, p. 431.

Nesse mesmo sentido manifestam-se Marinoni e Mitidiero⁷²¹, Flávio Luiz Yarsshell⁷²², Judith Martins-Costa⁷²³, Antonio do Passo Cabral⁷²⁴, Raquel Mariano da Rocha⁷²⁵, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira⁷²⁶ e Anissara Toscan⁷²⁷.

De fato, o *venire contra factum proprium* e a preclusão, principalmente em sua modalidade lógica, ostentam e evidenciam as mesmas estruturas ônticas e deônticas, a ponto de se confundirem.

Inegavelmente, os fenômenos estudados irradiam idêntico cabedal existencial, essencial e valorativo, mas é preciso saber em que medida, precisamente, os conceitos se imbricam e se sobrepõem.

A par de possuírem a mesma conformação ontológica – evidenciando ambos matéria de ordem pública, ostentarem a mesma natureza jurídica e as mesmas consequências jurídicas, pelo menos no plano formal, e estarem ligados aos ônus e poderes-deveres – e deontológica, tutelando exatamente a mesma pléiade, podem ser apontadas duas grandes diferenças, que, outrossim, atuam nos planos objetivo e subjetivo.

No plano subjetivo – diferentemente do que sucede com o *venire contra factum proprium* –, a preclusão restringe sua eficácia às partes integrantes do certame litigioso, haja vista que a preclusão, por excelência, atua quando a parte se omite no atendimento a um ônus processual.

⁷²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Propriedade industrial. Boa-fé objetiva. Proteção da confiança. Proibição do *venire contra factum proprium* no processo. Dever de não conhecer do recurso. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 16, n. 61, p. 186-187, jan./mar. 2008; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 933.

⁷²² YARSHELL, Flávio Luiz, Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral, cit., p. 20 [Versão online].

⁷²³ MARTINS-COSTA, Judith, A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*, cit., p. 119.

⁷²⁴ CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais, cit., p. 313-314.

⁷²⁵ ROCHA, Raquel Heck Mariano da, *Preclusão no processo civil*, cit., p. 74-75.

⁷²⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*, cit., p. 343.

⁷²⁷ TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*: estática e dinâmica, cit., p. 105.

Muito diferentemente, como observado com prodigalidade, o *venire contra factum proprium* possui um âmbito de ação mais amplo – subjetivamente falando –, ao não se restringir, como sói ocorrer, às partes do processo em que se verificou.

O ineditismo do comportamento retroativo processual na dogmática processual reside na circunstância de a retroação poder se caracterizar em relação a uma mesma demanda ou, proporcionalmente, a processos díspares. Com isso, em processos dessemelhantes, pode o *venire contra factum proprium* envolver perfeitamente sujeitos diversos – entre aqueles indivíduos que redundaram o *factum proprium* e aqueles que mantiveram relação com o comportamento incoerente propriamente dito –, conformando, assim, um maior espectro subjetivo.

Prazo. No plano objetivo, pode-se dizer que a matéria-prima da preclusão é o prazo. O princípio da preclusão – junto com a inalterabilidade – informa a teoria dos prazos processuais⁷²⁸. Traçando um paralelo, onde há preclusão, há prazo, e onde há prazo, há parte. A atribuição de um prazo é um mecanismo de colaboração forçada, em que a parte deixa sua zona de conforto e passa a atuar a serviço do processo⁷²⁹. Para Menezes Cordeiro, “a ‘preclusão’ tem a ideia de efeito decorrente do decurso de prazo”⁷³⁰. E Humberto Theodoro Junior acentua que a preclusão “se relaciona apenas com as decisões interlocutórias e as faculdades conferidas às partes com prazo certo de exercício”.⁷³¹

Caso a perda do prazo não puder ser associada ou atribuída a um ente parcial, mas a um partícipe, tais como o perito, a testemunha ou o assistente técnico, a perda do prazo para a prática do ato poderá redundar em consequências disciplinares aplicadas pelo juiz – uma condução coercitiva da testemunha, a destituição do perito –, ou processuais, como a perda do direito de ouvir a testemunha. Nesse último caso, o prejuízo pode ser da própria parte ou da função jurisdicional.⁷³²

⁷²⁸ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 490; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, cit., p. 473.

⁷²⁹ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 499.

⁷³⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 798.

⁷³¹ Para Humberto Theodoro Junior, a preclusão temporal “se destina apenas às partes” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*, cit., v. 1, p. 1.104).

⁷³² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 154-269*, cit., p. 112-113.

Por outro lado, o *venire contra factum proprium* não tem conexidade estreita com a teoria dos prazos. Tal atributo liga-se apenas à preclusão. O comportamento retroativo processual não se concretiza em decorrência da perda de um prazo, de sua consumação ou da prática de um ato incompatível com o atendimento do prazo. Suas possibilidades são infinitamente maiores, tanto objetiva como subjetivamente, circunstâncias que o tornam uma formulação mais abrangente e elástica em relação à preclusão.

Eficácia endoprocessual. A abrangência do bloco eficacial da preclusão é restrita às raias do processo em que foi gerada. Atua *interna corporis*, endoprocessualmente. A decorrência disso é que a preclusão, via de regra, condiz com o processo em curso e suas respectivas partes, “não alcançando direito de terceiro, da mesma forma que nem sempre terá repercussões para as próprias partes em outros processos nos quais a mesma questão venha a ser incidentalmente tratada”⁷³³. Para Eduardo Talamini, “em prol da clareza dos conceitos, é censurável o emprego do termo ‘preclusão’ para expressar autoridade que se pretende que vá para fora do processo”.⁷³⁴

Assim, a perda do direito de praticar o ato processual tem ligação específica com aquela oportunidade perdida, naquele processo, não se projetando para fora de seus lindes. Se, v.g., a parte for revel e a demanda for extinta sem julgamento de mérito, em caso de sua posterior repropósito, o réu terá renovada a oportunidade para deduzir sua contestação regularmente.

Da mesma forma, a vedação de reapreciação de matérias prejudiciais de mérito, decididas no decorrer da relação processual – ou mesmo na sentença – se restringem ao seu âmbito, sendo admissível, em tese, sua reapreciação em processo posterior. Diz-se que assim ocorre, em princípio, diante da novel predisposição trazida pelo CPC/2015, de permitir a incidência da indiscutibilidade e imutabilidade provenientes da coisa julgada material sobre a questão prejudicial, independentemente de pedido expresso (CPC, art. 503, §§ 1º e 2º).

⁷³³ STJ – REsp 1.074.838/SP, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.10.2012, *DJe*, de 30.10.2012.

⁷³⁴ TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 134-135.

Nessa senda, se, v.g., houver a perda do prazo para a propositura dos embargos de terceiro (CPC, art. 675), a parte não fica alijada do direito de propor ação de anulação da arrematação⁷³⁵, ou a reintegração de posse⁷³⁶, pois restará incólume o direito material ostentado sobre a *res*, já que as questões a ele concernentes são decididas na *incidenter tantum*, na fundamentação da sentença.

Todavia, afora as questões incidentais de mérito que podem ser abarcadas pela *res iudicata*, as questões incidentais de jaez processual, necessárias para se alcançar a matéria de fundo, condizem tão somente com a relação processual em que foram suscitadas, não extrapolando seus lindes. Feriria a lógica uma questão processual decidida, atinente ao processo em que dirimida, extrapolar suas raias e irradiar efeitos em outro processo. Além de contraproducente, seria ilógico. Conforme preconiza Barbosa Moreira, “em linha de princípio, deve admitir-se que o pronunciamento atinente à regularidade do processo – matéria examinada pelo juiz a título meramente instrumental – tem seus efeitos confinados ao âmbito deste, sem projeção *ad extra*”⁷³⁷. Isso é asseverado em linhas gerais, porquanto, excepcionalmente, pode a questão meramente instrumental assumir a condição de pano de fundo de outra relação processual, como, por hipótese, pode suceder na ação rescisória e nos embargos à execução.⁷³⁸

Essa peculiar característica de introspecção da preclusão – que pode também ser atribuída a uma vontade político-legislativa –, é ressaltada por Chiovenda⁷³⁹, Frederico Marques⁷⁴⁰, Barbosa Moreira⁷⁴¹, Antônio Alberto Alves Barbosa⁷⁴², Humberto Theodoro

⁷³⁵ STJ – AgR AI n. 638.146-GO, 4^a T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 21.06.2005, *DJ*, de 03.10.2005, p. 266.

⁷³⁶ “Processo Civil. Ação Possessória. Embargos de Terceiro. A utilização dos embargos de terceiro é facultativa; decorrido o respectivo prazo, o terceiro cuja posse foi turbada por ordem judicial, alegadamente mal executada, pode defendê-la por meio da ação de reintegração. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ – REsp n. 150.893/SC, 3^a T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 11.12.2001, *DJ*, de 25.03.2002, p. 269, *RSTJ* 158/249).

⁷³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1967. p. 125.

⁷³⁸ Para Barbosa Moreira, “embora regidas pelo direito processual, não são questões processuais: são questões de mérito, respeitam à própria *res in iudicium deducta*, constituem o título em que se fundamenta a pretensão à rescisão da sentença viciosa. Naquele mesmo feito, processuais serão as questões que se levantarem, por exemplo, quanto à regularidade da representação das partes, ou quanto à regularidade do órgão perante o qual se ajuizou a rescisória – e essas terão a sorte comum das questões de sua classe, isto é, serão resolvidas com força limitada ao âmbito do processo” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, op. cit., p. 126).

⁷³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 157.

⁷⁴⁰ MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 286-287.

⁷⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, op. cit., p. 125.

⁷⁴² BARBOSA, Antônio Alberto Alves, *Preclusão e coisa julgada*, cit., p. 2 [Versão online].

Junior⁷⁴³, Marinoni e Arenhart⁷⁴⁴, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão⁷⁴⁵, Heitor Sica⁷⁴⁶, Fernando Rubin⁷⁴⁷ e Anissara Toscan⁷⁴⁸.

Diametralmente oposto, o *venire contra factum proprium*, como já abordado, possui maior abrangência eficacial, a ponto de configurar-se como instituto *panprocessual*, *status ostentando* por poucas formulações dentro da dogmática. Considera-se, com isso, que a retroatividade antijurídica pode se constituir dentro de um mesmo processo ou fora dele, é dizer, o *factum proprium* pode ser praticado no seio de um processo e o comportamento retroativo ser empreendido em outro distinto.

E isso não torna os conceitos divergentes, não obstante não serem concepções que se sobreponham precisamente. Apenas atribui a norma uma maior abrangência ao *venire contra factum proprium*, no afã de permitir o alcance a situações jurídicas e atos processuais que não seriam atingidos pelas mãos da preclusão.

Inegavelmente, os entes cotejados científicamente possuem idênticos substratos ôntico e deôntico: possuem a mesma gênese, o mesmo cabedal existencial, e se propõem o mesmo vínculo teleológico, ao se mostrarem como propugnáculos do mesmo plexo valorativo.

Estabelecendo uma analogia de proporção, a conclusão a que se chega quanto à imbricação dos institutos é a de que a preclusão está para o *venire contra factum proprium* assim como a conexão está para a continência. Nesse sentido, a relação lógica que se forma entre os institutos é de continente-contéudo, pois se não são entidades idênticas, são análogos. Na doutrina de Pescatore, referida por Moacyr Amaral dos Santos, duas ou mais coisas, em suas correlações lógicas, são tidas por idênticas quando a totalidade de seus elementos

⁷⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, A preclusão no processo civil, cit., p. 25-26, e p. 10 [Versão online].

⁷⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Processo de conhecimento*, cit., p. 631.

⁷⁴⁵ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, *Coisa julgada*, cit., p. 167.

⁷⁴⁶ Para Sica, “é a lei processual que diz quais decisões operam efeito extraprocessual (e em que limites) e quais não. Não se pode conceber a coisa julgada material como um fenômeno existente na natureza e interpretado pelo legislador no momento em que positiva sua existência [no] ordenamento processual. A coisa julgada é aquilo que a lei diz que é. E nem poderia ser diferente, por observância ao princípio do devido processo legal, de modo a evitar que a parte possa ser surpreendida pelo reconhecimento da eficácia extraprocessual de determinada decisão, quebrando-se a expectativa que emerge da lei de que sua imutabilidade seria meramente endoprocessual. Com isso, entendemos ter solucionado o primeiro dos problemas atinentes à preclusão de questões incidentais, e, aliás, o mais importante e imediato deles, qual seja o da estabilização das decisões interlocutórias” (SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Preclusão processual civil*, cit., p. 201).

⁷⁴⁷ RUBIN denomina de “eficácia interna, endoprocessual, ou primária” (RUBIN, Fernando, *A preclusão na dinâmica do processo civil*, cit., p. 97).

⁷⁴⁸ TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*, cit., p. 105.

constitutivos entram em absoluta paridade. Por outro lado, são consideradas como divergentes quando seus elementos não resistirem a uma comparação de igualdade e serão análogas sempre quando houver identidade em relação à maior parte de seus elementos⁷⁴⁹. É daí que decorre a íntima correlação que justifica o *venire contra factum proprium* conter muito da preclusão e esta conter muito daquele.

A distinção dogmática existente não se firma a ponto de encetar uma igualdade entre as proposições. Entretanto, possuem ambas a mesma gênese e redundam no processo nas mesmas consequências práticas, de forma que não é desarrazoado se afirmar que a preclusão, mormente a lógica, decorre do princípio que veda o *venire contra factum proprium*, conforme ampla doutrina preconiza.

A preclusão, por estar vinculada a prazos, por ser uma formulação típica das balizas processuais, por restringir-se aos partícipes da relação, não deixa de se subsumir no *venire contra factum proprium*. Todos os dois conceitos jurídicos representam a incorporação no processo civil do princípio constitucional da irretroatividade. O fato de advirem consequências sancionatórias do *venire contra factum proprium* processual, diferentemente do que ocorre com a preclusão, não é suficiente, *data venia*, para se decretar serem proposições distintas e dissociadas.

As duas fórmulas teórico-jurídicas se prestam a defender a eficiência do processo, propiciando celeridade, economia e efetividade ao pleito de tutela jurisdicional.

São, inegavelmente, formulações jurídicas consanguíneas, que defluem de um mesmo tronco, ostentando idêntico cabedal existencial e essencial, mas que compreendem abrangências distintas. Ostentam similitude ontológica – ambas se configuram a partir de condutas omissivas⁷⁵⁰ ou comissivas e contraditórias, consubstanciam norma de ordem pública e, detendo a mesma natureza e eficácia jurídica – e identidade deontológica –, propugnam a irretroatividade do *iter processual-procedimental*, a confiança, a boa-fé e a eficiência do método solucionador de conflitos. A conclusão a que se chega é que a relação

⁷⁴⁹ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1, p. 263.

⁷⁵⁰ No caso da preclusão temporal.

estabelecida se dá entre gênero e espécie, sendo o *venire contra factum proprium* uma espécie mais ampla e abrangente de preclusão.

Larissa Gaspar Tunala obtempera que a eficácia da preclusão é endoprocessual, na medida que tem por fito garantir que o processo decorra com celeridade rumo ao seu alvo final, ao passo que no caso do *venire contra factum proprium*, o espectro extraprocessual encontra guarida no anteparo da boa-fé objetiva.⁷⁵¹

O que legitima o comportamento retroativo processual a irradiar eficácia *ad extra* é a carência do ordenamento jurídico, é a subsistência de uma lacuna normativa⁷⁵² que alberga um mecanismo de defesa do vetor de não retroação, a partir de contradições ilícitas empreendidas entre processos distintos ou no bojo do mesmo processo, mas que não seja ligada às hipóteses conectadas a um prazo e, portanto, cobertas pela preclusão⁷⁵³. A partir dessa carência, dessa incompletude legislativa, é que entraram em cena as forças tendentes à acomodação do *venire contra factum proprium* no sistema, consoante abordado amplamente no item 5.2.

⁷⁵¹ TUNALA, Larissa Gaspar, *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 248.

⁷⁵² Debatem os filósofos e estudiosos da teoria geral do direito acerca da existência ou não da lacuna no sistema. Hans Kelsen reconhece a completude do sistema, pois o direito é sempre aplicável, diante do *non liquet* (KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 338-339). Concorda-se, porém, com os partidários de sua existência. Nesse sentido, Karl Engish ensina que “uma lacuna é uma incompletude insatisfatória no seio de um todo. Aplicado ao Direito, o conceito de lacuna significa que se trata de uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico. [...] Mais exactamente, falaremos de uma ‘lacuna da lei’ sempre que desta se não consegue retirar, através da interpretação (no sentido atrás explicitado), qualquer resposta para uma questão jurídica que temos de por” (ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., p. 276-277). Para Reale: “A Ciência Jurídica abriga um postulado segundo o qual o juiz não pode deixar de sentenciar, a pretexto de lacuna ou de obscuridade na lei, está certo, mas uma coisa é declarar que o magistrado é obrigado a sentenciar, e outra bem diversa é concebê-lo submetido ao dever de descobrir, graças a artifícios lógicos, preceitos que deveriam figurar no sistema legal do Estado, concebido como pleno ou sem lacunas.” (REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, cit., p. 427).

⁷⁵³ Cabral diferencia o *venire contra factum proprium* pelo fato da incoerência ser praticada dentro ou fora do processo: “Se os atos forem praticados dentro de um mesmo processo, isso pode ser operado pela ocorrência da preclusão lógica porque o fenômeno da preclusão limita-se, temporal e espacialmente, pela litispendência. Caso algum dos atos incompatíveis tenha sido praticado fora do processo ou em processo diverso, a contradição entre os comportamentos poderá ser invalidada ou inadmitida por aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, cit., p. 313).

12 O COMPORTAMENTO RETROATIVO PROCESSUAL DO JUIZ

O modelo de processo colaborativo. Inegavelmente, o comportamento retroativo processual praticado pelo Poder Judiciário é a forma mais nociva de *venire contra factum proprium* e, por mais incrível que possa parecer, é a mais comum – segundo a pesquisa de campo efetivada nos mais variados tribunais pátrios –, por provir do ente mais importante da relação processual, o Estado. A partir do momento que a jurisdição é invocada, o Estado adquire a posição de principal responsável pela condução do processo. Mas essa ideia – que impera desde que o processo assumiu sua vertente publicista – deve ser vista no direito contemporâneo *cum grano salis*, com os devidos temperamentos. E isso porque a utopia da norma⁷⁵⁴ impõe, hoje, um modelo cooperativo aos partícipes da relação processual⁷⁵⁵, em que todos atuam na construção da vontade concreta da lei (CPC, art. 6º). Cooperar tem a ideia de não gerar peias à tutela jurisdicional, propiciadas por incidentes protelatórios e embaraços aos interesses da contraparte.⁷⁵⁶

A importância do juiz e o seu papel estão materializados na condução do processo (CPC, art. 139), porém as partes devem cooperar para que isso efetivamente suceda, tornando-se, com esse novo corte principiológico – trazido do direito germânico –, igualmente responsáveis pelo resultado do pleito de tutela jurisdicional⁷⁵⁷. Cooperar é dialogar; dialogar é participar; e participar é democratizar. É por isso que tanto se diz nos dias de hoje que o CPC/2015 trouxe um modelo de processo democrático. Importante frisar que essa nova perspectiva do processo não confronta com aquilo que se afirmou no decorrer do estudo, de que, mesmo com o modelo colaborativo, o processo ontologicamente continua sendo uma disputa dialética, de ataques e contra-ataques acerca de um identificado bem da vida. E a

⁷⁵⁴ ALVIM, Arruda, *Novo contencioso cível no CPC/2015*: de acordo com o novo CPC, Lei 13.105/2015, cit., p. 62; THEODORO JÚNIOR, Humberto et al., *Novo CPC: fundamentos e sistematização*: Lei 13.105, de 16.3.2015, cit., p. 60.

⁷⁵⁵ Para Daniel Mitidiero, que se debruçou profundamente sobre o assunto, a colaboração “é um modelo de processo civil que visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo. Em outras palavras: visa dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes. Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional” (MITIDIERO, Daniel, Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck, cit., p. 57).

⁷⁵⁶ ALVIM, Arruda, *Novo contencioso cível no CPC/2015*: de acordo com o novo CPC, Lei 13.105/2015, cit., p. 62.

⁷⁵⁷ Ibidem, p. 63.

importância do Estado nesse jogo ainda se faz presente, pois é a ele que caberá dar a última palavra sobre a contenda, defluindo disso, inegavelmente, o seu papel de destaque.

Pragmaticamente, o processo não mais se coaduna com decisões proferidas de súbito (CPC, art. 10)⁷⁵⁸, não permitindo o ordenamento jurídico que qualquer das partes, ou ambas, sejam colhidas de surpresa por um decisivo ponto da decisão judicial, cuja abordagem jurídica não se aperceberam ou não lhe deram maior relevância⁷⁵⁹. Essa disposição – já inserida nos direitos francês, português e alemão – vai ao encontro da subsistência do contraditório pleno no sistema normativo, não admitindo que seja proferida decisão contrária aos interesses da parte, sem que ela seja previamente ouvida (CPC, art. 9º). Evita-se, com esse conjunto de regras e princípios⁷⁶⁰, que o processo se transforme em um “celeiro de armadilhas escondidas para os litigantes”.⁷⁶¹

O “voltar-se contra seus próprios atos” por parte do juiz tem profunda simbiose com a ruptura do princípio lógico – estruturante do processo civil, conforme já abordado, em que sua estruturação componente da totalidade de seus atos tem que ser voltada à realização do direito material violado. Com isso, ficam vedadas as retroações indevidas, havidas entre uma decisão judicial e outra que a antecedeu, seja dentro de uma mesma relação jurídica processual ou entre processos distintos, quando referida contradição puder atentar contra a boa-fé objetiva, frustrando justas expectativas embasadas na confiança depositada na atuação jurisdicional.

As contradições intrínsecas. Há contradição na decisão judicial quando ela contém, intrinsecamente⁷⁶², termos ou proposições que são lógica e reciprocamente conflitantes entre a

⁷⁵⁸ Sobre o artigo 10 e a decisão surpresa, Arruda Alvim ensina: “É de se perceber que o artigo busca ser o mais abrangente possível. A vedação de decisão-surpresa é uma norma fundamental que atinge todos os julgadores, em qualquer grau de jurisdição, e diz respeito a qualquer fundamento possivelmente invocado nas decisões. Não há, no CPC/2015, a possibilidade de se decidir sobre questão que não foi objeto de intimação para manifestação das partes. As cortes devem dar conhecimento aos litigantes sobre quais os possíveis aspectos abarcados pela futura decisão. Não poderá o magistrado escolher livremente os argumentos que serão analisados na decisão; ele fica condicionado à atividade argumentativa das partes.” (ALVIM, Arruda, *Novo contencioso cível no CPC/2015*: de acordo com o novo CPC, Lei 13.105/2015, cit., p. 69).

⁷⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993. [p. 3-4, versão online].

⁷⁶⁰ Art. 16 do CPC francês; art. 3º, n. 3 do CPC português; § 139 do ZPO.

⁷⁶¹ STJ – AgR REsp n. 1.289.845/RJ, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21.03.2013, DJe, de 03.04.2013.

⁷⁶² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 496-538. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 7, p. 402; ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 1.063. Na mesma linha e com maior detalhamento, Luís Fernandes leciona que “a contradição há que estar contida na própria decisão. Ou seja, as proposições entre si inconciliáveis devem estar presentes no corpo da decisão a embargar. Contradição entre a decisão e peças dos autos ou entre o pronunciamento e manifestações anteriores do magistrado não dão ensejo aos embargos de

fundamentação e o dispositivo. Nesse caso, o pronunciamento judicial – decisão, sentença ou acórdão – demonstra, inerentemente, uma contradição. A fundamentação da decisão evidencia uma proposição argumentativa indicando o sentido que será dado ao desfecho, todavia, no dispositivo, infirma aquilo que estava indicado na fundamentação. A antinomia pode suceder, outrossim, entre capítulos distintos da decisão⁷⁶³. Por fim, a incongruência pode abranger a ementa e o corpo do acórdão, ou ainda proposições da própria ementa⁷⁶⁴. Há um *prius* em um determinado sentido e um *posteriorius* em sentido diametralmente oposto, conflitante. A contradição, na visão de Pontes de Miranda, é o vício mais grave, “o que ocorre se o acórdão (ou a sentença) aqui diz ‘sim’ e ali ‘não’, ou aqui *a* e ali *b*, ou *a* e ali *aa*”.⁷⁶⁵

O primado da lei repudia contradições intrínsecas – dentro de uma mesma decisão judicial, pois as proposições em choque entram em tensão e, nesse caos, se neutralizam mutuamente⁷⁶⁶. A lei processual permite às partes – caso o vício não seja sanado *ex officio* pelo juiz –, provocar o reparo da decisão judicial pela via recursal dos embargos de declaração. A lei é clara nesse sentido, ao pontuar caber embargos de declaração “para eliminar contradição” (CPC, art. 1.022, I). O recurso atua, como ressaltado, como antídoto contra contradições existentes nas declarações judiciais, que precisam ser implacavelmente “claras, completas e coerentes *interna corporis*”⁷⁶⁷. Reassume-se, com o provimento conferido ao recurso, a identidade lógica da decisão, com a alteração da fundamentação ou do dispositivo – fato que poderá redundar em eficácia infringente atribuída aos embargos de declaração⁷⁶⁸, mediante prévia oitiva da parte contrária (CPC, art. 1.023, § 2º). Com a

declaração” (FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78. (Recursos no Processo Civil, 11)). A jurisprudência do STJ não discrepa: “A contradição impugnável por meio dos embargos de declaração é aquela interna ao julgado, que demonstra incoerência entre as premissas e a conclusão da decisão, e não a existente entre o julgado impugnado e parâmetro externo, como outro acórdão ou ato normativo. Precedentes.” (STJ – ED EREsp n. 1.276.607/RS, 3ª S., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09.03.2016, DJe, de 15.03.2016).

⁷⁶³ Valendo-se dos exemplos trilhados por Barbosa Moreira: “Anula-se a sentença definitiva apelada e, em seguida, julga-se o mérito da causa, quando logicamente se deveria determinar a restituição ao órgão inferior, para sentenciar de novo; ou declara-se inexistente a relação jurídica prejudicial (deduzida em reconvenção ou em ação declaratória incidental), mas condena-se o réu a cumprir obrigação que dela necessariamente dependia; e assim por diante.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*: arts. 476 a 565, cit., v. 5, p. 559).

⁷⁶⁴ Ibidem, v. 5, p. 560.

⁷⁶⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de, *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 496-538, cit., v. 7, p. 402.

⁷⁶⁶ “Si può dire che esse si neutralizzano e si eliminano a vincenda; como algebricamente la somma di due quantità uguali, è una positiva e l'altra negativa, equivale a zero.” (CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile. *Opere giuridiche*. A cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 339).

⁷⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 270.

⁷⁶⁸ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*, cit., p. 78.

superação da mácula, a decisão adquire higidez formal, retomando o processo o seu natural rumo e o destino para o qual foi gerado.

Se eventualmente essa grave patologia restar ilesa na decisão judicial – seja porque as partes não aviram os embargos de declaração ou porque o juiz não os acolheu ou mesmo não reconheceu o vício *ex officio* –, será perfeitamente subsumível dentro do comportamento processual retroativo, ao voltar-se o juiz contra seus próprios atos. O *venire contra factum proprium* judicial não permite que o provimento atinja seus desígnios e acarreta a nulidade do provimento judicial por *error in procedendo* e dos atos subsequentes, sendo que a coisa julgada eventualmente formada ficará suscetível ao uso da ação rescisória (CPC, art. 966, V).

A contradição extrínseca. Há contradição extrínseca quando dois provimentos jurisdicionais distintos – dentro de uma mesma relação processual ou entre processos díspares – entram em conflito lógico. Tal espécie de contradição não cabe no âmbito angusto dos embargos de declaração (CPC, art. 1.022, I a III), devendo ser atacada por meio dos demais recursos previstos no sistema recursal – apelação, agravo de instrumento, agravo interno, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário ou embargos de divergência (CPC, art. 994).

A deontologia da magistratura exige um maior rigor do juiz no atendimento das prescrições legais, pois é ele o principal responsável pela propulsão *ex officio* do procedimento, além do fato de ser ele a personificação do interesse público no desempenho do múnus público de dizer o direito. Dentre os poderes-deveres do juiz está o de determinar as providências necessárias para que os atos processuais sejam realizados nos prazos legais (LOMAN, art. 35, III). A mesma *ratio* se encontra nas disposições do CPC/2015 (art. 139, I a X), em que o juiz está estreitamente vinculado aos ditames trilhados pelo modelo tipificado. E, por outro lado, a atuação do juiz está vertida, igualmente, aos ditames da boa-fé objetiva – honestidade, retidão, lealdade, cooperação, moralidade, dentre outros.

O *venire contra factum proprium* judicial se aperfeiçoa da mesma forma que aquele perpetrado pelos demais entes processuais. A lei impõe também ao juiz o dever de coerência e o de não agir retroativamente em relação ao fluxo procedural. Como abordado no item 6.3.1, a própria literalidade das prescrições legais nos leva a essa conclusão, ao impor ao juiz o dever de coerência nas decisões judiciais, que não podem ostentar contradições intrínsecas (CPC, art. 1.022, I). No que tange às contradições experimentadas entre proposições judiciais

distintas, por representarem um comportamento retroativo processual – atentando contra a boa-fé objetiva –, da mesma forma se subsumem às vedações do CPC. *Mutatis mutandis*, a decisão judicial não poderá retroagir em respeito aos atos processuais praticados e às situações jurídicas consolidadas sob os auspícios da decisão judicial anteriormente proferida (CPC, art. 14).

Isso sucede no campo pragmático, quando o juiz ou qualquer dos órgãos fracionários da jurisdição empreendem no processo conduta retroativa, malferindo e contrariando decisões anteriormente proferidas, atos jurídico-processuais realizados ou situações jurídicas consolidadas, fora das hipóteses legalmente permitidas para tanto – em recursos, consideração de fatos supervenientes, defesas heterotópicas ou prejudicialidade externa. Em assim procedendo, culmina o Judiciário por afrontar a boa-fé objetiva, a confiança e a justa expectativa dos demais entes do conflito.

Assim, se o juiz possibilita à parte o recolhimento do preparo inicial, gera uma expectativa de que à sua demanda será dado processamento após o recolhimento das custas a ela relativas. Tendo em conta a atuação judicial, a parte tende a agir nesse sentido. A expectativa firmada e a lógica do processo determinam que nenhum ato processual subsequente rompa essa situação jurídica estabilizada, caso contrário se estará empreendendo uma retroação indevida no processo por parte do juiz, apta a configurar o *venire contra factum proprium* processual. E foi o que de fato aconteceu no REsp n. 1.116.574/ES⁷⁶⁹, após

⁷⁶⁹ “Recurso especial – Embargos à execução – Preliminar de intempestividade – Inexistência – Art. 244, do Código de Processo Civil – Prequestionamento – Ausência – Incidência da súmula 211/STJ – Preparo – Ausência – Intimação pessoal – Desnecessidade – Precedentes desta corte superior – Porém, determinada a intimação para recolhimento do preparo e devidamente cumprido – Violação do princípio da confiança (*venire contra factum proprium*) – Decisão que extingue a demanda, sem julgamento de mérito – Princípio da boa-fé objetiva – Observância – Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. I - A oposição de embargos de declaração gera a interrupção do prazo para interposição de outros recursos. Inteligência do art. 538, do Código de Processo Civil, não havendo que se falar, portanto, de intempestividade do recurso especial; II - Não houve discussão acerca do artigo 244, do Código de Processo Civil, não obstante a oposição de embargos declaratórios, o que atrai a incidência do enunciado 211 da Súmula desta Corte Superior; III - A jurisprudência desta Corte Superior proclama que, na hipótese de oposição de embargos do devedor, sem a comprovação do recolhimento de preparo, o Juiz deve determinar o cancelamento da distribuição do processo e o arquivamento dos respectivos autos, independentemente de intimação pessoal. IV - Todavia, na espécie, a conduta do Juízo *a quo* revela-se contraditória e viola o princípio insculpido na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, na medida em que anteriormente determinou – quando não precisava fazê-lo – a intimação para recolhimento do preparo e, ato contínuo, mesmo após o cumprimento de sua ordem, entendeu por bem julgar extinta a demanda, sem julgamento de mérito. V - Tal atitude viola o princípio da boa-fé objetiva porque criou, na parte autora, a legítima expectativa de que, após o recolhimento do preparo, dentro do prazo estabelecido pelo Magistrado, suas razões iniciais seriam examinadas, observando-se o devido processo legal. VI - Determinada a intimação para recolhimento do preparo e figurando este devidamente cumprido, em tempo e modo oportunos, não é o caso de extinção dos embargos à execução, com base no art. 267, IV, do CPC.” (STJ – REsp n. 1.116.574/ES, 3^a T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 14.04.2011, DJe, de 27.04.2011).

o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito, em razão da deserção operada, mesmo após possibilitar à parte fazer o preparo devido. Empreendeu o juiz uma retroação indevida, ao impor uma eficácia jurídica diversa daquela propiciada pelo recolhimento do preparo, que seria o natural processamento da demanda. Rompeu-se, outrossim, a boa-fé objetiva e a justa expectativa da parte de ver seu pedido processado e julgado.

Em outro importante precedente firmado no STJ, o juiz homologou a suspensão do processo e, ato contínuo, publicou decisão judicial abrindo a contagem de prazo peremptório para a parte recorrer, tendo considerado intempestivo o recurso da parte, desprezando o lapso em que o processo permaneceu suspenso⁷⁷⁰. Estando o fluxo do processo suspenso, é vedada a prática de atos processuais (CPC, art. 314; na execução, art. 923). Logo, o juiz incidiu em *error in procedendo*, ao praticar ato processual vedado e, pior, prejudicar a parte pelo equívoco cometido (CPC, art. 240, § 3º). Ao mesmo tempo, lançou-se o juiz em atividade retroativa, determinando, de surpresa, uma eficácia jurídica distinta daquela propiciada pela

⁷⁷⁰ “Processual civil. Tempestividade da apelação. Suspensão do processo. Homologação antes de ser publicada a decisão recorrida. Impossibilidade da prática de ato enquanto paralisada a marcha processual. Hipótese que não se confunde com a alegada modificação de prazo peremptório. Boa-fé do jurisdicionado. Segurança jurídica e devido processo legal. *Nemo potest venire contra factum proprium*. 1. O objeto do presente recurso é o juízo negativo de admissibilidade da Apelação proferido pelo Tribunal de Justiça, que admitiu o início da contagem de prazo recursal de decisão publicada enquanto o processo se encontra suspenso, por expressa homologação do juízo de 1º grau. 2. Cuida-se, na origem, de Ação Declaratória ajuizada pela recorrente contra o Município de Porto Alegre, tendo como objetivo a declaração de nulidade de processo administrativo que culminou na aplicação de penalidades pela instalação irregular de duas Estações Rádio Base (ERBs) naquela municipalidade. 3. O Tribunal *a quo* não conheceu da Apelação da ora recorrente, porquanto concluiu que se trata de recurso intempestivo, sob o fundamento de que a suspensão do processo teria provocado indevida modificação de prazo recursal peremptório. 4. Com base nos fatos delineados no acórdão recorrido, tem-se que: a) após a interposição dos Embargos de Declaração contra a sentença de mérito, as partes convencionaram a suspensão do processo pelo prazo de 90 (noventa) dias; b) o juízo de 1º grau homologou a convenção em 12.9.2007 (fl. 343, e-STJ); c) posteriormente, em 2.10.2007, foi publicada a sentença dos aclaratórios; d) a Apelação foi interposta em 7.1.2008. 5. Antes mesmo de publicada a sentença contra a qual foi interposta a Apelação, o juízo de 1º grau já havia homologado requerimento de suspensão do processo pelo prazo de 90 (noventa) dias, situação em que se encontrava o feito naquele momento, conforme autorizado pelo art. 265, II, § 3º, do CPC. 6. Não se trata, portanto, de indevida alteração de prazo peremptório (art. 182 do CPC). 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. 7. Nessa situação, o art. 266 do CPC veda a prática de qualquer ato processual, com a ressalva dos urgentes a fim de evitar dano irreparável. A lei processual não permite, desse modo, 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 marca do processo. 8. É imperiosa a proteção da boa-fé objetiva das partes da relação jurídico-processual, em atenção aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal e seus corolários – princípios da confiança e da não surpresa – valores muito caros ao nosso ordenamento jurídico. 9. 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. Por óbvio, não se pode admitir que, logo em seguida, seja praticado ato processual de ofício – publicação de decisão – e, ademais, considerá-lo como termo inicial do prazo recursal. 10. Está caracterizada a prática de atos contraditórios justamente pelo sujeito da relação processual responsável por conduzir o procedimento com vistas à concretização do princípio do devido processo legal. Assim agindo, o Poder Judiciário feriu a máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, reconhecidamente aplicável no âmbito processual. Precedentes do STJ.” (STJ – REsp n. 1.306.463/RS, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 04.09.2012, DJe, de 11.09.2012, RSTJ 228/248).

suspensão do processo (CPC, art. 14), ferindo a boa-fé objetiva e a confiança dos demais entes do conflito. Alvissareira a exposição de motivos do novo CPC, ao predizer que “todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupadados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta”.

A unidade do Poder Judiciário. Da mesma forma como acontece com as manifestações das partes e demais entes do litígio, também as decisões provenientes do Poder Judiciário devem ser compreendidas como uma única argumentação de conjunto (ver o item 6.3.1). Assim como o pedido tem que ser interpretado em cotejo com o bloco da postulação (CPC, art. 322, § 2º), as decisões advindas do Judiciário devem ser compreendidas como uma unidade. Significa dizer que as manifestações judiciais, ainda que provenientes de órgãos jurisdicionais múltiplos e distintos, não podem perder sua coerência. Nas palavras de Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa e Fábio Lindoso e Lima, “razões de elevada ordem impõem uma uniformidade na aplicação do direito, de modo a conectar um juiz ao outro, assim como ao tribunal perante o qual diretamente presta sua jurisdição, aos outros similares e, de igual modo e com maior razão, aos hierarquicamente superiores”⁷⁷¹. A liberdade de julgar não vai ao ponto de se chancelar a incoerência entre duas proposições judiciais de cunho decisório. Quer se afirmar, com isso, que o princípio do livre convencimento motivado, pelo qual o juiz ostenta liberdade para decidir, bastando tão somente registrar as razões que levaram à formação de seu convencimento (CPC, art. 371), e que busca garantir que subsistam julgamentos independentes e justos, não é absoluto. Não se deve permitir levar a extremo a livre persuasão a ponto de se chancelarem decisões contraditórias, incoerentes e retroativas, de modo a afrontar o princípio da legalidade e a própria ideia de Estado de Direito. Subjetivamente, não pode a manifestação judicial atentar contra a boa-fé objetiva, de forma a frustrar a confiança e a fidedigna expectativa dos jurisdicionados. A ninguém – nemente o Poder Judiciário – é lícito *venire contra factum proprium*. É despiciendo reiterar-se, aqui, tudo aquilo que já se disse acerca do princípio da proteção da confiança (item 8.2.2) e da boa-fé objetiva (itens 8.1.1 e 8.2.4).

É natural que assim seja, pois a jurisdição tem por características ser una e indivisível, decorrendo suas manifestações de um mesmo e único órgão jurisdicional constitucionalmente

⁷⁷¹ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso e, A contradição externa e o *venire contra factum proprium*, cit., p. 103.

trilhado para exercer tal mister, não se mostrando lícito que subsistam decisões contraditórias para uma mesma situação jurídica. Na dicção de Barbosa e Lima, “o julgador não pode descurar do fato de que ele representa um todo incindível (o Poder Judiciário), possuidor de presente, porém mais importante que isso, de passado e futuro”.⁷⁷²

Não se quer sustentar com isso que o sistema objetivo seja absolutamente avesso a contradições. Mesmo porque o artigo 504, I, do CPC é expresso e categórico quanto ao fato de a fundamentação da decisão não integrar a *res iudicata*, o que possibilita naturalmente a coexistência de decisões antagônicas e contraditórias. Mas tais contradições não se sustentam juridicamente em cotejo com o *venire contra factum proprium*, quando possam afrontar a boa-fé objetiva – regra fundamental do processo civil –, traindo a confiança e a justa expectativa dos demais entes do conflito.

Diferença entre a preclusão para o juiz e o *venire contra factum proprium*.

Retratada a preclusão para o juiz no item 11.1, no qual foi abordado que o instituto se escora na vedação de se redecidir uma dada questão fora das hipóteses legalmente permitidas. Há uma conduta tendente a decidir aquilo que no processo já fora anteriormente decidido, situação obstada pela preclusão imposta ao juiz, por causar instabilidade e insegurança jurídica. Já no *venire contra factum proprium* ocorrem duas decisões logicamente contraditórias, não propriamente sobre idêntica base fático-jurídica, afrontadoras da boa-fé objetiva e da confiança. Ao reapreciar uma questão que já foi anteriormente decidida – como aquela relativa aos pressupostos processuais ou às condições da ação, por exemplo –, o juiz incide em preclusão e não no comportamento retroativo processual. O *venire contra factum proprium* ocorre de forma diferente, pois ou a decisão nada tem a ver com a primeira, não havendo qualquer superposição entre decisões, ou ocorre superposição relativa, indo o juiz além do mero *bis in idem*. Confira-se que, nos casos pinçados da jurisprudência, o juiz ultrapassa o mero rejulgamento, quando, após conceder prazo para a parte efetuar o preparo do processamento da demanda, extinguiu o processo em razão da deserção havida; também na hipótese de o juiz determinar a suspensão do processo e, ato contínuo, publicar decisão considerando intempestivo o recurso aviado pela parte após o escoamento do prazo legalmente previsto. Nesses mesmos exemplos, se caracterizaria a preclusão se o juiz

⁷⁷² BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso e. *A contradição externa e o venire contra factum proprium*, cit., p. 104.

determinasse o prosseguimento do processo logo após sua suspensão ou se o juiz cancelasse, pura e simplesmente, a concessão do prazo para o preparo.

O que se extrai disso é que pode haver uma relativa confluência entre a primeira decisão (*factum proprium*) e a decisão contraditória propriamente dita, mas não necessariamente. Confira-se, v.g., o caso de o juiz conceder em favor de uma das partes o parcelamento do valor dos honorários periciais, ou a dilação probatória, ou a devolução de um prazo peremptório, e denegar o mesmo favor legal à parte *ex adversa*, sob as mesmas condições. Nesses casos, incidirá inequivocamente o juiz em *venire contra factum proprium*.

Um precedente recente do STJ deixa muito claro o *venire contra factum proprium* do juiz. Negado seguimento ao REsp n. 1.394.902/MA monocraticamente pela relatora – ministra Regina Helena Costa –, a parte ingressou com agravo regimental, forçando a apreciação colegiada. Pautado o recurso para julgamento, o ministro Napoleão Nunes Maia Filho requereu o adiamento por uma sessão para a apresentação de voto-vista, fato que motivou, inclusive, a retirada dos advogados das partes da sessão de julgamento. Todavia, contraditoriamente ao ato de adiamento, o julgamento culminou por ocorrer inadvertidamente na mesma sessão, desprovendo o recurso interposto. Em embargos de declaração, a parte apontou o vício, porém a relatora rejeitou a preliminar suscitada, mas foi vencida por seus pares, que seguiram voto condutor do ministro Gurgel de Faria, no sentido de ser o julgamento nulo, porquanto o adiamento acarretou a ineficácia da intimação para a assentada.

No caso em epígrafe, o voto condutor considerou ofensa aos princípios da cooperação e do contraditório – na forma da vedação à decisão surpresa –, da boa-fé objetiva, confiança e lealdade. Em que pese o acórdão não enveredar pela linha do *venire contra factum proprium*, aplica-se ao caso, com todas as suas forças, o artigo 240, parágrafo 3º, do CPC, haja vista que jamais a parte pode ser prejudicada por uma falha imputável unicamente ao Poder Judiciário. *Ex facto*, o prosseguimento do julgamento após o adiamento da sessão caracteriza um voltar-se do Judiciário contra seus próprios atos. Representa um comportamento retroativo processual, por afrontar uma situação jurídica consolidada, ao impor uma eficácia jurídica

distinta daquela proveniente do *factum proprium* e trair a confiança da partes e advogados, que tinham como definitivo o ato de adiamento.⁷⁷³

Julgamento antecipado com improcedência por falta de provas. Trata-se, evidentemente, da hipótese mais comum e elementar de *venire contra factum proprium* judicial, conforme demonstrado pela pesquisa de campo realizada. Essa modalidade de comportamento retroativo processual representa uma verdadeira armadilha para os litigantes. Ocorre quando, após a parte atender à determinação de especificação de provas indicando a produção de meio de prova tendente à demonstração dos fatos constitutivos de seu direito ou aqueles contrários a esse direito, o juiz julga antecipadamente o feito, exatamente com base na ausência de provas. O requerimento de provas, em princípio, não é incompatível com o julgamento antecipado da lide, pois o juiz é livre na apreciação de provas⁷⁷⁴. Inconcebível é o juiz aplicar a técnica do julgamento antecipado e definir a demanda com amparo na ausência de provas. Ora, a parte não provou porque o juiz não permitiu que a parte assim procedesse, cerceando o exercício do direito à prova. O juiz somente pode aplicar essa técnica quando não mais subsiste necessidade de se produzirem outras provas além daquelas já produzidas pelas partes ou se a questão for unicamente de direito (CPC, art. 335, I). A determinação e o requerimento de provas, somados à necessidade de sua efetiva produção para o deslinde do feito, representa uma situação consolidada que, dentro do encadeamento racional estruturante do processo, demanda a instrução probatória, mostrando-se o julgamento antecipado um comportamento judicial que rompe essa lógica, traindo a confiança das partes. Há, nesse caso,

⁷⁷³ “Processual civil. Sessão de julgamento. Pedido de Preferência. Voto-vista. Proclamação de Adiamento. Posterior retomada e proclamação do resultado final na mesma assentada. Nulidade. 1. O Novo Código de Processo Civil trouxe várias inovações, entre elas um sistema cooperativo processual – norteado pelo princípio da boa-fé objetiva –, no qual todos os sujeitos (juízes, partes e seus advogados) possuem responsabilidades na construção do resultado final do litígio, sendo certo que praticamente todos os processos devem ser pautados, inclusive aqueles com pedido de vista que não forem levados a julgamento na sessão subsequente, nos termos do art. 940, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. 2. O objetivo de tais mudanças é dar maior transparência aos atos processuais, garantindo a todos o direito de participação na construção da prestação jurisdicional, a fim de evitar a surpresa na formação das decisões (princípio da não surpresa). 3. Os princípios da cooperação e da boa-fé objetiva devem ser observados pelas partes, pelos respectivos advogados e pelos julgadores. 4. É dever do Órgão colegiado, a partir do momento em que decide adiar o julgamento de um processo, respeitar o ato de postergação, submetendo o feito aos regramentos previstos no CPC/2015. 5. Hipótese em que há nulidade no prosseguimento do julgamento, pois, com a informação prestada aos advogados de que a apresentação daquele feito seria adiada – o que provocou a saída dos patronos do plenário da Primeira Turma –, tornou-se sem efeito a intimação para aquela assentada. 6. Recurso provido para anular o julgamento dos agravos regimentais realizado na sessão do dia 19/04/2016.” (STJ – ED AgR REsp n. 1.394.902/MA, 2ª T., rel. Min. Regina Helena Costa, rel. p/ acórdão Min. Gurgel de Faria, j. 04.10.2016, DJe, de 18.10.2016).

⁷⁷⁴ Consoante decisão do STJ: “A jurisprudência desta Corte possui orientação no sentido de que cabe ao magistrado verificar a existência de provas suficientes nos autos para ensejar o julgamento antecipado da lide ou indeferir a produção de provas consideradas desnecessárias, conforme o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.” (STJ – AgInt AREsp n. 912.895/BA, 3ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 01.09.2016, DJe, de 12.09.2016).

evidente incompatibilidade lógica entre as duas decisões, configuradora do *venire contra factum proprium* por parte do juiz (CPC, art. 14). Chama a atenção a grande gama de casos nos pretórios do país envolvendo tal hipótese de comportamento retroativo processual.⁷⁷⁵

A abrupta alteração da jurisprudência sem modulação de eficácia. Quando da abordagem do princípio da irretroatividade (item 8.2.1), foi exposto que a alteração de entendimento dominante pela jurisprudência sem modulação de eficácia atenta contra o ideal de segurança jurídica. O jurisdicionado, nesse caso, é traído pelo próprio direito vigente, após haver pautado sua conduta na *ratio iuris* superada pelo novel entendimento. É natural e até salutar ao sistema normativo que haja alterações na jurisprudência, pois é dessa forma que o direito evolui. O que é repudiado pelo direito é a abrupta alteração jurisprudencial, que atenta contra a confiança e legítima expectativa antijurídica daqueles que agiram na mais lídima

⁷⁷⁵ Somente no âmbito do STJ, tem-se: “Somente se caracteriza cerceamento de defesa quando, embora tenha a parte requerido, no momento oportuno, a produção de provas, o juiz, considerando como suficiente à formação de seu convencimento motivado o acervo probatório constante dos autos, aplique a regra do julgamento antecipado da lide e venha, depois, a julgar a demanda contrariamente a essa parte, amparando-se apenas na ausência de provas.” (STJ – REsp n. 1.314.106/MA, 3^a T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.04.2016, *DJe*, de 29.04.2016); “Configura-se cerceamento de defesa quando o juiz indefere a realização de prova requerida pela parte para comprovar suas alegações e julga antecipadamente a lide contrariamente a essa parte, fundamentando-se na ausência de provas. Precedentes.” (STJ – AgR REsp n. 1.408.962/PE, 3^a T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.04.2016, *DJe*, de 29.04.2016); “Não se achando a causa suficientemente madura, seu julgamento antecipado, à luz do art. 330, I, do CPC, enseja a configuração de cerceamento de defesa do réu condenado que, oportunamente, tenha protestado pela produção de prova necessária à demonstração de suas pertinentes alegações, tal como ocorrido no caso em exame. Hipótese em que se deve anular a sentença, em ordem a ensejar a abertura de regular instrução probatória.” (STJ – REsp n. 1.538.497/SP, 1^a T., rel. Min. Sérgio Kukina, j. 15.12.2015, *DJe*, de 17.03.2016); “Esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que configura o cerceamento de defesa a decisão que conclui pela improcedência do pedido por falta de prova e julga antecipadamente a lide.” (STJ – AgR AgR AREsp n. 646.263/SP, 4^a T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17.09.2015, *DJe*, de 25.09.2015); “A verificação de cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide em que se concluiu pela improcedência do pedido por falta de comprovação do fato constitutivo do direito constitui questão de direito que afasta a incidência da Súmula 7/STJ. Há cerceamento de defesa quando o juiz indefere a realização de prova oral e pericial, requeridas oportunamente e justificadamente pela parte autora, com o fito de comprovar suas alegações, e o pedido é julgado improcedente por falta de provas. (AgRg no REsp 1.415.970/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em 7/8/2014, *DJe* 15/8/2014; AgRg no AgRg no AREsp 35.795/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 16/6/2014, *DJe* 4/8/2014; AgRg no Ag 710.145/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/6/2014, *DJe* 25/6/2014).” (STJ – AgR AREsp n. 613.390/MG, 2^a T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 25.08.2015, *DJe*, de 18.05.2016). No mesmo sentido: AgR ED AREsp n. 698.326/MG, 2^a T., rel. Mauro Campbell Marques, j. 18.08.2015, *DJe*, de 27.08.2015; AgR REsp n. 1.454.129/BA, 1^a T., rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 23.06.2015, *DJe*, de 04.08.2015; AgR AREsp n. 649.263/MT, 4^a T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 19.03.2015, *DJe*, de 10.04.2015; AgR AREsp n. 653.157/MG, 4^a T., rel. Min. Luis Felpe Salomão, j. 10.03.2015, *DJe*, de 16.03.2015; AgR REsp n. 1.087.375/MS, 6^a T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 18.12.2014, *DJe*, de 04.02.2015; AgR REsp n. 1.415.970/MT, 3^a T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.08.2014, *DJe*, de 15.08.2014; AgR AI n. 710.145/SP, 6^a T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 05.06.2014, *DJe*, de 25.06.2014; REsp n. 1.331.222/SP, 4^a T., rel. Min. Raul Araújo, j. 08.10.2014, *DJe*, de 19.12.2014; AgR AREsp n. 200.445/RJ, 4^a T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17.12.2013, *DJe*, de 04.02.2014; AgR REsp n. 1.235.951/SC, 4^a T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 12.11.2013 – *DJe*, de 27.11.2013; AgR REsp n. 1.354.814/SP, 2^a T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 04.06.2013, *DJe*, de 10.06.2013; REsp n. 1.228.751/PR, 3^a T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 06.11.2012, *DJe*, de 04.02.2013; ED AI n. 1.211.954/SP, 4^a T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.03.2012, *DJe*, de 11.04.2012.

convicção de que procediam de acordo com a adequada exegese da lei. Para Nelson Nery Junior:⁷⁷⁶

Quando houver superveniência de decisão do tribunal superior sobre determinado assunto, alterando jurisprudência anterior do mesmo tribunal já estratificada em sentido diverso, os efeitos dessa nova decisão terão de ser necessariamente *ex nunc*, isto é, para o futuro. Somente assim será preservado o respeito à Constituição Federal, porque se estará dando guarida aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva. Mesmo depois de adotado novo posicionamento do tribunal sobre determinado assunto, o tribunal deve aplicar sua jurisprudência anterior aos casos futuros que lhe sejam apresentados, mas respeitantes a fatos ocorridos na vigência da jurisprudência anterior.

É sob tal perspectiva que a alteração da jurisprudência representa um *venire contra factum proprium*, pois, em certo sentido, o Poder Judiciário volta-se contra seus próprios atos. Nessa senda, foi providencial a positivação da técnica de modulação, por razões de relevante interesse social e segurança jurídica (CPC, art. 927, §§ 3º e 4º).

Conflito entre coisas julgadas. Como consabido, a coisa julgada atua sobre o objeto do *decisum* como uma particular técnica de estabilização, tendo em consideração mais as vicissitudes de uma pacífica convivência social do que propriamente imperativos do universo jurídico ou como propugnação de justiça⁷⁷⁷. Deve-se à função negativa da coisa julgada a atribuição de obstar toda e qualquer atividade jurisdicional sobre idêntico objeto. O que deflui dessa perspectiva não é a vedação de se julgar de forma diferente aquilo que já foi definitivamente julgado, mas sim a proibição de se rejulgar, *tout court*⁷⁷⁸. A indiscutibilidade e imutabilidade provenientes da coisa julgada material – que incidem sobre a decisão definitiva – obstam todo e qualquer exercício de atividade jurisdicional sobre o mesmo bem da vida – identidade de partes, causa de pedir e pedido (CPC, art. 337, § 2º). Na dicção de Liebman, “a prolação de uma segunda sentença diferente, sem infirmar diretamente a validade da primeira sentença, faria, contudo, surgir propriamente aquele conflito que a coisa julgada

⁷⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008. p. 95.

⁷⁷⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 12, n. 48, p. 27-44, out./dez. 1987. [p. 7, versão online].

⁷⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 74; MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565, cit., v. 5, p. 128.

está destinada a excluir”⁷⁷⁹. Com essa face, a coisa julgada assume o *status* de pressuposto processual negativo, não podendo se fazer presente para que o processo assuma higidez e validade.

É a vertente negativa da coisa julgada uma decorrência intuitiva do princípio constitucional da irretroatividade, assim como a preclusão, a litispendência, o *venire contra factum proprium non valet* e todos os demais institutos que servem à segurança jurídica no processo. Se a própria lei não pode irradiar efeitos sobre fatos anteriores à sua vigência, *a fortiori* também não se admite que a atividade jurisdicional atue sobre um objeto já definitivamente julgado. Assim se diz por quanto a atuação jurisdicional (atividade subordinada) é um *minus* em relação à lei (atividade subordinante) e, *mutatis mutandis*, se não pode retroagir o mais, não pode da mesma forma o menos (argumento *a maior ad minus*⁷⁸⁰). Tendo a decisão judicial “força de lei” (CPC, art. 503), não se pode esperar outra coisa do ordenamento jurídico se não que a mesma vedação recaia sobre a atividade judicante.

Hoje em dia – época das grandes corporações e de entes públicos envoltos em litígios multitudinários ou massificados –, não é tão incomum a existência de *bis in idem* sobre a atividade jurisdicional, atribuído que possa ser tal fato a uma desorganização administrativa ou mesmo por ausência de boa-fé dos entes envolvidos, na tentativa de se alcançar por puro inconformismo uma melhor sorte no resultado da tutela jurisdicional.⁷⁸¹

⁷⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada* (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 45.

⁷⁸⁰ No escólio de Tércio Sampaio Ferraz Junior, “trata-se de argumento por meio do qual, na argumentação jurídica, passamos da validade de uma disposição mais extensa para a validade de outra menos extensa” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, cit., p. 355).

⁷⁸¹ Para Eduardo Talamini, “há casos em que, depois de uma primeira sentença transitada em julgado na ação de desapropriação, o particular promove ação de ‘desapropriação indireta’ e obtém nova indenização pelo mesmo imóvel objeto da primeira ação – sem que se constate no curso do processo a anterior coisa julgada nem se promova tempestivamente a rescisória contra a segunda sentença” (TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 154). Ernane Fidélis traz outros exemplos: “Em processo, onde se decretou a separação do casal, declarou a sentença expressamente que a mulher não tinha direito a pensão alimentícia do marido, e a sentença transitou. Posteriormente, a mulher pediu alimentos contra o marido; o juiz os concedeu e a sentença também transitou. Reconheceu-se, em ação de conhecimento, com reconvenção inclusive, que o réu não tinha o crédito alegado, para opor compensação, e ocorreu o trânsito. Nos embargos do devedor, porém, o juiz, acatando a defesa, deu pela compensação, também transitando a decisão. A sentença declara o autor proprietário da coisa; o réu, depois, negando referida propriedade que ao autor fora garantida, promove reivindicação e obtém êxito, em sentença que também transita” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 865).

Como os pressupostos processuais retratam matéria de ordem pública, são alegáveis a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição e devem ser apreciados mesmo *ex officio* pelo juiz (CPC, art. 485, § 3º). A nova demanda que, em verdade, é reprodução da primeira, extrapola os limites da garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), ao rediscutir o mesmo objeto, devendo, por conta disso, ser proferida sentença terminativa (CPC, art. 337, § 5º).

Mas pode ocorrer eventualmente que essa objeção de coisa julgada (CPC, art. 337, VII) não seja intentada ou, se oposta, não seja acolhida, situação essa em que a mácula que incide sobre o processo converter-se-á, após o trânsito em julgado, em rescindibilidade⁷⁸². O que até então era nulidade absoluta passa a ser fundamento para a ação rescisória (CPC, art. 966, IV), que se restringirá, nesse caso, ao *iudicium rescindens*.⁷⁸³

Conflito de coisas julgadas antes do biênio decadencial. No caso de existência de duas coisas julgadas quando ainda pendente o prazo para se ingressar com ação rescisória, subsistirão dois pronunciamentos distintos sobre um idêntico bem da vida, sendo que, nesse caso, a dúvida que remanesce diz respeito a qual deles deve prevalecer. O conflito entre coisas julgadas sobre um mesmo objeto é, de fato, uma questão dilemática, de grande interesse teórico e pragmático, de há muito travada entre os estudiosos do direito. Existem sempre duas ou três posições antagônicas em tudo o que permeia essa *vexata quaestio*, geralmente acompanhadas de forte lastro doutrinário. E, veja bem, não se pode mais asseverar que essa questão desperte interesses meramente acadêmicos, considerando-se a existência de elevado número de precedentes a esse respeito nos mais diversos tribunais pátrios, inclusive nas Cortes Superiores.

Para Nelson Nery Junior, deve preponderar a primeira coisa julgada formada, por ser a segunda “flagrantemente constitucional e ilegal”⁷⁸⁴. Para Teresa Arruda Alvim Wambier,

⁷⁸² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória, cit., p. 7 [Versão online].

⁷⁸³ “Esse regime difere do italiano, onde o afastamento da exceção [*eccezione*] torna a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória [*revocazione*] preclusa – CPC-It., art. 395, 5.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565, cit., v. 5, n. 77, p. 130); RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 132. No direito germânico, a “ação de restituição” somente tem pertinência se houve impossibilidade de a parte aviar a exceção de coisa julgada [ZPO, art. 580, 7, a e 582] (TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 153).

⁷⁸⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil*: novo CPC – Lei 13.105/2015, cit., p. 1.198-1.199.

além da proteção explícita da Constituição Federal sobre a coisa julgada, “o vencedor da demanda tem a seu favor o direito adquirido, resguardado até da retroatividade da lei e de sua aplicação imediata: *a fortiori*, da atividade do juiz”⁷⁸⁵. Seguem linha semelhante Cassio Scarpinella Bueno⁷⁸⁶ e Zaiden Geraige Neto⁷⁸⁷. Em sentido oposto posiciona-se Humberto Theodoro Junior, para quem “havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não se der sua rescisão para restabelecer a primeira”. Também no mesmo sentido, Ernane Fidélis dos Santos explica que “a segunda corrente é a que está correta. O preceito constitucional garante a coisa julgada, mas se julgamento posterior invalida, adquirindo também tal qualidade, o efeito protetivo é o mesmo. Não fosse certo o último entendimento, não haveria necessidade de ação para rescindir a sentença, bastando, portanto, seu não reconhecimento”⁷⁸⁸. A posição adotada pela tese será deduzida mais adiante e está ligada ao *venire contra factum proprium non valet*.

Conflito de coisas julgadas após o biênio decadencial. Na eventualidade da consumação do prazo decadencial para o avioamento da ação rescisória (CPC, art. 975), a coisa julgada restará incólume, tornando-se irrelevante a mácula acometida pela sentença. Isso porque, em que pese viciada, não mais existem instrumentos jurídicos para restabelecer sua higidez. E é exatamente nesse vácuo legislativo que entra em cena o comportamento retroativo processual, trazendo a solução para um dos maiores paradoxos do direito processual. Tem-se, nessa senda, duas sentenças igualmente válidas, talvez em sentidos divergentes, sobre um mesmo bem da vida, teoricamente sem qualquer remédio jurídico para dirimir o conflito entre os objetos das coisas julgadas formadas. Cuida-se de descobrir, então, se as duas sentenças se neutralizam ou se alguma delas prevalece sobre a outra, e nesse caso qual delas deve preponderar.⁷⁸⁹

Pode-se dizer, num primeiro lampejo, que subsistindo proposições conflitantes, as duas entram em tensão e se anulam mutuamente. Mas essa solução demandaria uma terceira

⁷⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 567.

⁷⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Arts. 480 a 495. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.667.

⁷⁸⁷ GERAIGE NETO, Zaiden. *Ação rescisória: o lento caminhar do direito escrito, comparado às rápidas transformações das sociedades contemporâneas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 52-53. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 63).

⁷⁸⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos, *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, cit., v. 1, p. 866.

⁷⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*: arts. 476 a 565, cit., v. 5, p. 224-225.

resposta jurisdicional, mostrando-se totalmente contraproducente *in casu*. Há de mostrar, o sistema, a saída para essa dicotomia.

Pairam sobre a *quaestio* duas proposições teóricas diametralmente opostas. Para os partidários da posição minoritária, tem preeminência a primeira coisa julgada formada. Nesse sentido se posicionam, com variados fundamentos, Arruda Alvim, Assis e Eduardo Arruda Alvim⁷⁹⁰, Wambier e Talamini⁷⁹¹, Teresa Arruda Alvim Wambier⁷⁹², Sérgio Rizzi⁷⁹³, Arruda Alvim⁷⁹⁴ e Cassio Scarpinella Bueno⁷⁹⁵. Por todos, Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim preconizam que “se tiver decorrido o prazo para propositura de ação rescisória, subsistindo os dois provimentos jurisdicionais com trânsito em julgado, haverá de prevalecer o primeiro deles, em que se tiver formado a coisa julgada. Isto porque, sendo a coisa julgada pressuposto processual negativo, a segunda demanda, em nosso sentir, sequer chegou a se formar”.⁷⁹⁶

Já a vertente predominante, por sua vez, considera, basicamente, que se a segunda sentença não fosse plenamente válida e eficaz, não necessaria de ação rescisória para desconstitui-la e que, a se dar guarida à primeira sentença, também se estará desrespeitando a coisa julgada. Assim, apenas a segunda sentença representa a solução definitiva da lide, sendo adeptos dessa concepção José Carlos Barbosa Moreira⁷⁹⁷, Humberto Theodoro Júnior⁷⁹⁸,

⁷⁹⁰ ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 924.

⁷⁹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória*. 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 833.

⁷⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 567; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 383.

⁷⁹³ RIZZI, Sérgio, *Ação rescisória*, cit., p. 128-129.

⁷⁹⁴ ALVIM, Arruda, *Novo contencioso cível no CPC/2015: de acordo com o novo CPC*, Lei 13.105/2015, cit., p. 325.

⁷⁹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 329-330.

⁷⁹⁶ ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda, op. cit., p. 924.

⁷⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*, cit., v. 5, p. 225.

⁷⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 54. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1, p. 767.

Ernane Fidélis dos Santos⁷⁹⁹, Vicente Greco Filho⁸⁰⁰, Marinoni e Arenhart⁸⁰¹, Flávio Luiz Yarshell⁸⁰², Fredie Didier Junior⁸⁰³ e Eduardo Talamini⁸⁰⁴.

Em caso de a segunda sentença transitar em julgado antes da primeira. Havendo dois processos simultâneos sobre o mesmo objeto e tendo o segundo processo atingido primeiramente a coisa julgada, qual deles há de prevalecer? Também aqui duas frentes sobressaem, uma defendendo a coisa julgada formada em primeiro lugar e a outra a litispendência do primeiro processo. Para Teresa Arruda Alvim Wambier:

Uma vez terminada a segunda ação, ter-se-á produzido a coisa julgada, e a primeira é que deverá, então, ser extinta sem resolução de mérito. Isto quer significar que, num primeiro momento, o segundo processo era viciado, por se ter instaurado apesar de haver litispendência. Findo este, entretanto, torna-se viciado o primeiro, que estará em curso, apesar de haver coisa julgada.

O *venire contra factum proprium*. De fato, *in primo loco*, o sistema normativo não oferece instrumentos jurídicos adequados para uma solução clara e segura para esse verdadeiro paradoxo do direito, o conflito entre coisas julgadas. Adequado o raciocínio de Barbosa Moreira, quando afirma parecer “não existir solução inteiramente satisfatória de todos os pontos de vista”⁸⁰⁵. Até onde se tem notícia, entretanto, o problema não chegou a ser abordado sob o prisma do *venire contra factum proprium*, para o qual deverá ser prestigiada sempre a primeira atividade jurisdicional exercida, sem retrocessos indevidos, haja o que houver. Então, respondendo à indagação de Barbosa Moreira no sentido do por que se deve tutelar a sentença formada na primeira demanda e não a segunda, também passada em julgado, simplesmente porque a ninguém é lícito voltar-se contra seus próprios atos, porque o direito repudia o *venire contra factum proprium*.

Pragmaticamente, o Estado não pode, instado a dirimir o conflito de interesses – pelo exercício do direito de ação –, empreender conduta evidentemente contraditória e retroativa,

⁷⁹⁹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, cit., v. 1, p. 865.

⁸⁰⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 446.

⁸⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Processo de conhecimento*, cit., p. 657.

⁸⁰² YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317-318.

⁸⁰³ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. reform. Salvador: JusPolivm, 2016. v. 3., p. 487.

⁸⁰⁴ TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 156-157.

⁸⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*, cit., v. 5, p. 224-225.

voltando-se contra seus próprios atos – atos esses soberanamente julgados – e dando ensejo, desnecessariamente, a uma nova e antijurídica atividade jurisdicional sobre o mesmo objeto. Vê-se, nitidamente presente, a *fattispecie* do *venire contra factum proprium* totalmente conformada na própria atividade estatal.

Em todas as hipóteses retratadas, há de preponderar a pioneira atividade jurisdicional, deve-se prestigiar a coisa julgada formada na demanda promovida em primeiro lugar, pois sustentar o contrário é ignorar a existência no sistema objetivo do *venire contra factum proprium* e do princípio da irretroatividade da atividade jurisdicional.

Admitir-se a supremacia da segunda coisa julgada formada ou da segunda atividade judicante sobre um mesmo objeto – porque concluída de forma mais célere do que a primeira – é, antes de tudo, denegar a existência da própria coisa julgada. Ora, se uma segunda coisa julgada anula a primeira, como majoritariamente sustenta respeitável doutrina, implica reconhecer-se que uma terceira coisa julgada invalidaria a segunda e uma quarta cancelaria a terceira, assim sucessivamente até o infinito. Vale dizer, isso em nada difere de eventuais sistemas que possam não adotar a imutabilidade e indiscutibilidade provenientes da coisa julgada. Esse cenário nada mais é do que o reconhecimento da ausência de proteção daquilo que a coisa julgada se presta a tutelar. É a admissão da repetição desnecessária de uma mesma atividade jurisdicional. Então, ou se proíbe, no sistema normativo, a repetição da mesma atividade jurisdicional em prestígio à segurança jurídica, à confiança e à boa-fé objetiva – dando cumprimento à função negativa da *res iudicata* –, ou não se proíbe. Não há meio termo. A coisa julgada, por isso mesmo, se destina a evitar que qualquer órgão da jurisdição, em tempo algum, ponha em disputa o mesmo objeto já definitivamente julgado.

O acervo normativo prevê a rescisão da segunda coisa julgada formada não porque ela prevalece sobre a primeira, mas porque ela ofende tudo aquilo que a própria coisa julgada deseja preservar. É natural, portanto, que a ordem pretenda expurgar aquilo que não guarda consonância com a totalidade do sistema, que, nesse caso, seria a segunda coisa julgada. Propendesse o ordenamento jurídico pelo prestígio à segunda coisa julgada formada, a rescisória seria dirigida à primeira delas e não à segunda.

Deve ser lembrado que a *auctoritas rei iudicatae* não é um fim para si mesma. Não é porque ela se formou por último ou porque o processo decorreu de forma mais célere e ela se

formou antes, que ela há de prevalecer. A coisa julgada somente se justifica na medida que dá concretude à constelação axiológica que ela visa preservar. A pacificação propiciada pela *res iudicata* extrapola os interesses das partes envolvidas e do próprio Estado-juíz, passando a ser um *desideratum* de toda a coletividade que seja proferido um único e definitivo pronunciamento sobre aquele discriminado conflito levado a efeito. O Estado, ao julicar, não age em nome próprio, atuando sempre em nome de toda a sociedade com vista à pacificação, razão pela qual não pode admitir a reiteração da mesma atividade jurisdicional.

Somente assim se obtém um ambiente de segurança jurídica. E isso é absolutamente incompatível com a subsistência de duas coisas julgadas simultâneas sobre um mesmo bem da vida, em que a segunda leva primazia sobre a primeira.

O argumento de que o prestígio constitucional da coisa julgada se destina a ambas não prospera, a menos que se deturpe totalmente a *ratio* constitucional que conforma a coisa julgada. De fato, a Constituição Federal tutela uma única coisa julgada sobre um determinado bem da vida; tutela apenas e tão somente a renovação de um único e determinado pleito jurisdicional. Logo, a segunda, terceira ou quantas forem as coisas julgadas formadas após a primeira, serão todas elas consideradas inconstitucionais.

E o fato de a derradeira coisa julgada formada não ser mais passível de rescisão não interfere no prestígio à primeira, porquanto encontra-se presente e conformada a *fattispecie* do *venire contra factum proprium*. O comportamento retroativo processual demanda a existência de dois atos plenamente válidos, sendo o segundo contraditório e retroativo em relação ao primeiro. Exatamente por isso não se pode considerar a segunda coisa julgada preponderante sobre a primeva.

O dilema é resolvido não pelo prisma da coisa julgada – reconhecidamente insuficiente para dirimir o enigma –, mas sob os auspícios o *venire contra factum proprium* processual, sendo que, aplicada a sua dogmática, a segunda coisa julgada formada, ainda que escondido o lapso decadencial para o ajuizamento da ação rescisória, será tida por ineficaz. Mostra-se desnecessária a propositura de ação rescisória para tanto, malgrado o sistema admiti-la dentro do biênio decadencial. E para não ser incoerente, no caso de a segunda sentença transitar em julgado primeiramente, deverá ser relativizada, tornada sem efeitos, já que é ela que incorpora um *venire contra factum proprium* por parte do juiz.

A aplicação do comportamento retroativo à hipótese em testilha, em prestígio à primeira atividade jurisdicional, dará vida aos vetores de pacificação, de irretroatividade e segurança jurídica, de confiança nos atos estatais e da boa-fé objetiva, contribuindo para a eficiência da função judiciária.

Uma hipótese de negativa de tutela jurisdicional. O *venire contra factum proprium* praticado pelo juiz no processo civil pode evidenciar, além de um comportamento contraditório e retroativo, segundo as circunstâncias do caso concreto, o *non liquet*. Imagine-se, v.g., que o Metrô de São Paulo ingressa com ação de reintegração de posse contra o ocupante, com fundamento em termo de concessão de uso remunerado. Analisado o pleito, o Poder Judiciário resolve extinguir o feito sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita – ausência de interesse de agir –, entendendo que o procedimento adequado, em virtude da contraprestação remunerada, seria a ação de despejo (CPC, art. 485, VI). Pagas as verbas da sucumbência (CPC, art. 486, § 2º), o Metrô corrige o víncio e ingressa com ação de despejo contra a ocupante, postulando agora a rescisão do contrato e a desocupação do imóvel. Ao apreciar o pedido, o Poder Judiciário, de forma totalmente contraditória, extingue novamente o processo sem enfrentamento do mérito, também com base na ausência de interesse de agir, dessa vez sob o fundamento de que o meio adequado seria a ação de reintegração de posse. O processo civil não pode conformar armadilhas escondidas para os litigantes e somente se justifica na viabilização dos direitos materiais violados.

Não obstante o sistema objetivo admitir a coexistência de decisões logicamente conflitantes na hipótese, por não estar o juízo que julgou a segunda demanda adstrito àquele que julgou a primeira, aos olhos do comportamento retroativo processual, a situação não passa incólume. Inegavelmente, a segunda decisão judicial é contraditória e retroativa em relação à primeira, rompendo a boa-fé objetiva, a confiança e a justa expectativa firmada no jurisdicionado, no sentido de que ingressando com o despejo, o pedido de tutela jurisdicional seria, de fato, atendido. Apesar de assim proceder, depreende-se que o segundo julgamento fere o dever de coerência que deve reinar na atividade jurisdicional, caracterizando um contexto de negativa de prestação jurisdicional (*o non liquet*), em que o Estado primeiramente se recusa a prestá-la diante da inadequação da via eleita e, após o jurisdicionado corrigir a mácula dentro dos parâmetros fornecidos pelo próprio Judiciário, tem novamente o pedido desconhecido exatamente por adotar a via indicada como correta. O que o jurisdicionado, no

caso trilhado, deve fazer? Ingressa, novamente, com ação de reintegração de posse ou com ação de despejo? Depreende-se, no caso, a subsistência de uma lacuna axiológica do sistema normativo, que nos remete a uma solução que destoa da equidade e justiça. Vislumbra-se nesse contexto um voltar-se do Estado contra seus próprios atos, ofensivo da razoabilidade e do bom senso, comprometendo não somente a credibilidade do Poder Judiciário, mas fundamentalmente a segurança jurídica reinante no meio social⁸⁰⁶. Em razão de uma peculiar relação jurídica teleológica entre as duas demandas, a indicação na pioneira demanda de que a adequação da via eleita recairia na ação de despejo ostentaria eficácia vinculante para o julgamento subsequente, razão pela qual não pode ser contrariado, sob pena de caracterizar um *venire contra factum proprium*.⁸⁰⁷

O mesmo enquadramento pode suceder envolvendo, por hipótese, a legitimidade *ad causam*, em ação de perdas e danos por negativação indevida promovida contra a pessoa jurídica contratada. Analisando o pleito, o tribunal extingue o processo sem resolução do mérito, por entender que a legitimidade *ad causam* para responder a demanda recai na figura do banco. E, uma vez corrigido o polo passivo, a parte ingressa com a outra demanda, que é novamente extinta por reconhecer a empresa partícipe da primeira demanda como única parte legítima. Terá o jurisdicionado que ingressar com outras demandas indefinidamente até o ponto de ver o mérito apreciado? Evidentemente que não. O processo civil dos nossos dias não mais coaduna com decisões logicamente contraditórias. O desgaste social e o prejuízo à própria dignidade da Justiça são enormes.

O sistema normativo não mais admite que uma determinada questão fático-jurídica decidida no processo – prejudicial ou *principaliter* – possa ser futuramente rediscutida e decidida de forma antagônica e contraditória em demandas futuras, pois isso caracteriza ineludivelmente um voltar-se do Poder Judiciário contra seus próprios atos. Prova disso é a positivação no CPC/2015 da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada (CPC, art. 503, §§ 1º e 2º).

⁸⁰⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança*, cit., p. 81.

⁸⁰⁷ BONTÀ, Silvana Dalla. Uma “inquietação benéfica”: notas comparativas a respeito do tema dos limites objetivos da coisa julgada, à luz da situação atual da jurisprudência europeia e das teses “zeunerianas”: parte 1. Tradução de Patrícia Carla de Deus Lima. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 215, p. 189-204, jan. 2013. [p. 3, versão online]

Nesse sentido, o primeiro julgamento, em que pese não sujeito à imutabilidade da coisa julgada, passa a ter efeito vinculante, em nome da boa-fé e da confiança do jurisdicionado. O vínculo lógico-processual entre as demandas extintas, apesar de não enfrentado o mérito subjacente, mostra-se relevante.

CONCLUSÕES

1. O *venire contra factum proprium* no prisma material se caracteriza pela conduta manifestada por uma pessoa que, objetivamente considerada, entra em contradição com uma atuação anterior. As duas ações representam um *comportamento contraditório* dissonante da boa-fé objetiva e da confiança despertada.
2. No plano processual, afronta o agente o princípio da irretroatividade da marcha procedural, ao pretender uma *eficácia jurídica distinta* daquela naturalmente propiciada pelo *factum proprium*. Não deixa de ser “contraditória” a laboração perpetrada pelo sujeito no *venire contra factum proprium processual*. Todavia, voltando-se frontalmente contra o *iter* processual, ocasiona uma indesejada e ilícita retroação em seu fluxo, fora das hipóteses legais. Mais adequado que o fenômeno seja retratado como comportamento retroativo processual.
3. O *venire contra factum proprium* processual se formaliza quando alguém, destoando-se de um paradigma de comportamento, pratica, dentro ou fora do processo, duas condutas que conjuntamente analisadas afiguram-se como contraditórias, sem qualquer atitude intermediária que as compatibilize, propiciando uma retroação indevida da marcha processual fora das hipóteses legalmente previstas, atingindo, por conseguinte, o regular desenvolvimento da função jurisdicional exercida pelo Estado e, subjetivamente, a boa-fé objetiva e a confiança dos demais entes do conflito.
4. Não há espaço imune à certificação do comportamento retroativo processual civil, sendo infinita a gama de possibilidades de conformação do *factum proprium*, razão pela qual não se permite uma adequada e suficiente sistematização.
5. O dano (patrimonial) não é pressuposto do comportamento retroativo processual, mas, apesar disso, pode ainda dele derivar. É plenamente possível a incidência do aforisma romano sem que advenham consequências patrimoniais danosas para os demais entes processuais.
6. É o interesse público remanescente na racionalização do processo que sofre interferência direta do *venire contra factum proprium* processual. Há um comprometimento

dos fins do processo com a implementação desse movimento retrospectivo, expondo a risco sua utilidade, a economia processual, a duração razoável e sua efetividade.

7. Com o comportamento processual retroativo infringe-se precipuamente o princípio constitucional da irretroatividade do *iter* procedural, que deixa de lograr um grau mais intenso de funcionalidade e eficiência.

8. O *venire contra factum proprium* possui elevada imbricação com a teoria da argumentação jurídica, uma vez que os enunciados deduzidos no processo ao longo do tempo, em princípio, devem ser tratados como um sistema argumentativo unitário. A disputa dialético-jurídica também se submete ao dever de coerência, sendo que o desrespeito a essa imposição tem potencialidade suficiente para caracterizar o *venire contra factum proprium* processual. E isso necessita ser observado tanto endoprocessual, como panprocessualmente, inclusive envolvendo auditórios e períodos distintos.

9. A afirmação de que o *venire contra factum proprium* é uma vertente da boa-fé objetiva ou que representa uma violação dessa regra é uma constante na doutrina e na jurisprudência.

10. O estudo buscou demonstrar que o *nemo potest venire contra factum proprium* é antes de tudo uma decorrência do princípio da irretroatividade no processo civil, ao coibir a retroação indevida do curso processual propiciada por comportamentos dos entes processuais ao mesmo tempo contraditórios e retroativos.

11. Se a *ratio legis* da norma constitucional, ao instituir a irretroatividade, foi salvaguardar a estabilidade das situações jurídicas consolidadas – em respeito à boa-fé, legítima confiança e a justa expectativa –, os *comportamentos processuais retroativos* não poderiam ficar de fora da guarda legal.

12. O *venire contra factum proprium* foi positivado pelo legislador do CPC/2015, ao ordenar que “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada” (CPC, art. 14). Se comportamentos considerados iníquos e abusivos prejudicam francamente o desenvolvimento do curso processual – e reflexamente a

confiança e boa-fé dos demais entes processuais –, é plenamente consonante com o direito que não possam ostentar eficácia retrospectiva.

13. A retroação indevida representa um ato inútil – porque não traz qualquer utilidade ao desenvolvimento da marcha processual –, nem se mostra essencial ou indispensável para a consecução de seus fins, de sorte que ao assim agir o partícipe do processo, descumpre a lealdade processual.

14. A vedação ao *venire contra factum proprium* evidencia natureza jurídica de norma de ordem pública, em que sobressai o interesse público, cogente e imperativa e que não admite transação sobre seu objeto, exceto quanto à eventual expressão econômica dela decorrente. Pode, em razão disso, ter apreciação de ofício pelo juiz. A inobservância das regras que o preveem implica em *error in procedendo*, caracterizando a nulidade absoluta da decisão judicial que o envolve.

15. A teoria dos atos próprios tem grande conexidade com a teoria da confiança, ao vedar o comportamento contraditório quando, pelo próprio proceder, despertou-se no *alter* ou em terceiros a legítima confiança de que a palavra seria mantida ou o proceder aguardado seria observado.

16. O princípio da irretroatividade está permeado por todo o direito. Apesar de a literalidade do texto constitucional restringir a não retroação à “lei”, na verdade o poder constituinte originário *dixit minus quam voluit*.

17. Quando a repentina mudança na jurisprudência com eficácia retrooperante ofender a razoabilidade, de tal modo que o regresso ao *statu quo ante* crie um cenário de ostensiva iniquidade e desequilíbrio, impõe-se a aplicação da técnica de modulação de seus efeitos, sob pena de caracterização do *venire contra factum proprium*.

18. O princípio da irretroatividade é uma das linhas mestras do processo civil, por encontrar-se arraigado de forma latente nos primordiais institutos que o conformam.

19. Há estreita imbricação do *venire contra factum proprium* processual com o princípio constitucional da irretroatividade, diante do repúdio à possibilidade de projeção de efeitos pretéritos (*ex tunc*) a um comportamento contraditório em relação a outro anterior.

20. O *venire contra factum proprium* rompe com a coordenação no encadeamento dos atos processuais, ao empreender uma ação que não tem relação de causa e efeito com os atos anteriores, comprometendo a eficiência da relação processual.

21. O comportamento retroativo fere visceralmente a logicidade do processo, ao pretender desconstituir a permanência de uma situação jurídica. Há uma incompatibilidade lógica entre o exercício do direito subjetivo – demonstrado pela segunda conduta – com a propulsão da dinâmica procedural transcorrida até aquele instante.

22. Não se repudia o *venire contra factum proprium* para se tutelar prioritariamente a boa-fé objetiva, pois todo o processo, sem exceção, é rigorosamente regulado sob essa vertente.

23. Não tem a boa-fé processual, ainda que alçada à condição de princípio fundamental, força suficiente para albergar sozinha o *venire contra factum proprium non valet*. Seu principal apoio dogmático está, portanto, na irretroatividade, no interesse público pela intangibilidade e permanência jurídica de estados consolidados e na credibilidade da atuação jurisdicional.

24. A simbiose existente entre o *venire contra factum proprium* processual e a boa-fé objetiva atua primariamente na dimensão ôntica e somente secundariamente na deôntica. Referido instituto no processo “é” a ausência de boa-fé; a relação deôntica do *venire contra factum proprium* processual está na irretroatividade, na consolidação das situações jurídicas, na certeza e estabilidade.

25. Configurado o *venire contra factum proprium* como ato ilícito, surge o dever de reparar eventuais danos, restabelecendo-se, na máxima medida possível, a situação jurídica anterior à sua prática, independentemente de prova de culpa ou dolo do agente.

26. Como consequência do *venire contra factum proprium* no processo, a norma prevê duas categorias eficaciais subsumíveis à formulação, uma de jaez jurídico-formal e outra de índole jurídico-material. Na categoria efacial formal, a principal decorrência do *venire contra factum proprium* é a ineficácia jurídica e a nulidade do ato praticado. E no aspecto material, o emitente das condutas não sai impune, podendo ser a ele imputadas as penas da litigância de má-fé, além daquelas relativas ao exercício de atos atentatórios à dignidade da Justiça.

27. A preclusão também se constitui a partir de condutas contraditórias endoprocessuais. Há identidade entre o *venire contra factum proprium* e todas as espécies de preclusão. Ambos os fenômenos malferem o dever de coerência, se consubstanciando a partir de um indesejado retrogradar na estruturação do processo. A preclusão temporal consubstancia um comportamento contraditório, ao pretender o agente, retrospectivamente, uma eficácia jurídica dissemelhante daquela oriunda da perda do prazo. Outrossim, a preclusão consumativa se caracteriza por um comportamento contraditório e retroativo, ao se tentar repetir o ato processual – de uma forma mais conveniente ao interessado – impondo um recuo na marcha estruturada do processo. A incoerência reside no cumprir o prazo e querer cumpri-lo novamente, fato que também representa uma deslealdade perante aquele que somente teve e respeitou uma única oportunidade.

28. Há correlação entre a preclusão para o juiz e o *venire contra factum proprium* no processo, porque uma vez decidido o ponto controvertido, passa-se a uma fase subsequente na cadeia procedural, de sorte que ao regressar a essa questão, o juiz incide em comportamento retroativo.

29. A preclusão, da mesma forma como o *venire contra factum proprium*, conforma um fato jurídico processual impeditivo da regressão do fluxo processual-procedimental.

30. A preclusão se presta a tutelar no ordenamento jurídico o mesmo plexo valorativo salvaguardado pelo apotegma romano *nemo potest venire contra factum proprium* no campo processual. Faz-se acentuadamente presente na preclusão o vetor de não retrospecção.

31. Idêntica correlação que o *venire contra factum proprium* possui com a boa-fé objetiva e a confiança pode ser encontrada deontologicamente na preclusão. Analogicamente,

a boa-fé e a confiança estão para a preclusão, assim como estão para o *venire contra factum proprium*.

32. Apesar de possuírem a mesma essência, podem ser apontadas duas grandes diferenças entre o *venire contra factum proprium* e a preclusão que, outrossim, atuam nos planos objetivo e subjetivo. No plano subjetivo – diferentemente do que sucede com o *venire contra factum proprium* –, a preclusão restringe sua eficácia às partes integrantes do certame litigioso e o *venire contra factum proprium* não possui limitação subjetiva, podendo atingir partes que não figuraram na relação processual. Objetivamente, a preclusão é instituto endoprocessual e o *venire contra factum proprium* é panprocessual.

33. Estabelecendo uma analogia de proporção, a preclusão está para o *venire contra factum proprium* assim como a conexão está para a continência. A relação lógica que se forma entre os institutos, portanto, é de continente-conteúdo, pois se não são entidades idênticas, são muito próximas, apenas variando no nível de abrangência.

34. As manifestações do Poder Judiciário devem ser compreendidas como uma única argumentação de conjunto. A liberdade de julgar não vai ao ponto de se dar guarida à incoerência entre duas proposições judiciais de cunho decisório. O livre convencimento motivado, à luz do *venire contra factum proprium*, deixou de ser absoluto, não podendo permitir o chancelamento de decisões contraditórias, incoerentes e retroativas, de modo a afrontar a boa-fé objetiva, de forma a frustrar a confiança e a fidedigna expectativa dos jurisdicionados. A ninguém – nemente o Poder Judiciário – é lícito *venire contra factum proprium*.

35. O sistema objetivo não é absolutamente avesso às contradições, porquanto o artigo 504, I, do CPC é categórico quanto ao fato de a fundamentação da decisão não integrar a coisa julgada. Tais contradições não se sustentam juridicamente, em cotejo com o *venire contra factum proprium*, quando possam afrontar a boa-fé objetiva – regra fundamental do processo civil –, traendo a confiança e a justa expectativa dos demais entes do conflito.

36. A reapreciação de questão anteriormente decidida fora das hipóteses legais configura preclusão e não comportamento retroativo processual. O *venire contra factum*

proprium configura-se quando o juiz ultrapassa o mero rejulgamento, impondo uma eficácia jurídica distinta daquela propiciada pela primeira decisão.

37. O conflito entre coisas julgadas, à luz do *venire contra factum proprium*, deve ser desfeito em prestígio à primeira atividade jurisdicional exercida. Pragmaticamente, o Estado não pode, instado a dirimir o conflito de interesses, empreender conduta evidentemente contraditória e retroativa, voltando-se contra seus próprios atos, dando ensejo a uma nova e antijurídica atividade jurisdicional sobre o mesmo objeto. Há de sempre preponderar a coisa julgada formada na demanda promovida em primeiro lugar. O dilema é resolvido não pelo prisma da coisa julgada – insuficiente para dirimir o problema –, mas pela aplicação do *venire contra factum proprium* processual, sendo que, aplicada a sua dogmática, a segunda coisa julgada formada, ainda que escoado o lapso decadencial para o ajuizamento da ação rescisória, será tida por ineficaz.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.* 2. ed. rev. e atual., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALPA, Guido. La biblioteca dell'avvocato civilista nell'ottocento. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, v. 54, n. 2, p. 321-356, giugno, 2000.
- ALVIM, Arruda. Coisa julgada: limites e impossibilidade de desconsideração. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 39, n. 236, p. 29-48, out. 2014.
- ALVIM, Arruda. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, n. 1, p. 85-133, jan./mar. 1976.
- ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 815, p. 11-31, set. 2003. [Versão online].
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil.* 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015: de acordo com o novo CPC, Lei 13.105/2015.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil.* São Paulo: Atlas, 2011. – (Coleção Atlas de Processo Civil – Coordenação de Carlos Alberto Carmona).
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 154-269.* 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Preclusão (processo civil). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado.* Niterói, RJ: Impetus, 2009.
- ARISTÓTELES. *Metafísica.* Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini, 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução.* 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AURELLI, Arlete Inês. Função social da jurisdição e do processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 124-146.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Preclusão e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. cap. 2, p. 669-678. (Doutrinas Essenciais de Processo Civil, v. 6). [Versão online].

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. Com notas remissivas a legislação processual vigente por Antonio Cesar Peluso. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso e. A contradição externa e o *venire contra factum proprium*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais v. 40, n. 245, p. 79-119, jul. 2015.

BARIONI, Rodrigo. Preclusão deferida, o fim do agravo retido e a ampliação do objeto da apelação no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 40, n. 243, p. 269-280, maio 2015. [Versão online].

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo a técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Tradução de Karina Jannini, a partir da segunda edição revista e ampliada por Giuliano Crifò. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Consultoria da edição brasileira, Danilo Marcondes; tradução de Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONTÀ, Silvana Dalla. Uma “inquietação benéfica”: notas comparativas a respeito do tema dos limites objetivos da coisa julgada, à luz da situação atual da jurisprudência europeia e das teses “zeunerianas”: parte 1. Tradução de Patrícia Carla de Deus Lima. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 215, p. 189-204, jan. 2013. [Versão online].

BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, n. 12, p. 169-225, out./dez. 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. Arts. 480 a 495. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 33, n. 161, p. 261-270, jul. 2008.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*: vocábulos, expressões da língua geral e científica-sinônimos, contribuições do tupi-guarani. São Paulo: Saraiva, 1967. v. 7.

BUCKINGHAM, Will et al. *O livro da filosofia*. Tradução de Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: Globo, 2011.

BUZAID, Alfredo. *Despacho saneador – Coisa julgada e preclusão – Venda judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 103-122. (Doutrinas Essenciais de Processo Civil, v. 3). [Versão online].

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 30, n. 126, p. 59-81, ago. 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile. In: _____. *Opere giuridiche*. A cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965. v. 1.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 5, n. 1, p. 23-51, 1950.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Texto original da 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Tradução de Jeremy Lugros. São Paulo: Nilobook, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. 5. ed. emendata e aggiornata. Roma: Foro Italiano, 1956. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*: introdução e função do processo civil. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2000. v. 1.

CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008. p. 33-73.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 225-244.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale; acompanhada de notas por Enrico Tullio Liebman; com uma introdução do prof. Alfredo Buzaid. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1 e 3.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio. In: PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. XI-XVII.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa “in agendo”*. 3. ed. aum. e atual., à luz do Código de Processo Civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2014.

COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: Libreria “El foro”, 2002.

COSTA NETTO, José Carlos. *Estudos e pareceres de direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. (póstuma). 15. reimpr. inalterada. Buenos Aires: Depalma, 1988.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2008.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios da boa-fé*. Curitiba, PR: Juruá, 2008.

DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1965.

DICKSTEIN, Marcelo. *A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e suppressio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil. In: FARIAZ, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 201-210.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 35, n. 187, p. 69-83, set. 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Comportamento da parte e interpretação da coisa julgada: o caso do campeonato de futebol de 1987. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, n. 211, p. 349-376, set. 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *suppressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, n. 171, p. 35-48, maio 2009.

DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. reform. Salvador: JusPolivm, 2016. v. 3.

DIDIER JUNIOR, Freddie et al. *Curso de direito processual civil: execução*. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 5.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 1963.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo. In: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Traducción de Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1977.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil e de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, 2 e 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*: théorie générale de l'Etat, le droit et l'Etat: les libertés publiques: l'organisation politique de la France. 4. ed. rev. et mise au courant. Paris: E. de Boccard, 1923.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 14, n. 55, p. 181-211, jul./set. 2013. [Versão online].

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Derecho civil (Parte General)*. Barcelona: Bosch, 1947. t. 1, v. 2, punto 208, p. 482.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 12, n. 48, p. 27-44, out./dez. 1987. [Versão online].

FACHIN, Luiz Edson. Autonomia privada e estipulação contratual. In: SOLUÇÕES práticas de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1, 2012, p. 321-337. [p. 1-16, versão online].

FACHIN, Luiz Edson. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 115-149.

FANDIÑO, Mariana Bernal. La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. *Vniversitas*, Bogotá, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, n. 120, p. 253-270, enero-junio 2010.

Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n120/n120a11.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A aplicação do abuso do direito nas relações de família: o *venire contra factum proprium* e a *supressio/surrectio*. p. 5. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadecreito.com.br/images/a/Texto%20Cristiano.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2016.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Recursos no Processo Civil, 11).

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008. p. 1-32.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 5. ed. rev. e atual. do “Direito intertemporal brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.

GARCÍA MORENTE, Manuel García. *Fundamentos de filosofia: lições preliminares*. 4. ed. em português. Tradução e prólogo de Guilhermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1970. v. 1.

GERAIGE NETO, Zaiden. *Ação rescisória: o lento caminhar do direito escrito, comparado às rápidas transformações das sociedades contemporâneas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 63).

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2007. (Coleção Theotônio Negrão).

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Traducción de la segunda edición alemana, y del Código Procesal Civil alemán, incluido como apéndice por Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GOMES, José Jairo. Responsabilidade civil na pós-modernidade: influência da solidariedade e da cooperação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, p. 227-233, jul./set. 2005. [Versão online].

GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil: processo de conhecimento* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatcky, 1975.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2007.

HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*. Traducción y presentación de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1979.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 4., 2007, Brasília, DF. Organização: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal (CJF), Centro de Estudos Judiciários, 2007. v. 1.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 5., 2012, Brasília, DF. Organização: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal (CJF), Centro de Estudos Judiciários, 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Arruda Alvim).

LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo Madrid: Civitas, 2001.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. (Serie C – Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público, v. 55).

LARENZ, Karl. *Metodología da ciéncia do direito*. Tradução de José Lamego da 6. ed. reformulada (1991). 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido*: o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil*. 2004. 344 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Fadusp), São Paulo, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*: e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 11, n. 42, p. 30-70, abr./jun. 2010. [Versão online].

LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 16, v. 76, p. 13-27, maio/jun. 1982.

LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 3.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia*: la utilidade de las normas abiertas el ocaso del legalismo estricto y la nueva dimensión del juez. Buenos Aires: Depalma, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MACÊDO, Lucas Buril de. A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 216, p. 377-398, fev. 2013.

MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2007.

MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise de justiça. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 21-42.

MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, n. 17, p. 105-114, jan./mar. 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. Arts. 926 a 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.072-2.083.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Curso de Processo Civil, v. 2).

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Propriedade industrial. Boa-fé objetiva. Proteção da confiança. Proibição do *venire contra factum proprium* no processo. Dever de não conhecer do recurso. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 16, n. 61, p. 181-193, jan./mar. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 2.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 3.

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

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. (Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 100, n. 376, p. 109-129, nov./dez. 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. e atual. até a EC 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988, 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENCKEN, Henry-Louis. The divine afflatus. *New York Evening Mail*, de 16.11.1917. Disponível em: <<http://wist.info/mencken-hl/2781/>>. Acesso em: 30 out. 2016.

MILHOMENS, Jônatas. *Dos prazos e do tempo no Código de Processo Civil*: incluídos comentários aos arts. 154 a 250. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MILHOMENS, Jônatas. *Da presunção de boa-fé no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 3.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 444-475. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 496-538. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 7.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral: validade, nulidade, anulabilidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 4.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral: eficácia jurídica, determinações inexatas e anexas, direitos, pretensões, ações. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 5.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral: exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões ações e exceções, prescrição. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 6.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter?: um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 36, n. 194, p. 55-68, abr. 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 89, n. 779, p. 47-63, set. 2000. [Versão online].

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco (Coords.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 167-206.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1967.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e questões preliminares. In: _____. *Direito processual civil*: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 73-93.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre prazos, peremptórios e dilatório. In: _____. *Temas de direito processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 49-60.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri, SP: Manole, 2008. p. 75-110.

NERY JUNIOR, Nelson. Creditamento do IPI: produtos isentos e não tributários. In: SOLUÇÕES práticas de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3, p. 469. [p. 1-29, versão online].

NERY JUNIOR, Nelson. Dação em pagamento e boa-fé objetiva. In: SOLUÇÕES práticas de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7, p. 425. [p. 1-24, versão online].

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*: novo CPC – Lei 13.105/2015. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, p. 65-70, jan./mar. 2004. [Versão online].

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, n. 168, p. 331-346, fev. 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993. [Versão online].

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Embargos infringentes e matéria de ordem pública. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 26, n. 102, p. 299-307, abr./jun. 2001.

OLIVEIRA, João Martins de. *A preclusão na dinâmica do processo penal*. Santa Maria, RS: Gráfica Santa Maria, 1955.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 270 a 331. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 3.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais. v. 7, n. 27, p. 252-278, jul./set. 2006. [Versão online].

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão da tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 135-182, out./dez. 2003.

PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 55).

PLATÃO. *Eutidemo*. Texto estabelecido e anotado por John Burnet. Tradução, apresentação e notas de Maura Iglésias. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; Loyola, 2011. (Coleção Clássicos).

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2006.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e accidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Reedição. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 1.

REALE Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 21, p. 11-13, jul./set. 2003. [Versão online].

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., 11. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIEZLER, Erwin. *Venire contra factum proprium: studien in römischen, englischen und deutschen Zivilrecht*. Leipzig: Dunker & Humblot, 1912.

RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ROMEU, Talita Macedo. *A proibição de comportamento contraditório aplicada ao direito processual civil*. 2012. 124 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2012.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Agostinho Alvim).

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl., contendo estudo do projeto do novo CPC. São Paulo: Atlas, 2014.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. 2. reimpr. da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2.

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

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*: atualizado de acordo com a nova reforma processual. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil – Coordenação de Carlos Alberto Carmona).

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em:
<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>. Acesso em: 11 maio 2016. Publicação impressa: *Revista Brasileira de Direito Público*: RBDP, Belo Horizonte, v 2, n. 6, p. 7-58, jul/set, 2004.

SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 2, n. 7, p. 122-143, jan./jun. 2006. Disponível em:
<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/334/327>. Acesso em: 30 out. 2016.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Direito processual concretizado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. ampl., rev. e atual. até a Lei 10.444, de 7-5-2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 94, n. 344, p. 43-65, out./dez. 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 54. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.* 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 784, p. 11-28, fev. 2001. [Versão online].

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e boa-fé objetiva: repulsa aos atos contraditórios e desleais – *venire contra factum proprium, suppressio, surrectio e tu quoque*. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). *40 anos da teoria geral do processo: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 467-504.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização: Lei 13.105, de 16.3.2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1 a 153*. Coordenação de Sergio Bermudes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 1.

TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção Liebman – Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini).

TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 40, p. 39-43, 1993.

TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1986. v. 1.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. rev., ampl. e atual., com notas de referência ao Projeto Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 39, n. 230, p. 75-92, abr. 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória*. 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Traducción de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, n. 207, p. 13-23, maio 2012. [Versão online].