

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**“*SURRECTIO* E A TUTELA DA CONFIANÇA
COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO
DAS JUSTAS EXPECTATIVAS”**

MARCELO DICKSTEIN

RIO DE JANEIRO

2008

MARCELO DICKSTEIN

“*SURRECTIO* E A TUTELA DA CONFIANÇA
COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO
DAS JUSTAS EXPECTATIVAS”

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Francisco dos Santos Amaral Neto

RIO DE JANEIRO

2008

Dickstein, Marcelo.

Surrectio e a tutela da confiança como instrumento de proteção das justas expectativas / Marcelo Dickstein – 2008.

68f.

Orientador: Francisco dos Santos Amaral Neto

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 65-68

1. Obrigações e Contratos - Monografias. 2. Boa-fé (Contratos). 3. Vedação ao comportamento contraditório. I. Amaral Neto, Francisco dos Santos. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.14

MARCELO DICKSTEIN

“*SURRECTIO* E A TUTELA DA CONFIANÇA
COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO
DAS JUSTAS EXPECTATIVAS”

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/ ____/ ____

Banca Examinadora:

Professor Dr. Francisco dos Santos Amaral Neto – UFRJ - Presidente

Professor (a)

Professor (a)

Dedico este trabalho aos meus pais, à minha irmã e à Carla, todos responsáveis pela minha felicidade.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao meu orientador, Professor Francisco Amaral, pela dedicação, auxílio e pelo conhecimento que me foi repassado para a elaboração e finalização do presente trabalho.

Agradeço também aos meus pais Mauro e Lilian que sempre estimularam a que me dedicasse aos estudos, o que permitiu todas as superações para minha formação.

Minha mãe, com seu carinho, amor e dedicação, sempre significou a motivação para as minhas realizações. Meu pai, como amigo, companheiro e brilhante magistrado, sempre me orgulhou e serviu de exemplo, o que resultou fundamental na escolha pela carreira jurídica. Minha irmã Fabiana sempre parceira na mesma jornada que escolhemos seguir.

Expresso, por fim, meus agradecimentos ao Escritório de Advocacia Andrade & Fichtner, em especial, aos advogados José Antonio Fichtner, profissional que admiro e muito tem colaborado para a minha formação, Marcela Maffei Quadra, que além de haver me orientado nos estudos durante mais da metade da faculdade, é responsável por meu ingresso neste Escritório, e Frederico Kastrup de Faro, que, com sua admirável formação acadêmica, contribuiu com sugestões e observações preciosas para inclusão nesse trabalho.

RESUMO

Dickstein, Marcelo. *Surrectio* e a tutela da confiança como instrumento de proteção das justas expectativas. 2008. 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O objetivo da presente monografia está voltado precisamente para a *surrectio*, um subproduto da boa-fé, como sendo um instituto fundamental para a tutela da confiança nas relações jurídicas em nosso ordenamento jurídico e sua finalidade é a máxima a proteção das justas expectativas e da confiança legítima dos sujeitos de direito. Tal instituto está dentro da espécie *venire contra factum proprium*, que deu origem à Teoria dos Atos Próprios, e possui também outras subespécies, como o *tu quoque* e a *supressio*, figuras que com frequência são confundidas com o *venire*, pois todos estes vedam que condutas de uma parte entre em contradição com uma conduta inicial por ela adotada, frustrando a confiança alheia. Após traçar uma visão panorâmica da tutela da confiança e da *surrectio*, buscar-se-á os sinais de tais institutos no nosso Código Civil, além de tentar caracterizar os requisitos para sua configuração e conseqüências nas relações jurídicas. É evidente que não se encontrará em nosso Diploma Civil disposição expressa que remeta à *surrectio*, no entanto, são cada vez mais frequentes as referências doutrinárias e jurisprudenciais que tratam sobre o comportamento contraditório. Todavia, o que se tem observado é que, a doutrina quando trata da *surrectio* o faz de forma subsidiária, preferindo dissertar primeiramente sobre o instituto da *supressio*, para somente após elaborar breves comentários sobre aquele. Daí a razão e relevância da elaboração da presente monografia, que se concentrará no instituto em questão. Além de demonstrar os requisitos da *surrectio* e suas conseqüências jurídicas, esse trabalho buscará também distingui-lo de outros do Direito Civil, que por ventura possam se assemelhar, tal como a novação. Por fim, ilustra-se a aplicação da *surrectio* na jurisprudência brasileira através dos mais recentes acórdãos de nossos Tribunais.

Palavras-Chave: Boa-fé; Tutela; Confiança; Legítima; Expectativa; Proibição; Comportamento; Contraditório; *Surrectio*.

RESUMEN

Dickstein, Marcelo. *Surrectio* e a tutela da confiança como instrumento de proteção das justas expectativas. 2008. 68 f. Monografía (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

El propósito de esta monografía se destina precisamente a *surrectio*, un subproducto de la buena fe, como una institución fundamental para la protección de la confianza en las relaciones en nuestro sistema jurídico y su finalidad es proteger a las más altas expectativas de los sujetos de derecho. Este instituto está en el tipo *venire contra factum proprium*, que condujo a la Teoría de los Actos Propios, y también tiene otras subespecies, como el *tu quoque* y *supressio*, las cifras que a menudo se confunden con el *venire*, porque todos prohíben la contradicción con una conducta inicial aprobado por él, que rompe a la confianza depositada. Después de configurar una vista panorámica de la protección de la confianza y la *surrectio*, recibirá los signos de tales institutos en nuestro actual Código Civil, además de tratar de caracterizar los requisitos para su configuración y sus consecuencias en las relaciones jurídicas. Por supuesto no hay en nuestro Diploma Civil una disposición expresa que se refiere a *surrectio*, sin embargo, son cada vez más frecuentes las referencias doctrinales y jurisprudenciales que tratan sobre el comportamiento contradictorio. Sin embargo, lo que hemos observado es que la doctrina trata de la *surrectio* de forma filial, prefiriendo primero expatiate sobre la institución de la *supressio*, después preparar para sólo unos breves comentarios acerca del tema. De ahí la razón y la pertinencia de la preparación de esta monografía, que se centrará en el instituto en cuestión. Además de los requisitos de mostrar *surrectio* y sus consecuencias jurídicas, este trabajo también trata de distinguirlo de los demás del derecho civil, que tal vez puedan parecerse. Por último, ilustra la aplicación de la *surrectio* en la jurisprudencia brasileña, utilizando las más recientes sentencias de nuestros tribunales.

Palabras clave: Buena fe; Protección; Confianza; Expectativa; Prohibición; Comportamiento; Contradictorio; *Surrectio*.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. A BOA-FÉ OBJETIVA E A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS	11
2.1 A boa-fé objetiva no Código Civil de 2002 e Tutela da Confiança.....	11
2.2 A Teoria dos Atos Próprios: o conceito de <i>venire contra factum proprium</i> e a <i>surrectio</i> como sua subespécie	18
3. O INSTITUTO DA <i>SURRECTIO</i>	22
3.1 Conceito e Histórico.....	22
3.2 Pressupostos da <i>surrectio</i>	26
3.2.1 Introdução	26
3.2.2 <i>Factum Proprium</i> Comissivo – conduta inicial reiterada.....	27
3.2.3 A confiança justificada pelo decurso do tempo	28
3.2.4 Modificação da relação jurídica.....	31
3.2.5 O Comportamento Contraditório	32
3.2.6 Os Danos Causados (o segundo comportamento deve piorar a situação do sujeito).....	35
3.2.7 A Identidade de Sujeitos.....	37
3.3 Efeitos da <i>surrectio</i>	39
3.3.1 Do Impedimento da Conduta Contraditória	39
3.3.2 Da Reparação do dano causado pela conduta contraditória e de seu desfazimento	40
4. INSTITUTOS CORRELATOS	43
4.1 Diferenças entre a <i>surrectio</i> e institutos afins:	43
4.1.1 <i>Venire contra factum proprium</i>	43
4.1.2 <i>Exceptio Doli</i>	46
4.1.3 <i>Supressio</i>	47
4.1.4 <i>Tu quoque</i>	51
4.1.5 Novação.....	53
5. ANÁLISE DE CASOS E HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DA <i>SURRECTIO</i> NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	57
5.1 Acórdãos mais recentes	57
5.1.1 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.....	57
5.1.2 Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.....	59
5.1.3 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	61
6. CONCLUSÃO	63
7. REFERÊNCIA	65

1. INTRODUÇÃO

A era contemporânea é marcada pelo intenso dinamismo e pela freqüente mudança da realidade e de sua compreensão. A velocidade das transformações tem aumentando e, por conseguinte, a mudança de comportamento tornou-se habitual, fazendo parte do cotidiano de todos e, em virtude da natureza humana, não poderia ser diferente. A todo o momento, muda-se de opinião, de vontades, de perspectivas. E, atualmente, esta inconstância se agravou. Tem-se cada vez mais velocidade nas informações e nos acontecimentos, permitindo um posicionamento diferente a cada nova realidade.

Nesse dinamismo, não se pode esquecer que a ordem jurídica é uma ordem impregnada pela moralidade, o que não resulta de um raciocínio abstrato de ordem filosófica, mas tem assento em mandamentos expressos da Carta Magna e nas leis infraconstitucionais.¹

Todavia, essa moralidade não se presta à mera invocação. Para que tenha atuação no Direito (que é ordem, ordenação e ordenamento), carece encontrar, no próprio sistema jurídico, os institutos transmissores de sua eficácia. Encontra-se, pois, sujeita a mediações, a intersecções com outros princípios e regras, a uma disciplina jurídica, enfim.

É neste contexto em que surge o Direito como regulador das relações jurídicas, um freio na autonomia dos indivíduos, visando coibir a prática de um comportamento contraditório que venha lesar a legítima confiança de outrem. Essa concepção de vedação de condutas contraditórias pode causar certa estranheza em um primeiro momento, dado a importância da autonomia privada, soando praticamente como um retrocesso, um óbice ao livre arbítrio e à liberdade de escolha do homem.

A liberdade contratual deixa, assim, de ter um caráter absoluto e passa a ser relativizada diante de determinadas circunstâncias, com o objetivo de garantir o livre desenvolvimento das pessoas, dentro de uma esfera igualitária e como instrumento assecuratório da democracia. Nesse sentido, a obrigatoriedade da convenção (*pacta sunt servanda*) deixa de ser considerada como princípio em si mesmo, para ser vista como justificativa para a importância da boa-fé nas relações negociais.²

¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*; Revista Forense, vol. 376, nov./dez. 2004, p. 109.

² POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 95.

Um desses princípios e regras tutelares da moralidade que é aplicada ao dinamismo existente nas relações obrigacionais vem sintetizado no velho adágio que veda *venire contra factum proprium*³ – instituto que concretiza a proibição do comportamento contraditório.

Nessa esteira, surge a Teoria dos Atos Próprios, que possui como subespécie a *surrectio*, e tem como escopo tutelar situações de confiança e vedar o comportamento contraditório quando, pela própria conduta, a parte despertou, no *alter* ou em terceiros, a legítima expectativa de que a sua palavra seria mantida ou o comportamento seguido seria observado.

A partir desse instituto, as circunstâncias de uma obrigação podem acabar constituindo a própria obrigação, ou seja, pelo fato das relações obrigacionais serem dinâmicas é possível que cláusulas e obrigações sejam modificadas, visando garantir a confiança legitimamente despertada, com base na boa-fé objetiva e na tutela da confiança. Dessa forma, se determinado sujeito, embora formalmente amparado pela letra da lei ou do contrato, atuar de modo contrário às expectativas que criou, terá paralisado tal exercício de direito, tipificado como ato ilícito, a teor do artigo 187 do Código Civil.

Uma obrigação pactuada hoje pode fixar um determinado lugar para o pagamento e, amanhã, esse lugar pode ser modificado pelas circunstâncias do caso. É o que disciplina o artigo 330 do Código Civil, que consagra a *surrectio*, e que tem como fundamento o princípio da segurança jurídica, baseado nos valores da confiança legítima e da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

O *venire contra factum proprium* revestido de um caráter concretizador da boa-fé⁴, assim como a *surrectio* ou *Erwirkung*, não busca conter a incoerência, nem ao mesmo a manutenção do comportamento anteriormente adotado, visa apenas proteger as legítimas expectativas geradas por esta conduta e a confiança nas relações sociais.

Em vista dessa realidade, a doutrina e a jurisprudência, embora ainda não tenham chegado a uma estruturação dogmática adequada, reavivam a vedação do comportamento contraditório através de diversos institutos, tutelando a confiança alheia, consagrando a máxima de que a ninguém é lícito atuar em contradição ao comportamento anterior.

³ MARTINS-COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*; Op. cit., p. 109/110.

⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2007, p.753.

2. A BOA-FÉ OBJETIVA E A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS

2.1 A Boa-fé Objetiva no Código Civil de 2002 e a Tutela da Confiança

O princípio da boa-fé é um vetor das transformações do direito contratual⁵, servindo para orientá-las com os valores consagrados na Carta Política, e expressa um limite à autonomia privada, pois impõe deveres aos contratantes independentemente da vontade manifestada. Implica, basicamente, numa exigência de comportamento leal.⁶

O Código Civil anterior, de 1916, não previa expressamente o princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral, apesar da extrema importância desta nas relações contratuais. No entanto, com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990 (Lei nº 8.078 de 11 de setembro), a boa-fé objetiva ganhou destaque formal no ordenamento jurídico brasileiro e passou a ser aplicada nas relações de consumo, conforme consagrado em seu art. 4º, III⁷.

O mencionado artigo estabelece uma conexão valiosa com o 170 da Constituição Federal⁸, o que contribuiu para expandir a aplicação da boa-fé objetiva para além do campo privado.⁹

⁵ Nota-se que, atualmente, diante da nova perspectiva da boa-fé objetiva, esta deve ser observada inclusive no âmbito do direito processual civil, na lides, pelos jurisdicionados e até pelos magistrados. Nesse sentido, Fredie Didier Jr., ao tratar sobre o julgamento antecipado do mérito da causa, ensina que: “*não se permite que o magistrado, no julgamento antecipado da lide, conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Se o magistrado convoca os autos para julgamento antecipado, é porque entende provados os fatos alegados. Entende, enfim, que não há necessidade de prova. Essa decisão impede comportamento contraditório do juiz (venire contra factum proprium); há preclusão lógica para o magistrado que então não pode proferir decisão com aquele conteúdo. A sentença de improcedência por falta de prova, em julgamento antecipado da lide, além de violar o dever de lealdade processual, a boa-fé objetiva, que orienta a relação entre os sujeitos processuais, e o princípio da cooperação, poderá ser invalidada por ofensa à garantia do contraditório, em sua dimensão de direito à prova*”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10ª Ed. Bahia: Juspodvum, 2008, p. 508)

⁶ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. 5. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense – 2007, p. 89.

⁷ Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, Art. 4º, III: “*harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*”.

⁸ Segundo a perspectiva civil-constitucional, a aplicação da boa-fé objetiva levou a que se quebrasse aquela hegemonia outrora atribuída à autonomia negocial. Neste sentido, pode-se observar que diversos artigos da Constituição servem de fundamento para aplicação deste princípio, tais como: art. 1º, III (que trata da tutela da dignidade da pessoa humana), art. 3º, I (trata da livre iniciativa) e art. 170 e ss. (aborda a questão da ordem econômica). (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108)

Posteriormente, o Código Civil de 2002 incorporou esse princípio, estabelecendo em seu artigo 422, os seguintes termos: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé*”.

Esse princípio constitui cláusula geral¹⁰ de observância obrigatória pelas partes contratantes,¹¹ consistindo na “*conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais*”¹². Ao se analisar o comportamento adotado pelas partes em um contrato sob a ótica da boa-fé objetiva, deve-se, portanto, levar em consideração os aspectos externos da conduta do agente, desprezando os motivos ou intenções que o levaram a praticar o ato.

Neste ponto, a boa-fé objetiva diferencia-se da boa-fé subjetiva, pois esta diz respeito à análise dos aspectos internos do comportamento do sujeito. Refere-se à condição psicológica, motivação e intenção das partes, que muitas vezes, por ignorarem certos fatos que podem gerar vícios no negócio jurídico, agem de determinada forma.¹³

Para Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Op. cit. p.128-129.

¹⁰ O professor Francisco Amaral ensina que as chamadas “cláusulas gerais” são disposições normativas abertas, fluidas, vagas, que permitem ao juiz criar, com maior liberdade, a norma jurídica adequada ao caso concreto que enfrenta. Sugerem um critério de justiça, mas não impõem regras, delegando ao intérprete a função de criá-las. Salienta que em razão de sua generalidade e abstração, podem abranger um mais vasto grupo de situações, de modo lacunar e com possibilidade de ajustamento a uma consequência jurídica. Seriam normas jurídicas em cuja estrutura a hipótese de fato, a chamada “condição de aplicação” seria muito ampla, até indeterminada, com uma formulação em termos de grande generalidade, levando a que o direito do caso concreto decorra não apenas da subsunção, mas também do recurso aos valores do sistema e à própria vontade do intérprete. Destaca-se principalmente devido à relatividade de seu conteúdo. Apresentando-se como conceitos amplos e elásticos, recebem o seu sentido e conteúdo da realidade social e cultural própria do ambiente em que devam ser aplicadas. (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A EQUIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO*. R. CEJ, Brasília, nº 25, p. 17, abr./jun. 2004).

¹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 20.

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178.

¹³ Judith Martins-Costa diferencia a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva: “A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem.

Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga forma expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo” (MARTINS-COSTA Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 411).

“a boa-fé contratual traduz-se, pois, na imposição aos contratantes de um agir pautado pela ética da igualdade e solidariedade. Ao perseguir seus interesses particulares, devem as partes de um contrato conferir primazia aos objetivos comuns e, se for o caso, às relações existenciais sobre as patrimoniais, e à preservação da atividade econômica em detrimento da vantagem individual”¹⁴.

Dessa forma, para alcançar tal desiderato, a boa-fé objetiva não cria, apenas, deveres negativos, mas também deveres positivos, os quais podem ser oponíveis caso não observados. Caio Mario da Silva Pereira ensina que, desse modo, “o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva em dever de cooperar”¹⁵ ¹⁶.

Na busca de um equilíbrio contratual, a cláusula geral opera de diversas formas e em todos os momentos da relação, desde a fase de negociação à fase posterior à execução, constituindo-se em fonte de deveres e de limitação de direitos de ambos os contratantes. Nesse sentido, deve se ter como certa a existência de deveres anexos também na *fase pré-contratual*, isto é, naquele período de negociações preliminares e tratativas que antecedem a conclusão do contrato, bem como na *fase pós-contratual* (boa-fé *post pactum finitum*).¹⁷ ¹⁸

A abrangência do princípio é contornada mediante uma tripartição das funções da boa-fé, quais sejam: (a) função interpretativa; (b) função integrativa; e (c) função de controle.¹⁹

A primeira função se refere à boa-fé objetiva como um critério de hermenêutica, exigindo que as normas e os negócios jurídicos seja interpretados sempre privilegiando

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo; Heloisa Helena Barboza; Maria Celina Bodin de Moraes. *Código Civil Interpretado*. vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Op. cit. p.21.

¹⁶ A respeito do dever de cooperação ver: BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*. Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado Madrid, 1969, p. 117 e PERLINGIERI, Pietro. *PERFIS DO DIREITO CIVIL – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 212-213.

¹⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45.

¹⁸ A seguir isso, no caso rompimento injustificado e desleal nas tratativas, por exemplo, ensejaria a obrigação de indenizar, não em virtude de inadimplemento, mas sim em virtude da ruptura da confiança, decorrente do descumprimento dos deveres impostos pela boa-fé. E, na fase *post pactum finitum*, na qual o negócio já foi concluído, permanecem os deveres anexos do contrato, como por exemplo, os deveres de informação, lealdade, confidencialidade e diligência, ainda persistem e vinculam as partes. Exige-se, portanto, a responsabilidade dos contratantes de agirem com boa-fé, ainda que a relação jurídica já tenha se consumado.

¹⁹ CAVALIERI FILHO. *Programa de Responsabilidade Civil*. Op. cit. p. 179. Nesse mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Op. cit. p.21 e SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 86.

valores sociais, tais como, a honestidade, a cooperação, e a lealdade, conforme preceitua o artigo 113 do Código Civil de 2002.²⁰

Dispõe o artigo supra que: "*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*" Esta cláusula geral, de espectro amplo, poderá estender a operação a ponto de integrar o negócio jurídico deveres anexos (artigo 422 do Código Civil) ou, limitar o exercício de direitos subjetivos (artigo 187 do Código Civil). Nesse caso, a boa-fé impedirá interpretações dirigidas a prejudicar a contraparte e que não esteja compatível com o modelo de conduta social exigido pela cláusula geral.

A segunda função da boa-fé, função integrativa, diz respeito à criação de deveres jurídicos anexos ao objeto principal do contrato. Isto é, surgem decorrentes da prestação principal deveres complementares que não necessariamente encontram-se explícitos, podendo ainda estar em desacordo com a vontade das partes, mas que em decorrência da boa-fé objetiva, deverão ser sempre observados.²¹

Assim, impõe às partes outros deveres que não aqueles já previstos no contrato, como, por exemplo, o dever de informação, lealdade, segurança, cooperação, sigilo, prestação de contas, dentre outros.²²

A terceira função da boa-fé, a de controle²³, visa impedir o exercício de direitos em desconformidade com a lealdade e à confiança que integram a relação jurídica contratual.

²⁰ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório* Op. cit. p. 86 e 87.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 440.

²² Judith Martins-Costa apresenta um rol dos deveres anexos, originados da boa-fé objetiva: "a) *os deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) *os deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação do seu *desideratum*, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) *os deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) *o dever de prestar contas*, que incube aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) *os deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) *os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de projetar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) *os deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contato ou de negociações preliminares, pagamento, por parte do devedor, etc." (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional*. Op. cit., p. 439).

Caracteriza-se pela restrição de direitos subjetivos, servindo com um freio para o princípio da autonomia da vontade – relativizando a idéia do *pacta sunt servanda* – pois, coíbe comportamentos, que apesar de serem previstos em lei ou no contrato, não se enquadram no padrão de conduta imposto pela cláusula geral.

Nesta função, o comportamento formalmente lícito de um dos contratantes não resiste à avaliação de sua adequação perante o princípio da boa-fé e, em caso de violação, poderá deixar de merecer a tutela do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a boa-fé objetiva repele condutas que, ainda que de acordo com a lei ou amparadas pelo contrato, contrariem de alguma forma os padrões éticos indispensáveis para a vida em sociedade.²⁴ Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora lícitos na origem, tornam-se ilícitos por não se adequarem aos padrões impostos pela cláusula geral.

Nestes casos, verificar-se-á que, isoladamente, a conduta inicial será sempre lícita, mas por violar as legítimas expectativas e a confiança,²⁵ acaba por tornar-se um ilícito *lato sensu* nos moldes do art. 187 do Código Civil. Ou seja, trata-se de um ato lícito na origem, mas ilícito no resultado.

A partir da terceira função exsurge uma preocupação, não só com a conclusão do negócio jurídico, mas com os meios que levarão ao seu fim. Há a preocupação de se assegurar um comportamento digno e respeitoso entre as partes, destacando-se a transparência e a lealdade.²⁶

A boa-fé objetiva limita, portanto, o exercício de direito subjetivo pelo seu titular, impondo a ele comportamento coerente e consistente com conduta anterior, isto é, veda a adoção de comportamento contraditório, protegendo, assim, a confiança despertada no outro. Dessa função limitadora de direitos individuais, surge a Teoria dos Atos Próprios, que dá origem à *surrectio*, que, com fundamento na tutela da confiança, sanciona como inadmissível

²³ A boa fé objetiva pode suscitar a ampliação ou a restrição do objeto da prestação: “Como se vê, a boa-fé poderá ampliar ou restringir o conteúdo do contrato”. (CASTRO NEVES, José Roberto de. *Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. Revista Forense, vol. 351, jul./set. 2000, p. 174)

²⁴ CAVALIERI FILHO. *Programa de Responsabilidade Civil*. Op. cit. p. 179.

²⁵ Nesse sentido, vale transcrever o enunciado nº. 362, aprovado pela IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 422: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

²⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa de Consumidor – O novo regime das relações contratuais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 107.

toda pretensão objetivamente contraditória, pertinente a uma conduta anteriormente manifestada.

A *surrectio*, portanto, deriva dessa proibição e impede a supressão imotivada de uma vantagem que tenha sido concedida por período de tempo razoável, ainda que em desconformidade com os estatutos, regulamentos, lei ou contrato social, gerando no beneficiário a confiança de que poderia contar com aquela vantagem. Este instituto busca garantir, com isso, um dever de cuidado com o outro, com as suas expectativas, interesses e condição, consubstanciando-se na tutela da confiança.

O vocábulo confiança²⁷ pode ser definido como a crença na probidade moral de outrem ou, ainda, a certeza de que expectativas serão concretizadas. Inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício desses direitos. Assim, a tutela da confiança tem por objetivo proteger expectativas e interesses legítimos, impondo-se como um dever de não lesar o outro, através da coerência.²⁸

Esta idéia tem desempenhado um papel fundamental na compreensão da boa-fé objetiva, chegando-se ao ponto de já ser a cláusula geral definida como uma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa.²⁹ Demais disso, há quem reconheça que a noção de confiança precede a do próprio princípio da boa-fé objetiva.³⁰

A confiança legítima também tem sido apontada com uma das vertentes do *princípio da segurança jurídica*, mais especificamente a vertente subjetiva, que repousa na proteção à confiança das pessoas, no pertinente aos seus atos e procedimentos, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

²⁷ De acordo com o Dicionário Aurélio, o substantivo feminino confiança significa: 1.Segurança íntima de procedimento. 2.Crédito, fé. 3.Boa fama. 4.Segurança e bom conceito que inspiram as pessoas de probidade, talento, discricção, etc. 5.Esperança firme.6.Pop. Familiaridade (3). 7.Pop. Atrevimento, petulância. 8.Bras. Atos libidinosos; licença. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*, versão 5.11a)

²⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 93 e 95.

²⁹ *Ibid.* p. 93.

³⁰ Nesse sentido, Vera Maria Jacob de Fradera menciona que a doutrina alemã, desde os primórdios da elaboração do *BGB*, colocou em destaque o princípio da confiança, o *Vertrauensgrund*, reputando-o como o segundo pilar do Direito Privado; após a autonomia privada (*Privatautonomie*), o primeiro deles. A boa-fé seria somente um terceiro alicerce. (FRADERA, Vera Maria Jacob de. In: *IV Jornada de Direito Civil – vol. I*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, p. 296).

Confira-se, a respeito do tema, a lição de Odete Medauar³¹:

“A proteção da confiança diz respeito à continuidade das leis, à confiança dos indivíduos na subsistência das normas. Isso não protege os cidadãos de toda alteração legal, pois cada situação terá a peculiaridade para detectar, ou não, a confiança suscitada. Apresenta-se mais ampla do que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir;”.

Embora tratando da Teoria da Aparência, Arnaldo Rizzardo comenta que as relações sociais “*se baseiam na confiança legítima das pessoas e na regularidade do direito de cada um. A todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade violarem esta obrigação, deverão suportar as conseqüências de sua atitude*”³². No momento em que essa confiança é quebrada, há não apenas frustração para a parte prejudicada; frustra-se o próprio negócio enquanto instrumento para obtenção de vantagens recíprocas, especialmente, porque deixa de existir o equilíbrio que é inerente ao sinalagma. Por tal motivo, é necessário que a parte prejudicada seja compensada ou pelo surgimento de um dever de indenizar ou pela isenção de um dever que, originalmente, estaria obrigada a cumprir.

Desse modo, surge uma limitação à liberdade contratual, em que a autonomia privada perde um pouco de seu significado jurídico, para se privilegiar a lealdade, a confiança e a boa-fé – tudo em detrimento daquele interesse individual e de características individualistas presente no comportamento contraditório.³³ Neste contexto, ganha destaque uma visão mais coletivista, caracterizada pela importância do outro e pela forma como os atos praticados afetam as partes.³⁴

³¹ MEDAUAR, Odete. *Segurança Jurídica e Confiança Legítima*. In: Fundamentos do Estado de Direito – Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 117/118.

³² RIZZARDO, Arnaldo. *Teoria da aparência*. Porto Alegre: AJURIS, n. 24, mar. 1982. p. 222.

³³ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Op. cit. p. 94.

³⁴ Sobre essa nova visão da solidariedade social, Anderson Schreiber ensina que: “*Passa-se da obsessão pelo sujeito e pela sua vontade individual, como fonte primordial das obrigações, para uma visão que, solidária, se faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centros de interesses, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do sujeito que os praticou*”. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 94)

Com essa nova visão sobre o direito negocial, Carlyle Popp identifica a existência de um novo princípio, o da justiça contratual³⁵, que decorre da necessidade de equidade³⁶ contratual, ou seja, de equivalência das obrigações assumidas, sendo, portanto, uma modalidade de justiça comutativa. Se a justiça comum é simbolizada por uma balança com pesos equilibrados, a justiça contratual, para o autor, traduz precisamente a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual.³⁷

Observa-se que, ainda que a origem do fundamento da tutela da confiança não seja algo equânime na doutrina, uma vez que uns buscam um fundamento constitucional, com base na solidariedade social, outros um fundamento na boa-fé objetiva ou no princípio da segurança jurídica, a consequência, em todas as vertentes, será indubitavelmente a mesma, qual seja, a proteção das justas expectativas geradas do indivíduo.

Assim, a tutela da confiança, tratando-se de fundamento para a *surrectio*, visa proteger o sujeito que, de boa-fé e justificadamente, confiou no comportamento inicial reiterado pela outra parte, em desacordo com a lei ou do contrato.

2.2 A Teoria dos Atos Próprios: o conceito de *venire contra factum proprium* e a *surrectio* como sua subespécie

A Teoria dos Atos Próprios constitui um preceito de Direito decorrente do princípio geral da boa-fé objetiva, que se notabilizou pela tutela da relação de confiança advinda de comportamentos propensos a despertar legítimas expectativas. O cerne dessa teoria reside, pois, na proibição de comportamentos contraditórios em face de manifestações de vontade anteriores.

³⁵ Seguindo essa linha, seriam princípios do direito contratual moderno a boa-fé, a autonomia privada e a justiça contratual.

³⁶ A equidade foi inserida no Código Civil de 2002 juntamente com outros princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, tornando o Código um sistema aberto e que contribui para a flexibilização do pensamento sistemático no campo do Direito Privado. Em virtude de suas funções interpretativa e corretiva, a equidade permite maior autonomia ao intérprete e aumenta o poder criador do juiz em face do caso concreto que se lhe apresenta. Permite, ainda, a revogação do art. 127 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz somente decidirá por equidade nos casos permitidos em lei. Diz-se que a equidade seria a justiça do caso concreto. (NETO, Francisco dos Santos Amaral. *A EQUIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO*. R. CEJ, Brasília, nº 25, p. 17, abr./jun. 2004).

³⁷ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Op. cit. p. 95.

O Professor Regis Fichtner Pereira, em sua obra “*A responsabilidade Civil Pré-contratual*”, salienta o seguinte:

“A teoria dos atos próprios parte do princípio de que, se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, não é admissível que em momento posterior aja em total contradição com a sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se de exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral da boa-fé”³⁸.

O instituto da *surrectio* ou *Erwirkung* está dentro da espécie *venire contra factum proprium*, que deu origem à Teoria dos Atos Próprios e que possui também outras subespécies, como o *tu quoque* e a *supressio*, entre outros.

O adágio *nemo potest venire contra factum proprium* significa que ninguém pode se opor a fato que ele próprio deu causa, consistindo, portanto, numa proibição de que a conduta da parte entre em contradição com um comportamento anteriormente adotado por ela, consubstanciando-se “*numa vedação genérica à deslealdade*”³⁹.

Esta definição, uma vez tomada isoladamente, pode induzir à uma conclusão precipitada de que o *venire* veda apenas a conduta contraditória e a incoerência. Na verdade, o *venire contra factum proprium* protege, antes de qualquer coisa, a legítima confiança do indivíduo.

Como ensina Menezes Cordeiro, a prática costumeira nas relações jurídicas “*ora faz desaparecer um direito que não correspondia à efetividade social – é a supressio – ora faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efetividade social, era tido como presente – é a surrectio*”⁴⁰.

A *surrectio*, dessa forma, aponta para o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento reiterado.⁴¹ Opera-se quando o exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do

³⁸ PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade Civil Pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 84.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional*. Op. cit. p. 462.

⁴⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Op. cit. p. 816.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo CC Brasileiro*, Op. cit. p. 218.

convencionado ou do ordenamento implica nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se tal situação para o futuro.⁴² Isto se explica, pois, com base no princípio da confiança, a parte organizou todas as suas atividades não esperando ser demandada com base naquela situação, tendo justo motivo para neste sentido pensar.

O que esse instituto tenta prevenir é que o agente, ao adotar certas condutas, crie na outra parte, tanto expectativas a serem alcançadas, quanto a confiança de que essas expectativas se concretizarão, e venha a frustrá-las posteriormente, por meio de um comportamento contraditório. Não se tutela a manutenção da conduta anteriormente adotada, mas sim a confiança depositada pela outra parte de que o comportamento inicial seria sustentado.⁴³ Neste passo, se não houver quebra da confiança alheia não há que se falar em proibição do comportamento contraditório.

Nesse sentido, destaca-se o ensinamento do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *verbis*:

“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 futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ao contrário do previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte. (...) O credor que concordou, durante a execução do contrato de prestações periódicas, com o pagamento em lugar ou tempo diverso do convencionado, não pode surpreender o devedor com a exigência literal do contrato”⁴⁴.

O direito brasileiro⁴⁵ não positiva o instituto da *surrectio* como princípio geral, mas o consagra indiretamente no artigo 330 do Código Civil ao prever que “*o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao*

⁴² ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 138-139.

⁴³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 96.

⁴⁴ JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar; “*Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução*”. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 254-255.

⁴⁵ Menezes Cordeiro na op. cit. p. 742-743, abordam como o *Venire* é tratado nos outros ordenamentos: “No Direito Romano, na havia um 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 factum proprium nulli conceditur*, embora nem sempre a aplicassem. Já o Direito inglês, apesar da diversidade que aparenta em relação aos Direitos continentais, consagrou, através do *estoppel*, a proibição de contrariar o comportamento anterior e que tem larga aplicação. No Direito alemão, por fim, Riezler começou por deixar bem 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. O BGB não soluciona o problema com generalidade, embora se possam apontar preceitos que vedam comportamentos contraditórios.”

previsto no contrato”. Além disso, o ordenamento apresenta uma gama de dispositivos que proíbem o comportamento contraditório em hipóteses específicas e, para os demais casos, deve se ter a boa-fé objetiva como seu fundamento normativo. É possível encontrar, também, no ordenamento jurídico diversos casos que prevêm expressamente o contra-senso.⁴⁶

Desse modo, as condutas contraditórias não são coibidas indiscriminadamente. O comportamento posterior deve ser analisado de acordo com o caso concreto e interpretado à luz da lei, dos bons costumes e da boa-fé objetiva⁴⁷, tendo-se em mente que o referido comportamento deve ser proibido tão somente quando romper a legítima confiança alheia, havendo, portanto, alguns requisitos essenciais para a sua aplicação conforme se verá a seguir.

A Teoria dos Atos Próprios, portanto, não ressurgir por expressão de um capricho voltado à excessiva coerência ou à razão estrita. Em verdade, o dinamismo característico das sociedades de massas, cujos meios de comunicação estimula as invenções tecnológicas dos meios digitais de perpetuação da informação, apregoa uma invariável concepção de que o bem-estar reside nas mudanças de atitude, naquilo que é novo, desconhecido.⁴⁸

Diante deste panorama, a compreensão de uma moderna, adequada e eficaz proibição do comportamento contraditório perpassa pela tentativa de frear a excessiva manifestação de posicionamentos incoerentes que acarretem prejuízo a outrem, sem, contudo, implicar um desmedido limite ao exercício de direitos subjetivos, revigorando a idéia de relações jurídicas pautadas na confiança, lealdade e satisfação das expectativas alheias.

⁴⁶ O próprio Código Civil já prevê hipóteses em que o comportamento contraditório é permitido, inexistindo, portanto, a produção do estado de confiança, face à sua evidente previsibilidade. Esse é o caso da revogação de testamento (art. 1.969), da substituição do beneficiário em seguro de vida (art. 791), do direito de arrependimento previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 49 da lei 8.078/1990), entre outros.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. Op. cit. p.110.

⁴⁸ SOMBRA, Thiago. In: *IV Jornada de Direito Civil* – vol. I. Op. cit., p. 307.

3. O INSTITUTO DA *SURRECTIO*

3.1 Conceito e histórico

Como já conceituado anteriormente, a *surrectio* se caracteriza pelo surgimento de um direito por força de um comportamento constante em desacordo com o estipulado, qualificado pelo decurso do tempo, e que despertou a legítima expectativa de que esta conduta seria mantida. Para se ter uma ilustração prática desse instituto, convém mencionar o caso concreto ocorrido entre a uma indústria produtora de gás natural e uma empresa distribuidora deste produto, em um determinado Estado, em que há um contrato de compra e venda de gás natural entre as partes, prevendo determinada quantidade no fornecimento/recebimento, não podendo variar, sob pena de cobrança de multa. Durante a vigência do contrato, a produtora estimulou toda a população do Estado em que a empresa distribuidora atua, a converter o combustível de seus veículos para o Gás Natural Veicular (GNV), além de incentivar as grandes indústrias do mesmo local a substituírem suas matrizes energéticas igualmente para o gás natural.

A conseqüência lógica dessa iniciativa da produtora – que incentivou o consumo do referido produto – foi o aumento da retirada de gás natural pela distribuidora, em quantidades bem superiores à contratada, o que ocorreu durante um período superior a 4 (quatro) anos, sem que houvesse a cobrança de qualquer penalidade, gerando a expectativa para a distribuidora, no sentido de que poderia contar com essa nova quantidade, uma vez que, a própria produtora estimulou a majoração do consumo da população e indústrias.

Em outras palavras, produtora e distribuidora concorreram, no mesmo sentido, para o aumento do consumo de gás natural, sem restrição, de modo a fazer crer a alteração das circunstâncias de fato, no que se refere aos limites então previamente estabelecidos, sem que pudessem incorrer, qualquer das partes, nas penalidades contratuais.

Ocorre que, após esse longo lapso temporal, a produtora resolveu reduzir o fornecimento para adequá-lo à quantidade contratualmente prevista sob o argumento de que só estaria obrigada a fornecer os valores inicialmente pactuados.

No entanto, se a própria produtora criou, através de diversos indícios, no caso também de estímulos, a justa expectativa da distribuidora de que a nova quantidade seria mantida, não

pode, sem justificativas, mudar contraditoriamente de posição e lhe negar o fornecimento, pois, em virtude da *surrectio*, a distribuidora poderá exigir a manutenção da quantidade fornecida de forma reiterada.

Em casos como este a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em reconhecer que a confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento repetido ao longo do tempo faz nascer um novo direito, em virtude do fenômeno da *surrectio*.

A surreição – traduzindo o vocábulo para o idioma nacional – consistiria no surgimento de uma posição jurídica pelo comportamento material nela contido, sem a correlata titularidade. Como efeito deste comportamento, haveria, por força da necessidade de manter um equilíbrio nas relações sociais, o surgimento de uma pretensão.⁴⁹

A fonte da *surrectio* no direito brasileiro está no artigo 330 do Código Civil, que tem como fundamento o princípio da segurança jurídica, baseado nos valores da confiança legítima e da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

A doutrina considera que “a *surrectio* é a outra face da *supressio*, pois consiste no nascimento de um direito, sendo nova fonte de direito subjetivo, conseqüente à continuada prática de certos atos”⁵⁰. Por isso, para se falar da origem e conceito da *surrectio* se faz necessário tecer os mesmos comentários sobre o instituto da *supressio*.

O não exercício de um direito durante um determinado tempo pode gerar a outrem a impressão de que o titular desse direito abdicou dele ou, em alguns casos, o exercício retardado da pretensão pode gerar para o devedor uma situação danosa. É o que ocorre, por exemplo, com dívidas que tenham reajuste monetário acima dos índices normais de correção. Quanto maior for o lapso temporal entre a data em que a dívida se tornou exigível e o exercício da pretensão por parte do credor, maior será o prejuízo para o devedor. Logo, pode ser interessante ao credor deixar passar o maior tempo possível para cobrança da dívida.

A *supressio* ou *Verwirkung* ocorre quando existe uma demora desleal no exercício de um direito, ou seja, quando o titular de um direito subjetivo deixa de exercê-lo, durante certo lapso de tempo, criando para a outra parte uma confiança razoável de que aquele direito não

⁴⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. *FIGURAS PARCELARES DA BOA-FÉ OBJETIVA E VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*, Revista de Direito Privado nº 27. São Paulo: Revista dos Tribunais Ano 7, julho-setembro de 2006.

⁵⁰ JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Op. cit. p. 254.

seria mais exercido.⁵¹ Dessa forma, suprime a possibilidade de exercício de tal direito por parte de seu titular, porque estaria sendo ferido o princípio da boa-fé e a confiança.

No exemplo acima citado, não se poderia, com base nesse instituto, impedir o credor de cobrar a dívida. Pode-se, porém, limitar o seu ganho em função da demora no exercício do direito, a qual resultou em um aumento indevido da responsabilidade pecuniária do devedor. Suprime-se o direito da parte que agiu contra o princípio da confiança, ainda que não se trate de ato ilícito, podendo, inclusive, ter acento contratual.

A *surrectio* ou *Erwirkung* por sua vez, corresponde à mesma situação encarada pelo prisma inverso, aonde ocorre a criação de um direito decorrente do decurso do tempo. Neste caso, segundo Menezes Cordeiro, a *surrectio* é “o instituto que faz surgir um direito que não existe juridicamente, mas que tem existência na efetividade social”⁵². É o nascimento de um direito pela prática continuada de determinados atos. Esse direito surge para beneficiar aqueles que depositaram confiança na continuidade de tal procedimento.

Os autores afirmam que *supressio* e *surrectio* são dois lados da mesma moeda, pois uma vez que uma das partes vê-se impedida de exercer uma determinada pretensão, surge para o outro um direito subjetivo. Menezes Cordeiro chega a afirmar que a *supressio* é uma visão ao contrário do verdadeiro fenômeno jurídico, a *surrectio*.⁵³ Seria o surgimento de um direito subjetivo o verdadeiro obstáculo ao exercício de uma pretensão em sentido oposto.

Ambos os institutos consagram formas de perda e aquisição de um direito pelo decurso do tempo e têm origem jurisprudencial no direito alemão. Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a instabilidade da moeda alemã ocasionou uma terrível inflação dos preços. Neste contexto, conforme os credores demoravam a pleitear a correção monetária das quantias devidas, estas se multiplicavam, chegando a valores absurdos. Desse modo, com as conturbações sociais e econômicas, especialmente com o fenômeno inflacionário, que a *supressio* e a *surrectio* receberam maior atenção dos juristas.

Por um lado, a correção dos valores originais de contratos e dívidas, em geral, garantia a manutenção do real valor do negócio, no interesse do credor. Por outro, essa mesma

⁵¹ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil*. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 838, Ago/2005, p.35.

⁵² CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Op.cit. p. 806.

⁵³ Ibid. p. 824.

correção poderia causar um desequilíbrio na relação contratual sob certas condições, como no exemplo acima referido.

Essa concepção de estabilidade entre as partes e o efeito do fator “tempo” nesse equilíbrio foram as principais preocupações dos juízes alemães. A demora no exercício de um direito que venha causar desequilíbrio em prejuízo da outra parte torna-se uma ofensa à lealdade e à confiança que deve existir entre os contratantes. Justifica-se, portanto, a intervenção do juiz para restabelecer o equilíbrio da relação.

Assim, visando reprimir tal prática desleal dos credores durante a 1ª Guerra Mundial, que fingiam terem abandonado seus créditos, utilizando-se do decurso do tempo, tão-somente para aumentarem as quantias devidas, os Tribunais alemães construíram na jurisprudência as figuras da *Verwirkung* e *Erwirkung*.

3.2 PRESSUPOSTOS DA *SURRECTIO*

3.2.1 Introdução

Inicialmente, convém esclarecer que não há no ordenamento jurídico, qualquer regra que possa ser apontada como uma proibição geral de comportamentos contraditórios entre si, por isso, não é possível a análise minuciosa de um dispositivo legal específico a partir do qual possam ser extraídos os pressupostos da *surrectio*.

Saliente-se, ainda, que pelo fato da *surrectio* ser uma subespécie do *venire contra factum proprium* muitos dos seus requisitos são aplicados àquele, com as suas devidas especificidades e adaptações, pois ambos os institutos vedam o comportamento contraditório e objetivam a tutela da confiança, coibindo condutas que infrinjam algum dos deveres colaterais que da boa-fé decorrem.

Os institutos que vedam as condutas incoerentes não devem ser aplicados toda vez que uma conduta contraria um comportamento anteriormente adotado. É necessária a existência de requisitos que delimitem e possibilitem a aplicação correta da *surrectio*, a fim de evitar a sua aplicação genérica, ocasionando seu esvaziamento.

É importante ter em mente que, na proibição ao comportamento contraditório, o interesse tutelado não é a preservação da conduta, mas sim, a confiança entre as partes. Dessa forma, os pressupostos para a incidência do *venire*, que se aplicam, em sua grande parte, à *surrectio*, devem perseguir à finalidade máxima do instituto que é a tutela da confiança.

À luz destas considerações, pode-se indicar seis pressupostos para a ocorrência da *surrectio*: (I) a conduta inicial comissiva e reiterada; (II) a legítima confiança justificada pelo decurso do tempo; (III) a modificação da relação jurídica; (IV) um comportamento contraditório que, em um segundo momento, irá frustrar as expectativas da contraparte, pois estará em desencontro com a conduta inicialmente adotada; (V) o dano causado, pois a segunda conduta deve piorar a situação do sujeito; e por fim, (VI) a identidade dos sujeitos.⁵⁴

⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 132.

3.2.2 O *factum proprium* comissivo – conduta inicial reiterada

O *factum proprium* pode ser definido como a conduta inicial ou o comportamento adotado pela parte que, em um momento posterior, será por ela contrariado. Na *surrectio* esta conduta inicial é marcada pelo exercício continuado de uma situação jurídica em desacordo com o convencionado ou do ordenamento que, baseada na confiança legitimamente despertada na contraparte, implica nova fonte de direito subjetivo.

Este *factum proprium* deve ser uma conduta comissiva, diferente do que ocorre com a *supressio*, em que há um *factum proprium* omissivo cujo objetivo é sancionar a inércia do titular do direito não exercido, igualmente destinando-se a proteger a legítima confiança despertada em terceiros.⁵⁵

Na realidade, esta conduta inicial consiste num conjunto formado pela conduta comissiva e mais o lapso temporal, pois é apenas a partir de tal união – e não de um momento único – que poderá surgir na contraparte a confiança, a expectativa de que o direito teria surgido. O *factum proprium*, portanto, não se apresenta como um quadro instantâneo, como se fosse uma fotografia, mas sim, como uma sucessão de quadros, sendo mais adequada a comparação com um filme.⁵⁶

Tal comportamento teria caráter vinculante para alguns autores, ao argumento de que a conduta deve ser ao mesmo tempo ser juridicamente relevante e eficaz. Outros rejeitam esta expressão e argumento, sustentando exatamente o oposto ao afirmar que o *factum proprium* seria uma conduta não vinculante e que não necessita de ser juridicamente eficaz.

Judith Martins-Costa enfatiza que a vinculação e a relevância jurídica são fundamentais para a incidência do *nemo postest venire contra factum proprium*. Desse modo, afirma que o comportamento inicial deve despertar a confiança da outra parte, fazendo-a acreditar na manutenção do *factum proprium*.⁵⁷

Já Menezes Cordeiro e Anderson Schreiber se opõem a este entendimento. Ambos afirmam que o *factum proprium* é, por definição, um ato jurídico não-vinculante. Torna-se vinculante apenas porque e na medida em que desperta a confiança alheia atrai a incidência do princípio de proibição de comportamento contraditório e impõe ao seu praticante a

⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 191.

⁵⁶ JÚNIOR, Aldemiro Rezende Dantas. *Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 395.

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A ilicitude Derivada do Exercício Contraditório de um direito*. Op. cit. p. 122.

conservação do seu sentido objetivo. Isto é, se o comportamento inicial fosse tratado como conduta jurídica vinculante, já estaria positivado, sendo preciso somente que se recorresse à legislação específica nos casos em que se fizesse necessário.

Menezes Cordeiro ensina que:

“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”^{58 59}.

O entendimento desta parte da doutrina é que *factum proprium* só passaria a ser considerado vinculante, a partir do momento em que, despertando a confiança de outrem, atrai a incidência da proibição do comportamento contraditório.

Tendo-se em mente que se está diante de um instituto que veda o exercício de posições jurídicas contraditórias a fim de proteger a tutela da confiança, parece que este entendimento está mais adequado. Pois, como já dito anteriormente, se o comportamento inicial fosse tratado como conduta jurídica vinculante, já estaria positivado, não sendo preciso que se recorra à proteção da relação de confiança, pois já estaria configurado o ilícito.

Em suma, o que se exige do *factum proprium* não é que seja uma conduta vinculante ou juridicamente relevante, mas que seja capaz de repercutir na esfera alheia, gerando legítima confiança.

3.2.3 A confiança justificada pelo decurso do tempo

Para que seja verificada a *surrectio* no caso concreto, é necessário que haja uma confiança justificada pelo decurso do tempo no qual o comportamento reiterado das partes torne a relação estabilizada, permitindo, assim, que surja o direito.

⁵⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Op.cit. p. 746.

⁵⁹ No mesmo sentido, Anderson Schreiber, *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 134.

Como já salientado no segundo capítulo a boa-fé, a tutela da confiança e a segurança jurídica são os pilares para a proibição do comportamento contraditório e, conseqüentemente, para a *surrectio*. A confiança é o ponto de convergência entre todos esses pontos.

A confiança no instituto em comento deve ser justificada, tendo que ser fundamentada em certa conduta. O comportamento inicial deve criar tamanha expectativa na outra parte que dê origem a um estado de “confiança nas expectativas”. Assim, se determinada conduta de uma parte foi tolerada pela outra e restou evidente a intenção desta em não impedir o exercício deste novo comportamento, pode se dizer que em função da tutela da confiança ocorreu a *surrectio*.

A crença que se exige aí não é um estado psicológico, daquele sobre quem repercute o *factum proprium*. Será uma confiança apurada segundo os critérios de razoabilidade, que seja inculcada em qualquer indivíduo que estivesse naquela situação. Somente a partir da análise do caso concreto que será possível evidenciar a existência da confiança no comportamento.

A parte que confia precisa demonstrar, através de certas atitudes, que aderiu ao comportamento inicial manifestado pela outra parte. Com efeito, a partir da análise de casos concretos, pode-se indicar como indícios gerais, por exemplo, a efetivação de gastos e despesas (tempo e dinheiro) aderindo ao comportamento inicial. Entretanto, há diversos outros modos de se evidenciar esta adesão ao *factum proprium*.⁶⁰

É necessário também que essa confiança justificada tenha se formado pelo lapso temporal durante o qual se atua uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjetivo que vai surgir. Nesse sentido, a confiança deve se originar do exercício qualificado pelo decurso do tempo de uma situação jurídica que implicará nova fonte de direito subjetivo.

A imprevisibilidade da mudança de comportamento também constitui indício relevante para a verificação da confiança, uma vez que, se o sujeito tinha o conhecimento de que o comportamento primitivo poderia ser modificado – fosse pela outra parte ou autorizado

⁶⁰ Há na doutrina uma divergência sobre necessidade de aspectos objetivos e subjetivos para a comprovação da confiança investida. Menezes Cordeiro entende que o aspecto subjetivo é essencial para a configuração da confiança (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. Da Boa-fé no Direito Civil. Op.cit. p. 759). Anderson Schreiber entende, no entanto, que a confiança deve ser analisada em cada caso concreto, acreditando que os elementos objetivos bastam para a configuração da confiança. Elenca, para tanto, exemplos de indícios gerais não-cumulativos: (a) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*; (b) divulgação pública das expectativas depositadas; (c) adoção de medidas abstenção de certos atos fundamentados na conduta inicial; (d) o grau elevado de sua repercussão exterior; (e) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 141)

por lei – não há qualquer razão para se invocar a confiança.⁶¹ Isso porque, não se pode confiar naquilo que é sujeito a mudanças, ou no mínimo, suscetível a esta instabilidade.

Exclui-se, também, em regra, a legitimidade da confiança diante de comprovada má-fé por parte daquele que invoca a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório.⁶²

A partir da observância destes indícios torna-se mais fácil comprovar a confiança depositada pela parte que aderiu ao comportamento inicial. É relevante destacar ainda, que não é imprescindível que estas declarações sejam externas, a análise deve ser feita com base no caso concreto e levando-se em consideração todos os fatos envolvidos.

Por óbvio, a doutrina é uniforme ao entender que o comportamento contraditório ocorre lógica e posteriormente à conduta inicial. Entretanto, como se viu acima, o decurso do tempo entre o *factum proprium* e o comportamento contraditório não pode ser quantificado, pois dependerá da análise dos indícios das justas expectativas geradas pela conduta inicial.

A questão que dá margem a controvérsias é saber se comportamentos simultâneos e contraditórios podem ou não gerar uma confiança legitimada e, conseqüentemente, a aplicação da *surrectio*.

Quando da análise do instituto do *venire contra factum proprium*, grande parte da doutrina concluiu não ser viável a proibição do comportamento contraditório nestes casos, uma vez que a adoção de posturas contrárias entre si, em um mesmo momento, não seria capaz de gerar para alguém justas expectativas e tampouco a confiança legítima.⁶³

Anderson Schreiber diverge deste posicionamento, pois entende que o momento no qual se cria a confiança não é a prática da conduta, mas sim a produção dos efeitos desta na esfera alheia. Para o autor, é possível que um comportamento contraditório ocorra simultaneamente com a conduta inicial, desde que a prática desta e a sua repercussão para a parte confiante tenha ocorrido em momentos distintos.⁶⁴

⁶¹ Ver nota 46.

⁶² SCHREIBER, Anderson. Op. cit. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. 144

⁶³ Nesse sentido, Alejandro Borda observa que: “este desarrollo no puede darse en las conductas simultáneas debido a que ambas deben ser valoradas coetáneamente y se notará con facilidad la contradicción existente, por lo que no podrá alegarse creencia o confianza alguna.” (BORDA, Alejandro. *La teoria de los actos propios*, p. 73 apud SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 150).

⁶⁴ O autor cita como exemplo, caso em que a Administração Pública, ao mesmo tempo em que inicia processo de licitação para a alienação de um terreno, propõe ação declaratória de nulidade deste processo. Os dois

Parece que este entendimento não se encaixa perfeitamente à *surrectio*, na medida em que é difícil imaginar uma hipótese prática em que comportamentos simultâneos sejam capazes de gerar tamanha confiança ao ponto de se crer que o primeiro comportamento não poderia mais ser contrariado. Demais disso, para que haja a *surrectio* é necessário que a conduta praticada ao arrepio da lei ou do contrato seja reitarada. Caso contrário, estar-se-á diante da hipótese geral de *venire* e não de *Erwirkung*.

Dessa forma, a *surrectio* se presta a proteger o sujeito que, de boa-fé, foi induzindo pelo comportamento da outra parte a confiar na imutabilidade desta conduta.

Como já salientado, no entanto, não basta o estado de confiança. Torna-se imperioso que esta seja legítima, no sentido de que deve derivar razoavelmente do comportamento primitivo. Por isso, se houver uma ressalva expressa de possibilidade de contradição por quem pratica o comportamento exclui, em tese, a legitimidade da confiança.

3.2.4 Modificação da Relação Jurídica

Além dos pressupostos citados, será necessário também que, a partir do *factum proprium* comissivo e da confiança justificada pelo decurso do tempo, haja o modificação da relação jurídica previamente existente com a aquisição de um direito subjetivo derivado da cristalização de uma situação de repetida violação contratual ou legal, de modo que se presuma uma nova conformação jurídica dada às circunstâncias objetivas.

Assim, a consolidação de uma confiança razoável, através da tutela da expectativa legítima, a ser definida no caso concreto e de forma objetiva, vai coibir a conduta contraditória, permitindo-se a manutenção da nova situação jurídica.

Menezes Cordeiro, ao dissertar sobre os requisitos da *surrectio*, dispôs que é necessário:

“Certo lapso de tempo, por excelência variável, durante o qual se actua uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjectivo que vai surgir; **requer-se uma conjunção objectiva de factores que concitem, em nome do Direito, a constituição do novo direito; impõe-se a ausência de**

comportamentos são simultâneos e contraditórios entre si, porém, geram a incidência do *venire contra factum proprium*, uma vez que o particular que tomou conhecimento do procedimento licitatório, só foi informado da propositura da ação judicial posteriormente, já tendo, inclusive, realizado a transferência do terreno. (Ibid. p. 151).

previsões negativas que impeçam a *surrectio*. Mais preciso, CANARIS aponta: a presença de uma previsão de confiança, a imputação da situação de criar - uma vez que a *surrectio* de um direito vai sempre atingir as situações pré-existentes - ao prejudicado, a título de culpa ou de risco, a boa-fé subjectiva do beneficiário, no sentido de este ter, pelo menos como provável, a regularidade da situação fáctica subjacente e ausência de quaisquer outras soluções impostas pelo Direito, como sejam obrigações de indenizar ou de restituir enriquecimentos"⁶⁵. (grifou-se)

Observa-se, portanto, que a partir do *factum proprium* já existirá uma modificação da relação jurídica que, se reiterada e despertar a confiança da outra parte de que esta conduta não será contrariada, será perfectibilizada pela ocorrência da *surrectio*.

A modificação da relação jurídica derivada do comportamento primitivo, portanto, é requisito intrínseco à *surrectio*, sendo um dos pontos de mais relevância para distinção dos demais institutos oriundos do *venire contra factum proprium*, na medida em que fará surgir um direito.

Apenas a título exemplificativo, enquanto que na *surrectio* é necessário o surgimento de uma nova situação jurídica pela aquisição de um direito que será tutelado, na *supressio*, ocorre o inverso. Há uma demora desleal no exercício de um direito, ou seja, quando o titular de um direito subjetivo deixa de exercê-lo, durante certo lapso de tempo, criando para a outra parte uma confiança de que aquele direito não seria mais exercitável.

Neste caso, a tutela da confiança estaria voltada para impedir o exercício de um direito que, pelo decurso do tempo, confiou-se que não seria mais exercido, ocorrendo-se, assim, sua supressão.

3.2.5 O Comportamento Contraditório

O quarto pressuposto para a incidência da *surrectio* trata do comportamento contraditório, requisito advindo do princípio do *venire contra factum proprium*. Este comportamento nada mais é do que uma conduta posterior que contrarie a posição inicialmente adotada.

⁶⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Op.cit. p. 821-822.

Não se exige a intenção de contrariar, basta que a conduta inicial seja atacada, objetivamente, pelo outro sujeito que havia tolerado a conduta primitiva por um certo lapso de tempo.⁶⁶

No *nemo potest venire contra factum proprium* basta que a parte, amparada por uma confiança justificada, seja surpreendida pela mudança repentina da conduta inicial para que se configure o comportamento contraditório. Nesta hipótese, abandona-se a investigação dos motivos que levaram o sujeito a adotar a postura contraditória, sendo dispensável para tanto, que este tenha atuado de má-fé, com dolo ou culpa, levando-se em consideração, tão-somente, o comportamento contraditório em si e a confiança despertada no outro.⁶⁷ Na *surrectio* não é diferente.

O grande atrativo de ambos os institutos é justamente o seu caráter objetivo e não-negocial. A proibição de comportamento contraditório independe da vontade de quem pratica a conduta incoerente, bastando, para sua incidência, a objetiva contradição em violação às expectativas legitimamente derivadas da conduta inicial. Busca-se proteger a confiança e as justas expectativas exatamente naquelas situações marginais que não chegam a constituir, na técnica jurídica, uma declaração de vontade, um ato juridicamente vinculante.⁶⁸

Judith Martins-Costa coaduna com este entendimento, afirmando que:

“A inadmissibilidade do *venire* é produzida objetivamente, prescindindo do grau de consciência ou conhecimento que tenha tido o agente ao atuar, pois a proteção é a quem confiou, fundadamente, na primeira conduta, caracterizadora do *factum proprium*. Como observa Ana I. Piaggi, ‘*lo decisivo es la desarmonia objetiva con el standard de conducta concretado*’. Uma tal desarmonia pode decorrer de palavras, atos, gestos, omissões, silêncios ou de quaisquer formas de comportamentos concludentes, bastando que tenham valor de declaração”⁶⁹

O que se verifica na prática é o seguinte: a primeira conduta, embora sem conter uma vinculação, transmite indícios claros de que o sujeito irá cumprir um não fazer, ou seja, irá tolerar uma certa situação, a qual não estaria obrigado a tolerar. Entretanto, posteriormente,

⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. 144.

⁶⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Op.cit. p. 761.

⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. Op. cit. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. 171-172.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. Op. cit. p. 120.

vem a atacar a situação que deveria tolerar, pelo fato dela já ter criado na contraparte a legítima expectativa de que tal direito não seria exercido.⁷⁰

Muitos doutrinadores, neste ponto, enfatizam que esta contradição ao *factum proprium* é aparentemente lícita. Isto porque, se a contradição à conduta inicial se dá por meio de um ato considerado pelo ordenamento jurídico como ilícito, as sanções a este ato decorrerão de disposições específicas do próprio ordenamento, não havendo necessidade de se buscar eventual proteção à confiança através dos institutos que vedam o comportamento contraditório.⁷¹

Nesse sentido, para eles, o comportamento contraditório é um ato isoladamente considerado lícito, uma vez que se fosse originariamente ilícito, seria coibido pelo próprio ordenamento jurídico através das previsões já concretizadas.

Aldemiro Rezende observa que no *venire*, cada um dos comportamentos, quando individualmente considerado, mostra-se válido (ou, pelo menos, aparentemente válido), mesmo porque, se não o fosse, não estaríamos na seara do *venire contra factum proprium*, mas no puro e simples campo da ilegalidade. O que vem a caracterizar a ilicitude, dessa forma, não é o considerar isolado de qualquer dos dois comportamentos, mas a conduta do sujeito considerada de modo global, ou seja, a conduta considerada como o conjunto dos dois comportamentos mencionados.⁷²

A ilicitude surge quando esta conduta aparentemente lícita infringe uma das cláusulas gerais previstas no artigo 187 do Código Civil, que estabelece um ilícito como fonte de obrigações civis, passando a ter um espaço de incidência mais amplo, capaz de abranger não apenas a contrariedade a direito decorrente de culpa imputável a alguém, mas toda e qualquer conduta que possa estar em contradição ao Direito por se sujeitar à necessidade de composição de liberdade humanas na sociedade.⁷³

⁷⁰ JÚNIOR, Aldemiro Rezende Dantas. *Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé*. Op. cit. p. 334.

⁷¹ SCHREIBER, Anderson. Op. cit. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. 145. No mesmo sentido, Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Op. cit. p. 742 e Aldemiro Rezende Dantas Junior, *Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé*. Op. cit. p. 313.

⁷² JÚNIOR, Aldemiro Rezende Dantas. *Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé*. Op. cit. p. 313.

⁷³ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio, *A proteção à intimidade e à vida privada orientada no discurso jurídico: contribuição de leitura ao novo Código Civil*, tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 12.02.2004, no prelo. *Apud* MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”; Op. cit. p. 124.

Trata-se de uma ilicitude derivada dos meios pelos quais é o direito subjetivo exercido, sendo objetiva, porque não perquire a voluntariedade do ato, mas atém-se à desconformidade com a norma legal que estabelece a verificação, no caso concreto, da concordância, ou não, entre o comportamento e certos valores ou finalidades tidos como relevantes pelo ordenamento jurídico, tais como a conduta segundo a boa-fé, a adstrição ao fim econômico-social do negócio jurídico ou a obediência aos bons costumes.⁷⁴

Judith Martins-Costa, em seu texto “*A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*” afirma que essas configurações atuam com balizas, a serem medidas no caso concreto, pois a atenção é dada, na ilicitude de meios, ao momento do exercício do direito subjetivo e aos meios empregados para tal. Portanto, para ela, a categorização do *venire contra factum proprium* como uma conduta ilícita só poderia ser feita no caso concreto, ponderando-se as conseqüências da conduta contraditória na esfera jurídica alheia, tendo em vista as circunstâncias.⁷⁵

Assim, tendo feito uma análise do caso concreto, entende a doutrinadora supra, que, como categoria integrante dos atos ilícitos, o *venire* está apto para, funcionalmente, ser invocado na forma ativa e na defensiva, isto é, como ação para fundar a existência de um direito inclusive o direito à indenização, como exceção substancial da ilicitude, ou como meio de defesa de uma posição ou situação jurídica.

Não há dúvidas acerca da ilicitude da conduta contraditória que viola a boa-fé e os bons costumes, nos termos do artigo 187 do Código Civil, pois é justamente essa a lógica deste novo Código, que abriu espaço para que esses casos de *venire contra factum proprium* sejam sancionados pelo ordenamento através da tutela ressarcitória ou inibitória⁷⁶.

3.2.6 Os Danos Causados (o segundo comportamento deve piorar a situação do sujeito)

É importante observar que a *surrectio* se dará tão-somente quando, entre os dois comportamentos contraditórios, o segundo, em relação ao primeiro, estiver piorando a

⁷⁴ Ibid. p. 124.

⁷⁵ Ibid. p. 124-125.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Específica – arts. 461, CPC, e 84, CDC*, 2ª Ed. Revista, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

situação do outro sujeito, aquele no qual se formou a expectativa acerca de um negócio jurídico.

Reitera-se que a idéia que se encontra subjacente ao instituto em exame e, de modo geral, a todos os institutos decorrentes da boa-fé como norma de conduta, é a proteção de um sujeito que, em virtude de um primeiro comportamento (*factum proprium*) criou-se uma legítima expectativa em relação a um determinado negócio jurídico. Portanto, para se protegê-lo é que não se admite o comportamento contraditório, ou seja, um segundo comportamento que venha a frustrar a expectativa razoavelmente gerada a partir do primeiro.

Se, por acaso, o segundo comportamento, ao se mostrar contraditório com o primeiro, melhora a situação do outro sujeito, ou seja, torna-lhe mais favorável a situação jurídica que era esperada a partir da primeira conduta, é claro que não se terá aí a ocorrência da *surrectio*. Se não fosse assim, o instituto criado para proteger o sujeito estaria sendo invocado para prejudicá-lo, o que à toda evidencia se mostra inaceitável.

Por isso, a existência de um dano⁷⁷ em decorrência do segundo comportamento, torna-se um pressuposto fundamental da *surrectio*.

Sob o enfoque da proibição do comportamento contraditório, o que se busca é proteger a parte confiante de qualquer dano que possa ser causado pela prática de um comportamento contrário à aquele que despertou a sua confiança.

É necessário, portanto, para aplicação da *surrectio*, que a parte que confiou sofra um dano propriamente dito, ou, no mínimo, que este dano possa vir a ocorrer. Isto porque, sem dano, não há o que se falar em prejuízo e, conseqüentemente, em reparação.⁷⁸ Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.⁷⁹

Os danos, potenciais ou efetivos, podem ser demonstrados, por exemplo, pelas despesas efetuadas e outras espécies de danos emergentes ou pelos lucros cessantes. Embora a ruptura da legítima expectativa não possa ser considerada por si só suficiente para causar um

⁷⁷ Dano é, na sua concepção jurídica, “o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em conseqüências da violação destes por fato alheio”. FISCHER, Hans Albrecht Fischer. *Reparação dos danos no direito civil*. São Paulo, 1938. p. 7 *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 715.

⁷⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Op. cit. p. 713.

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Op. cit. p. 95.

dano moral, pode ela dar margens, no caso concreto, à frustração de relevantes expectativas sobre atributos da personalidade humana.⁸⁰

Dessa forma, o princípio da proibição do comportamento contraditório, através da *surrectio*, pode assumir duas funções em relação ao dano (efetivo ou potencial): preventiva ou reparadora – em qualquer uma das funções será necessária a existência do dano para a invocação do instituto.

Com o fim de evitar a ocorrência do comportamento contraditório e, conseqüentemente, de seus prejuízos, a *surrectio* poderá atuar preventivamente. Assumirá, no entanto, função reparadora quando já houver prejuízo causado pelo comportamento contraditório, impondo o desfazimento da conduta posterior ou o ressarcimento pecuniário dos danos conforme o caso.⁸¹

3.2.7 A Identidade dos Sujeitos

Por definição, tanto a *surrectio* como os demais institutos que proíbem os comportamentos contraditórios, estabelecem como pressuposto que, a existência de dois comportamentos capazes de violar pelo menos um dos deveres acessórios que decorrem da boa-fé, seja praticado pelo mesmo sujeito. Por isso, a identidade dos sujeitos envolvidos na situação do comportamento contraditório é considerada como requisito para invocação desta proteção.

Dessa forma, cria-se para uma grande parte da doutrina, uma espécie de “*autovinculação*” do sujeito ao seu comportamento, entendendo-se que esta vinculação deve ocorrer tanto em relação ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo, devendo o comportamento contraditório derivar do mesmo sujeito que praticou a conduta inicial e, ao mesmo tempo, tanto o comportamento contraditório, quanto a conduta inicial, devem se dirigir ao mesmo sujeito.

Entretanto, Anderson Schreiber, utilizando-se de exemplos do cotidiano, entende ser esta uma visão restrita. O autor repele de início, a expressão “*identidade de sujeitos*” afirmando que quando a doutrina tradicional identifica a noção de subjetividade com a de

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 154.

⁸¹ *Ibid.* p. 153.

personalidade jurídica, aceitando como sujeito apenas as pessoas físicas e jurídicas, restringir-se-á o campo de atuação do *venire* e, conseqüentemente, da *surrectio* a comportamentos adotados apenas por estas pessoas.⁸²

Prefere o autor utilizar a expressão *centro de interesses* – que engloba entes desprovidos de personalidade, como por exemplo, espólio ou uma sociedade de fato –, pois entende que não parece ser tão relevante que o sujeito formal das condutas seja exatamente o mesmo, mas que emanem os comportamentos do mesmo centro de interesses, discordando, assim, da teoria da perfeita identidade de sujeitos.

A fim de embasar este entendimento, cita o autor um exemplo em que dois devedores solidários praticam a conduta inicial e apenas um deles pratica o comportamento contraditório frustrando a legítima confiança a que deram causa.

No tocante à identidade do sujeito passivo, o autor não acredita que a conduta inicial e o comportamento contraditório tenham impreterivelmente que se dirigir a mesma pessoa, bastando que repercuta, de alguma maneira, sobre aquele que postula a aplicação do princípio.⁸³

Ao seguir este entendimento, ampliar-se-á o campo de atuação dos institutos que proíbem o comportamento contraditório, pois deixaria de se exigir a perfeita identidade dos sujeitos.

⁸² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 157-158.

⁸³ O autor cita, dentre outros, o seguinte exemplo: certo fabricante de automóveis tenha por prática reiterada substituir os veículos que apresentem defeitos nos dois primeiros anos de fabricação. Confiando nisto, um comprador adquire o seu automóvel, que vem, de fato, a apresentar defeito grave dentro do prazo bienal. Procurado, o fabricante informa, todavia, que, por força do contrato, sua obrigação é limitada ao primeiro ano, não obstante sua prática no mercado fuja, vez por outra, ao contrato. Há aí, consideradas apenas as circunstâncias, claro rompimento de uma expectativa legítima do comprador na conservação de um comportamento coerente por parte do fabricante. Sua conduta inicial, todavia, não foi praticada frente ao comprador, mas frente a outros compradores. O sujeito passivo dos comportamentos não é o mesmo. Entretanto, é inegável que, chegando ao seu conhecimento aquela prática reiterada de substituição do automóvel, logrou incutir-lhe uma confiança legítima na conservação da coerência. (Ibid. p. 156)

3.3 EFEITOS DA *SURRECTIO*

3.3.1 Do Impedimento da Conduta Contraditória

A *surrectio* tem como consequência principal tornar inadmissível o comportamento posterior, com fins de preservar a justa expectativa e a confiança das partes. Pode-se, portanto, extrair deste princípio dois efeitos: (i) impeditivo⁸⁴; e (ii) reparatório.

Para muitos autores, a consequência preventiva da proibição do comportamento contraditório, seria a única função deste princípio. Todavia, melhor seria afirmar que esta é a sua função primordial.⁸⁵

De fato, é mais eficiente, sob o ponto de vista da composição dos conflitos de interesses e da tutela da confiança, impedir, com anterioridade, o comportamento contraditório, do que impor o posterior ressarcimento dos prejuízos resultantes da conduta incoerente.

Essa conclusão decorre de um raciocínio lógico porque, ainda que o impedimento da conduta contraditória seja mais eficiente do que a reparação do dano causado, nem sempre é possível impedir a ocorrência do comportamento inadmissível.⁸⁶

A paralisação da conduta que viola a legítima expectativa, entretanto, não é eficaz em determinadas situações, pois, muitas vezes, a tutela jurisdicional não acompanha a velocidade dos atos, permitindo a consumação de tais comportamentos. Além disso, pode ocorrer que, mesmo chegando a tempo a tutela jurisdicional, o órgão julgador pode entender por bem em admitir o comportamento contraditório, ainda que ilegítimo, em atenção a outros valores protegidos em grau maior no ordenamento jurídico.

Quando o impedimento não puder ocorrer ou for ineficaz, o comportamento contraditório será praticado e o dano que era potencial, converter-se-á em dano efetivo. Por conseguinte, a vítima da conduta contraditória passa a ter direito a ser indenizada em razão da ilicitude ocorrida. Esta é a segunda consequência da *surrectio*, a reparadora, que será tratada com mais detalhes a seguir.

⁸⁴ Nesse contexto da tutela inibitória, cita-se o art. 12 do Código Civil: “*Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.*”

⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 162.

⁸⁶ *Ibid.* p. 164.

3.3.2 Da Reparação do Dano Causado pela Conduta Contraditória e de seu Desfazimento

De acordo com o que foi dito acima, sempre que o comportamento contraditório não puder ser evitado, repercutindo na esfera alheia e causando eventualmente prejuízos para a parte que confiou, ocorre um dano que deve ser reparado.

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, comumente, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo.⁸⁷

A partir do comportamento contraditório que cause prejuízos, surge a responsabilidade civil que, em síntese, pode ser definida como um dever jurídico sucessivo que nasce para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Demais disso, os danos gerados pelo comportamento contraditório podem ser tanto patrimoniais, quanto não-patrimoniais. É possível, desta forma, que a conduta contraditória que frustra a legítima confiança de alguém ocasione dano moral ao atingir direitos personalíssimos, como a honra, a dignidade humana, a imagem, dentre outros.⁸⁸

Caracterizada a ilicitude da conduta contraditória, em decorrência da violação de boa-fé, verificar-se-á a ocorrência do ato ilícito previsto no artigo 187 do Código Civil.

É certo que, na linguagem adotada pelo legislador brasileiro, o próprio ato abusivo configura também um ato ilícito, mas um ato ilícito *lato sensu*⁸⁹, que dispensa prova de culpa, requisito essencial ao ato ilícito *stricto sensu* (art. 186 do Código Civil). Não se precisará elucidar, portanto, a negligência, imperícia ou imprudência daquele que comportou-se contraditoriamente.

Isso porque, a atuação em comportamento contraditório, infringe os lindes gizados por este parâmetro objetivo que é a boa-fé, prescinde a neutralização do exercício de direito contrário à confiança da apuração da culpa do titular. Ao menos no que se refere aos limites

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Op. cit. p. 23-24.

⁸⁸ SCHREIBER, Anderson. Op.cit. p. 146.

⁸⁹ Sergio Cavaliere faz a distinção entre o ato ilícito *stricto sensu* e o ato ilícito *lato sensu*. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Op. cit. p. 33)

impostos pela boa-fé, consagra o mencionado artigo 187 do Código Civil a idéia de ilicitude funcional, que está *in re ipsa*, vale dizer, no comportamento mesmo, tal como tipificado, independentemente das circunstâncias volitivas, prevalecendo, portanto, a análise objetiva.⁹⁰

Assim, na hipótese de dano derivado de ato ilícito *lato sensu*, como no caso da *surrectio*, a responsabilidade da contraparte será objetiva. Este é o entendimento do Conselho da Justiça Federal conforme se extrai dos enunciados 37 e 363 da I e IV Jornada de Direito Civil, respectivamente⁹¹:

“37 – Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

“363 – Art. 422: Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação.”

Demais disso, nas hipóteses em que não for possível impedir a consumação da conduta contraditória, além da reparação pecuniária, como descrito acima, poder-se-á exigir, também, o desfazimento deste comportamento.

Ressalte-se que o desfazimento do ato é uma das formas de reparar o prejuízo causado àquele que teve suas legítimas expectativas frustradas.

Pode-se dizer que o direito contemporâneo, na sua tendência de privilegiar a execução específica e a real satisfação dos interesses em conflito, estimula o retorno mais pleno possível ao *status quo ante*. A título de exemplo desta vontade do legislador, tem-se o artigo 251 do Código Civil que prevê, nos casos de obrigação de não fazer, o desfazimento do ato praticado pelo devedor que em um primeiro momento, se absteve de realizá-lo.

É importante dizer, no entanto, que nem sempre será possível o desfazimento da referida conduta, uma vez que, dependendo da hipótese, pode haver um interesse coletivo ou social de maior relevância na sua manutenção. Nestes casos, o prejudicado deverá optar pela via da reparação pecuniária, isso porque a conduta contraditória passa a produzir efeitos

⁹⁰ GOMES, Elena de Carvalho. In: IV Jornada de Direito Civil – vol. I. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, p. 182.

⁹¹ Houve, nessa linha, diversas propostas de enunciados apresentados à IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que concluíam pela responsabilidade, independente de culpa, nos casos de comportamentos incoerentes que violassem a confiança legitimamente despertada. (GOMES, Elena de Carvalho. In: IV Jornada de Direito Civil – vol. I. Op. cit., p. 181 e ss.)

quando a partir do momento que repercute na esfera alheia dando causa a uma confiança justificada, devido à necessidade de se tutelar esta confiança.⁹²

A conduta contraditória que infringe a confiança despertada deve ser, portanto, considerada como ato ilícito, nos termos do artigo 187 do Código Civil, e, conseqüentemente, deverá ser invalidada. E, neste caso, verificada a existência de ato inválido, o ordenamento jurídico, quando possível, retirará os efeitos do negócio.

⁹² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 134.

4. INSTITUTOS CORRELATOS

4.1 Diferenças entre a *Surrectio* e institutos afins

A relevância deste capítulo reside no fato de que comumente os institutos que coíbem comportamentos contraditórios, que ferem a legítima confiança, são confundidos com as, pois todos estes se identificam pelo fato de vedarem que condutas de uma parte entrem em contradição com outra por ela inicialmente adotada, frustrando a confiança alheia.

Nota-se que os institutos delineados abaixo contêm diversos aspectos convergentes, possuindo, no entanto, em determinadas circunstâncias, características muito sutis, o que dificulta, em certos casos, a sua identificação no caso concreto. A própria doutrina e a jurisprudência demonstram a dificuldade de distingui-los, por isso, neste capítulo buscar-se-á identificar os pontos relevantes de cada instituto a fim de permitir a sua correta aplicação.

4.1.1 *Venire contra factum proprium*

A expressão *venire contra factum proprium*, que poderia ser traduzida em “vir contra seus próprios atos”, verifica-se, em um primeiro momento, como sendo abrangente das hipóteses nas quais uma mesma pessoa, em momentos distintos, adota dois comportamentos lícitos, sendo que o segundo deles surpreende a contraparte, por ser completamente diferente daquilo que se poderia razoavelmente esperar, em virtude da expectativa gerada pela primeira conduta.

Este instituto veda genericamente os comportamentos contraditórios. Em sua estrutura são exigidos dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos entre si e diferidos no tempo. Não se trata, no entanto, de qualquer contradição entre comportamentos de uma mesma pessoa, uma vez que a própria vida enseja comumente comportamentos contraditórios.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça este instituto foi aplicado a um caso em que certa mulher, esposa do alienante, tentou por meio de ação o reconhecimento da nulidade de uma promessa de compra e venda de imóvel. O problema é que a esposa havia declarado sua concordância tácita com a venda, caindo em contradição. Veja-se o julgado:

“Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. “*venire contra factum proprium*”. Boa-fé.

(...)

2. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC.

3. Recurso conhecido e provido.”

(REsp 95539/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/1996, DJ 14/10/1996 p. 39015)

No instituto em referência, é bem clara a ofensa à confiança, pois a característica principal desses casos é uma posição jurídica contrária àquela que foi praticada pelo agente. Quando uma pessoa vem agindo de tal forma que cria uma aparência jurídica na qual as pessoas confiam, esse mesmo indivíduo não pode mudar o seu comportamento agindo contrariamente à expectativa que gerou nos demais. A intenção primeiramente manifestada pode ser no sentido de praticar (ou continuar praticando) determinado ato ou no sentido de não o praticar. A segunda atuação é contraditória porque o agente deixa de fazer aquilo a que se propusera ou vem a tomar atitude a qual deu a entender que não tomaria.

O comportamento inicial, portanto, é o *factum proprium*, e o segundo, é o *venire*. Quando o *venire* se mostra contraditório ao primeiro comportamento (*factum proprium*), poder-se-á caracterizar a figura do *venire contra factum proprium*, dependendo, ainda, da presença de outros elementos, que serão vistos a seguir.

Esse segundo *factum*, que contraria o primeiro, pode ser legal ou contratualmente possível. Contudo, o agente fica impedido de valer-se dessa possibilidade, pois causaria danos a outrem. Se o ato é contrário à lei ou ao contrato cai-se na responsabilidade contratual ou na responsabilidade extracontratual, não sendo necessário buscar a proteção na tutela da confiança.

A vedação do *venire* tem como objetivo a proteção da boa-fé, ou seja, é necessário que as partes de um negócio jurídico adotem condutas consentâneas com a boa-fé, devendo respeitar os deveres laterais que surgem em todos os negócios jurídicos e são impostos exatamente em função da necessidade de observância da *bona fides* exatamente nos mesmos moldes que a *surrectio*.

Observa-se, no entanto, que a vedação do *venire* pode ser aplicada em toda e qualquer situação em que haja dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo, sem a necessidade de que haja uma relação jurídica prévia entre os sujeitos, como a *surrectio*. Esse instituto vem sendo aplicado no âmbito do processo civil⁹³, no âmbito do direito público⁹⁴ e nos demais ramos do direito.

Não se pode dizer que há uma distinção significativa entre o *venire* e a *surrectio* na medida em que a primeira seria gênero e a segunda, espécie. O que se verifica na prática é que na *Erwirkung* o *factum proprium* é marcado por ser uma conduta reiterada pelo decurso do tempo, enquanto que no *venire* a conduta inicial não terá necessariamente uma característica especial. No *venire* a confiança em determinado comportamento é delimitada no cotejo com a conduta antecedente, na *surrectio* as expectativas são projetadas apenas pela reiterada conduta comissiva de uma das partes, por considerável decurso de tempo – que é variável conforme as circunstâncias –, ao arrepio da lei ou do contrato, somando-se a isso a existência de indícios objetivos de que a contraparte não lhe exigiria o contrário, pois tolerava a nova conduta.⁹⁵

Diante do que já foi exposto, torna-se relativamente simples perceber que a *surrectio* nada mais é do que um caso particular de *venire contra factum proprium*, caracterizado simplesmente pelo fato de que o primeiro dos comportamentos contraditórios em geral se apresentará como sendo um ato comissivo (acompanhado de um prazo), ou seja, sempre consistirá numa ação, por parte do titular do direito, em relação ao seu exercício, e a contradição ocorre porque o segundo comportamento se refere à interrupção do exercício desse mesmo direito do qual até então sempre se praticou, quebrando a confiança que havia surgido no outro sujeito quanto ao seu exercício.

⁹³ Ver nota nº 5.

⁹⁴ Cite-se à guisa de exemplo o REsp 141879/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/1998, DJ 22/06/1998 que é referente a um dos inúmeros casos envolvendo um loteamento irregular em que o município figura em um dos pólos contratuais.

⁹⁵ Anderson Schreiber ressalta que o longo decurso de tempo não constitui elemento efetivamente diferenciador entre ambos os institutos por dois motivos: (i) primeiro, porque no *venire*, entre a conduta inicial e a conduta contraditória há também um lapso temporal; (ii) segundo, porque a importância de um decurso do tempo não deriva de ser a extensão do intervalo temporal um, requisito essencial para a *surrectio* e *supressio*, mas do fato de que, na maior parte das situações concretas, tal extensão temporal é necessária à formação de uma confiança legítima no não exercício. Devendo a *Verwirkung*, portanto, ser reconhecida como uma subespécie do *nemo potest venire contra factum proprium*. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 190)

4.1.2 *Exceptio Doli*

A *exceptio doli*, ou exceção de dolo, é um meio processual de defesa pelo qual o devedor pode deixar de prestar a obrigação que, em situação normal, estaria adstrito a cumprir. Consiste no poder de se impedir que prepondere uma conduta que em tese está de acordo com a norma jurídica, mas que está sendo realizada de má-fé, com o objetivo de prejudicar outrem.

O instituto foi consagrado no Direito Romano e, como se deduz da própria expressão, tinha caráter de exceção, podendo ser definido como “o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo”⁹⁶. A figura da exceção foi criada pelos romanos para impedir ações fundadas no dolo do autor e, pouco a pouco, ampliado para abranger também qualquer forma de atuação iníqua ou contrária à *bona fides*.

Por isso, existe o posicionamento de que a *exceptio doli* também pode ser entendida como forma de coibir uma atitude abusiva, pois tal como a figura do abuso de direito, não impugna a pretensão do autor, objetiva, apenas, a paralisação dos seus efeitos, tendo em vista o fato de esta pretensão estar fundamentada em elementos como o dolo ou o abuso.

Embora, por um lado, a *exceptio doli* guarde com a *surrectio* semelhante fundamento – a boa-fé objetiva –, apresenta, por outro, distinções cristalinas. À guisa de exemplo, a *surrectio*, assim como o *venire*, possui um objeto pré-determinado, qual seja, a proibição do comportamento contraditório que possa vir a frustrar a confiança de alguém, a *exceptio doli*, entretanto, abrange diversas hipóteses, possuindo um conteúdo difuso.⁹⁷ Outro ponto de distinção denota-se pelo fato de que a *surrectio*, ao contrário da *exceptio doli*, não necessita do dolo para a sua caracterização, bastando apenas a ruptura da confiança gerada pelo decurso do tempo ocasionada pelo comportamento contraditório da outra parte.

Todavia, a indefinição conceitual e a origem processualista da *exceptio doli* têm lhe privado de aceitação na doutrina e na jurisprudência dominantes em diversos ordenamentos, o que tem contribuído para seu abandono em prol das modalidades típicas mais precisas de comportamento inadmissível, entre as quais o *nemo potest venire contra factum proprium*, a *surrectio* e a *supsessio*.

⁹⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Op.cit. p. 720.

⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 179.

Dessa forma, se por um lado esta exceção tem experimentado uma decrescente utilização, a *surrectio* e o *venire*, por outro, vem obtendo mais aceitação como instrumento de tutela da confiança e como meio de concretização da boa-fé objetiva.

Em antigo acórdão o Supremo Tribunal Federal, apesar do não conhecimento do recurso, a 2ª Turma entendeu correto o reconhecimento da *exceptio doli*, no sentido de paralisar a cobrança executiva da dívida comum, efetivada por meio de execução judicial, em função de aval obtido irregularmente.⁹⁸

4.1.3. *Supressio*

A *supressio* ou *Verwirkung* ocorre quando existe uma demora desleal no exercício de um direito, isto é, quando o titular de um direito subjetivo deixa de exercê-lo, durante certo lapso de tempo, ao ponto de criar para a outra parte uma confiança de que aquele direito não seria mais exercido.

Pode-se dizer que a *supressio* é um instituto que sofre a interferência da boa-fé que atua como limite ao exercício de direitos subjetivos.⁹⁹ Segundo entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹⁰⁰, esta “*constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão da boa-fé objetiva*”, exigindo para sua configuração, “*(I) o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor*”.

Ruy Rosado de Aguiar, em voto proferido no julgamento de um Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, asseverou o seguinte:

“Tenho como admissível a teoria da *supressio*, segundo a qual o comportamento da parte, que se estende por longo período de tempo ou se repete inúmeras vezes, porque incompatível com o exercício do direito, pode levar a que se reconheça a extinção desse direito, com base na boa-fé objetiva”¹⁰¹.

⁹⁸ Acórdão proferido no RE 39.322, STF, 2ª Turma. Relator Min. Afrânio Costa, j. em 25.11.1958.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 217.

¹⁰⁰ TJRS, Ap. Civ. 70001123561, 2ª C.Civ., j.28.06.2000, Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Sousa.

¹⁰¹ Recurso Especial nº 207.509 – SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27.11.2001.

Neste instituto o credor sofre a neutralização de um direito que durante muito tempo não se exerceu, tendo-se criado pela própria conduta uma expectativa legítima de que não iria ser exercido. Paulo Mota Pinto, ao ilustrar o instituto em questão, afirma que é inadmissível o despejo do senhorio que, recebendo, durante 7 anos, a renda no primeiro dia útil do mês a que ela respeita, criou no espírito do inquilino a convicção, a expectativa e a confiança de que, por esse fato, não viria futuramente a invocar a falta de pagamento da renda no tempo convencionado.¹⁰²

A *supressio* não tutela o inadimplemento, ela atua apenas como uma sanção para aquele credor que não age de acordo com a boa-fé objetiva, admitindo, por exemplo, a retirada de cláusulas penais excessivas, quando o credor demorar a executá-la e não colabora com o adimplemento.

A *Surrectio* ou *Erwirkung*, no entanto, corresponde à mesma situação encarada pelo prisma inverso, aonde ocorre a criação de um direito decorrente do decurso do tempo. Neste caso, segundo Menezes Cordeiro, a *surrectio* é “o instituto que faz surgir um direito que não existe juridicamente, mas que tem existência na efetividade social”¹⁰³.

Judith Martins-Costa ensina que:

“Diferentemente da *supressio*, que indica o encobrimento de uma pretensão, coibindo-se o exercício do direito em razão do seu não exercício, por determinado período de tempo, com a conseqüente criação da legítima expectativa, à contraparte, de que o mesmo não seria utilizado, outra figura, a *surrectio*, aponta para o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento”¹⁰⁴.

Na verdade, o exercício retardado de um direito, dependendo das expectativas criadas no caso concreto, pode gerar situação de insegurança em razão de longo período em que o credor se manteve inerte. Por isso, a partir da aplicação da boa-fé objetiva e da *supressio*¹⁰⁵ permite-se a supressão do direito não exercido.¹⁰⁶

¹⁰² PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório *venire contra factum proprium* no Direito Civil. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, vol. 16, out/dez 2003. p. 137.

¹⁰³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Op.cit. p. 806.

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. Op. cit. p. 218.

¹⁰⁵ Sobre a *supressio*, Nelson Rosendal ensina que: “A *supressio* é a situação do direito que deixou de ser exercitado em determinada circunstância e não mais possa sê-lo, por, de outra forma, contrariar a boa-fé. Seria

Registrou-se no terceiro capítulo que a *Verwirkung* tem origem a partir da jurisprudência Alemã, criada para coibir os abusos dos credores ao cobrarem suas dívidas agravadas pelos percalços econômicos da Primeira Guerra Mundial. E com o fim de reprimir esta prática desleal dos credores, que fingiam terem abandonado seus créditos, utilizando-se do decurso do tempo, tão-somente para aumentarem as quantias devidas, os Tribunais alemães construíram na jurisprudência a figura da *supressio*.

O que se tutela hoje em ambos os institutos é a confiança no comportamento coerente porque, o interesse tutelado pela *supressio* é exatamente a confiança da parte que acreditou que certo direito não mais seria exercido por seu titular, devido ao decurso do lapso temporal.

A doutrina especializada tem entendido que *surrectio* e *supressio* são os dois lados de uma mesma moeda. Na realidade, ambas qualificam uma única situação fática encarada, entretanto, sob dois pontos de vista distintos. E o que é mais importante ressaltar, é que ambos os institutos estão fundamentados em um mesmo valor jurídico: a proteção da justa confiança que o comportamento de uma das partes gerou na contraparte. A doutrina é copiosa nesse sentido:

“A *surrectio* é a outra face da *supressio*, pois consiste no nascimento de um direito, sendo nova fonte de direito subjetivo, conseqüente à continuada prática de certos atos”¹⁰⁷

“Seu escopo (ou seja, o da *supressio*) é mais o de proteger a situação da contraparte do que vedar o comportamento do titular do direito. O beneficiário a ser tutelado é justamente quem, se tendo livrado de uma adstrição antes existente, recuperou uma permissão genérica de aproveitamento, ou quem, tendo conquistado uma vantagem particular,

um retardamento desleal ao exercício do direito que, caso exercitado, geraria uma situação de desequilíbrio inadmissível entre as partes, pois a abstenção na realização do negócio cria na contraparte a representação de que esse direito não mais será atuado. Em suma, a chave da *supressio* está na tutela da confiança da contraparte e a situação de aparência que o ilidiu, perante o não-exercício do direito.

Aproxima-se a *supressio* da figura do *venire contra factum proprium*, pois ambas atuam como fatores de preservação da confiança alheia. Mas dele se diferencia primordialmente, pois, enquanto no *venire* a confiança em determinado comportamento é delimitada no cotejo com a conduta antecedente, na *supressio* as expectativas são projetadas apenas pela injustificada inércia do titular por considerável decurso de tempo – que é variável conforme as circunstâncias –, soma-se a isso a existência de indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido.

Outro aspecto muito destacado é a desnecessidade da investigação do elemento anímico – dolo ou culpa – por parte do titular não-exercente do direito, sendo a deslealdade apurada objetivamente com base na ofensa à tutela da confiança.” (ROSEVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. Op. cit. p.138.)

¹⁰⁶ Gustavo Bohemer, em sua obra *El Derecho a través de la jurisprudência – su aplicación y creación* saliente que: “La *Verwirkung* opera com eficacia negativa: deniega la existencia de un derecho al impedir que se realice a pesar de que todavía subsiste según las normas legales” apud MARTINS-COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. Op. cit. p. 115.

¹⁰⁷ JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Extinção dos contratos por incumprimento do devededor*, Op. cit. p. 254.

adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjetivo. É por isso que, à *suppressio*, corresponde, ativamente, a *surrectio*, que é o nascimento do direito subjetivo em razão da inércia da contraparte”¹⁰⁸.

Demais disso, é evidente que o conceito de *suppressio* aproxima-se muito ao conceito do *venire contra factum proprium*, pois na medida em que o titular abstém-se do exercício de um direito, gera a confiança à parte contrária que não irá exercê-lo; ao exigí-lo, pratica um procedimento contraditório. Assemelham-se os institutos por perseguirem justamente a proteção da confiança¹⁰⁹, havendo quem trate a *suppressio* exatamente como uma “subespécie de *venire contra factum proprium*”¹¹⁰.

Não se pode deixar de afirmar que na maioria das vezes, por ser uma espécie de *venire*, a *suppressio* também implicará naquela modalidade de comportamento contraditório. No entanto, não se pode retirar a autonomia deste instituto, até porque atua com comportamentos omissivos, enquanto que o campo de atuação do *venire* não se restringe à omissão. Demais disso, no *venire* não se cogita do elemento temporal, tão relevante na figura em análise.¹¹¹

Para a ocorrência da *suppressio* e da *surrectio* predominam os aspectos objetivos. No entanto, elementos subjetivos que podem indicar a existência de dolo, mas os aspectos objetivos relacionados ao efetivo prejuízo, à conduta normal (que geram confiança na contraparte) e à atuação segundo princípios de boa-fé são os principais pressupostos para incidência desses institutos. Por essa razão, a *suppressio* não se confunde com “renúncia” do titular de um direito, uma vez que nesta o elemento volitivo é essencial.

Por fim, cumpre abordar a distinção da *suppressio* com os prazos prescricionais e decadenciais previstos expressamente em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, deve-se observar que a *suppressio* não se confunde com a prescrição nem com decadência. Fernando Noronha, autor da obra “Os Direitos dos Contratos e seus

¹⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith; *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, tomo I, 2. Ed., Forense, 2006, p. 375.

¹⁰⁹ Nesse sentido, Menezes Cordeiro: “Mais sucesso teve, por isso, a recondução da *suppressio* à proibição de *venire contra factum proprium*: o titular de um direito, abstendo-se do exercício durante um certo lapso de tempo, criaria, na contraparte, a representação de que esse direito não mais seria actuado; quando supervenientemente, viesse agir, entraria em contradição.” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Op. cit. p. 808-809).

¹¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 189.

¹¹¹ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Op. cit. p. 132.

Princípios Fundamentais”, salienta que a *supressio* constitui uma das formas de protaimento desleal do exercício de um direito (ou perda do direito por protaimento desleal). No bojo de seu texto, o autor diferencia a *Verwirkung* da prescrição e da decadência nos seguintes termos:

“A perda do direito por protaimento desleal do seu exercício distingue-se nitidamente da prescrição e da decadência. Enquanto nestas é suficiente o mero decurso de determinado lapso de tempo, no protaimento desleal é imprescindível que o titular do direito tenha tido um comportamento deslealmente contraditório, criando na pessoa contra quem o seu direito se dirigia uma situação de justificada confiança em que ele nunca seria exercido. Por isso, no protaimento desleal, “o critério decisivo não é o decurso do tempo, nem tampouco a só inatividade do titular”, escreve Larenz, “mas a confiança do obrigado ou do oponente ... motivada pela dita inatividade”: daí que o espaço de tempo que há de transcorrer até que se dê a perda do direito possa ser de diversa duração”¹¹².

Assim, não há que se confundir o instituto da *Verwirkung* com o da prescrição ou da decadência, primeiramente porque estes institutos possuem um prazo pré-fixado e, além disso, para sua ocorrência basta o simples decurso do prazo previsto em lei, enquanto que para a *supressio* exige além do não exercício do direito, a criação de expectativa subjetiva no devedor, motivado pelo comportamento do credor, no sentido de que o direito não será mais efetivamente exercido, com base na boa-fé e na tutela da confiança.

4.1.4. *Tu quoque*

O instituto em referência visa proibir que uma parte invoque em seu favor regra ou cláusula que ela própria já tenha violado anteriormente.¹¹³ O que se pretende coibir é o comportamento obviamente desleal da parte que visa tirar proveito da violação de uma norma jurídica por ela mesmo praticada, modificando a harmonia nas relações negociais.

¹¹² NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 186.

¹¹³ A referência histórica da expressão *tu quoque* remonta o Império Romano, quando o imperador Júlio César, vítima de uma conspiração, percebe a traição de Brutus, seu filho adotivo. Ao perceber a traição, sentindo sua confiança abalada pela participação de pessoas próximas suas, inclusive Brutus, seu filho único e adotivo, Júlio César disse: “Tu quoque, Brutus, fili mili!” – Até tu Brutus, filho meu!.

Deve-se compreender como a impossibilidade de a parte que inadimpliu uma obrigação negocial, posteriormente, alegue o inadimplemento da outra para pôr fim ao vínculo negocial ou obter indenização.¹¹⁴

O campo de aplicação do *tu quoque* é precipuamente do vínculo contratual. No chamado *tu quoque* contratual, aquele que, ao descumprir os deveres do processo obrigacional, altera a harmonia da estrutura sinalagmática, atinge o conteúdo das prestações contrapostas, não pode, sob pena de configuração do abuso, pretender seu cumprimento estrito.¹¹⁵

Esse instituto pode ser considerado, ainda, como um dos deveres anexos implícitos nos contratos, que devem ser observados em consonância com boa-fé objetiva. Logo, a não observância destes deveres por uma das partes contratantes, pode acarretar no inadimplemento e na perda do direito subjetivo de rescisão contratual.^{116 117}

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao analisar o instituto, cita como exemplos relevantes a hipótese do condômino que viola regimento interno ao depositar móveis em área comum, destinando-a, inclusive para uso próprio, não pode exigir sanção a outro condômino que toma idêntica atitude. Elenca, outrossim, a hipótese de impossibilidade de modificação superveniente do negócio pelo contratante que já se encontra em mora com suas obrigações.¹¹⁸

Assim como a *surrectio*, o instituto do *tu quoque* possui pontos em comum com o *venire contra factum proprium* na medida em que em ambos, por exemplo, é evidente a incoerência e a contradição. Menezes Cordeiro chega a cogitar o *tu quoque* como subtipo do *venire contra factum proprium*.¹¹⁹

Destaca-se, todavia, uma diferença substancial entre os dois institutos. No *tu quoque*, assim como no princípio do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ou “ninguém pode

¹¹⁴ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Op. cit. p. 130.

¹¹⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil*. Op. cit. p.34.

¹¹⁶ Loc. Cit..

¹¹⁷ O Enunciado nº 24 do Conselho da Justiça Federal se comporta neste mesmo sentido, entendendo que a violação dos deveres anexos decorrentes da cláusula geral da boa-fé objetiva, constitui-se espécie de inadimplemento contratual, independentemente de culpa.

¹¹⁸ JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução*. Op. cit. 249-250.

¹¹⁹ O autor discorre também sobre a diferença entre o *Tu Quoque* e o *venire*. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Op. cit. p. 843.

ser ouvido ao alegar a própria torpeza”, a intenção do agente vem, normalmente, impregnada de deslealdade, dolo e malícia, dando maior relevância à sanção do agente do que à tutela da confiança, ao contrário do que ocorre na *surrectio*.¹²⁰

4.1.5. Novação

A novação é uma modalidade de extinção da obrigação sem que se realize pagamento, quer direta quer indiretamente e está prevista no Código Civil a partir do artigo 360. Pode ser conceituada mais especificamente como a constituição de uma obrigação nova, em substituição de outra que fica extinta.

Discorrendo sobre a novação, Arnaldo Rizzardo aduz que:

“forma-se uma nova obrigação para extinguir a anterior. Converte-se uma obrigação em outra. Significa uma forma indireta de pagamento. Aparece um novo débito, que decorre da extinção do anterior. Desaparece o que foi celebrado, e um novo advém. Cria-se um vínculo e extingue-se o outro”¹²¹.

A maioria dos autores afirma que devem concorrer três requisitos para que haja novação, que são:

- (i) *A existência da antiga obrigação*. Se não houver uma relação obrigacional, dotada dos requisitos de validade, que possa ser extinta, e substituída por outra diversa, não há novação.
- (ii) *O nascimento de uma nova obrigação*, que tem que ser válida. Se não se chega a constituir a nova obrigação ou se esta é nula, nem produz o efeito de estabelecer o *iuris vincullum* essencial à sua própria existência, nem tem a força de operar a extinção da precedente.
- (iii) *O Animus Novandi* completa-a. A regra é que, não havendo a intenção de novar, não chega a operar-se a extinção da obrigação e, em tal caso, a nova obrigação que se constitua tem o mero efeito de confirmar a primeira. Tal requisito pode ser expressamente deduzido no instrumento. Na ausência, porém, de menção específica, deve ser apurado se o conjunto das circunstâncias autoriza a afirmar se se configura implicitamente, porém, de maneira inequívoca. Deve haver declaração de vontade das partes. Isto quer dizer que nunca se presume a novação, pois o contrário se afastaria de sua natureza liberatória.

¹²⁰ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Op. cit. p. 185

¹²¹ RIZZARDO, Arnaldo. “Direito das Obrigações”, 2. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 387.

Apesar de a *surrectio* e a novação tratarem de hipóteses de surgimento de direitos, os pontos de fundamental distinção são que: a novação não se presume, tem natureza contratual, necessita de *animus novandi* e implica na extinção integral da obrigação anterior.

No entanto, na *surrectio*, assim como nas outras subespécies da Teoria dos Atos Próprios, busca-se coibir os comportamentos contraditórios. Nesse instituto, mais especificamente, ocorre o nascimento do direito subjetivo, em razão da reiteração de uma conduta, ao arrepio da lei ou do contrato, durante certo lapso temporal, viabilizando o surgimento de um direito, a fim de tutelar confiança despertada na contraparte. Nota-se que o surgimento do direito não se dá em virtude de uma manifestação expressa das partes, mas apenas a partir da análise de comportamentos repetidos e que criaram justas expectativas.

Demais disso, há apenas a modificação de um ponto específico de um contrato, que continuará em vigor com todos os demais aspectos não modificados da relação, não implicando sua extinção, como se opera na novação.

Dessa forma, haverá a *surrectio* quando uma das partes adquirir um direito em virtude da legítima confiança despertada nela de que a posição jurídica que não vinha sendo mais exercida estaria superada pela prática contínua da nova conduta. Assim, no restante, a relação jurídica entre as partes será mantida, ao contrário do que ocorre na novação que é uma forma de extinção da obrigação como um todo que implica, também, na terminação do vínculo existente. A obrigação primitiva desaparece, tal como ocorreria se houvesse o pagamento, é por isso que é colocada dentre as hipóteses de extinção da obrigação.¹²²

A doutrina é uníssona no sentido de que para a efetivação da novação é fundamental que haja *animus novandi*, ou seja, a intenção das partes em constituir uma nova obrigação, sendo este, portanto, o ponto de fundamental distinção da *surrectio*.

¹²² Sobre os efeitos modificativos da novação, Caio Mário leciona que: “Começamos por estabelecer que a novação importa em uma obrigação que, ao nascer, extingue outra preexistente, vale dizer: não há, aqui, mera alteração ou modificação dos seus elementos secundários. É mister a sua profundidade, e o seu impacto sobre os essenciais, a ponto de operar a extinção dela e terminação do vínculo existente. Se se encarar exclusivamente a obrigação primitiva, tem-se de admitir que ela desaparece, tal como ocorreria se houvesse pagamento. É por isso que a novação é colocada entre as causas extintivas da obrigação. No seu mecanismo, difere do pagamento. Enquanto este é a execução ou o cumprimento, e se realiza pela prestação do obrigado, satisfazendo-se o credor e libertando o devedor, a novação, que se apresenta como extinção sem pagamento, opera na verdade o desaparecimento do vínculo preexistente, mas, como não se efetua a prestação devida, outro vínculo obrigatório nasce em substituição ao primeiro, e, por esta razão, pode o mesmo credor continuar credor ou o mesmo devedor continuar devedor. Mas não da primitiva, porém de nova obrigação, criada com a *novatio*. Será então certo dizer que ela é simultaneamente causa extintiva e causa geradora de obrigações”. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II, 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 243-244)

O ânimo de novar, como o nome indica, é o ânimo (elemento subjetivo) de realizar novação. Portanto, se estende aos elementos constitutivos desta. Supõe, assim, a intenção das partes de extinguir a obrigação antiga, de fazer nascer uma nova obrigação e de ligar as duas operações. Sem a intenção de extinguir a obrigação antiga, ter-se-á a constituição de nova obrigação, como reforço da primeira; sem a intenção de fazer nascer uma obrigação nova, as partes apenas alteram a relação anterior; sem a intenção de ligar uma obrigação à outra, a consequência é a celebração de um novo contrato, gerador de obrigações independentes.¹²³

Em toda novação há um elemento de ordem técnica, que se baliza de algo novo – *aliquid novi* –, que alguns autores caracterizam como um quarto requisito, outros o incluem no nascimento da nova obrigação e outros, ainda, o incluem no *Animus Novandi*, de forma que o *aliquid novi* seria a concretização do animo de novar.

Caio Mario da Silva Pereira e Judith Martins Costa indicam ainda o consentimento das partes como um outro requisito.¹²⁴

Não se pode, ainda, confundir a *surrectio* com a novação tácita, pois esta, segundo Carvalho de Mendonça, dá-se todas as vezes que, sem declarar por termos precisos que a efetua, o devedor é exonerado da primeira obrigação e assume outra diversa, na substância ou na forma, da primeira, de modo a não ser uma simples modificação dela. É preciso, em suma, que a primeira e a segunda sejam incompatíveis.¹²⁵ Todavia, persiste ainda o *animus* de novar.

Ademais, esta intenção não se presume.¹²⁶ A doutrina ressalta que as partes podem não ter querido apagar, mas justapor duas obrigações, que subsistem simultaneamente. Podem ter querido reforçar a obrigação preexistente, sem alterá-la substancialmente. Essa intenção de mudar sem novar encontra-se freqüentemente na prática. Deve-se presumir, na dúvida, que as partes desejaram, por razão de comodidade, um novo modo de regulamentar a obrigação.¹²⁷

¹²³ SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*, 1ª Edição, RT, 2007, p. 438.

¹²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 20ª Edição, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Pág. 248-249.

¹²⁵ MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações*, tomo I, 4. Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1956, p. 595.

¹²⁶ No mesmo sentido ensina WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, vol. IV, 32, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 295: “Em resumo: intenção de novar não se presume. Deve ser expressa ou tacitamente declarada pelas partes ou resultar, de modo inequívoco, da natureza das obrigações, inconciliáveis entre si. Não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira (art. 361 do Cód. Civil de 2002)”.

¹²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 252.

Outro ponto não menos relevante reside no fato de que se houver alguma conduta contraditória de uma das partes, que resulte em descumprimento da obrigação derivada da novação, a parte prejudicada não precisará recorrer à tutela da confiança como dever colateral da boa-fé para impedir este comportamento contraditório, na medida em que este descumprimento é sancionado pelo próprio direito civil.

Assim, havendo o descumprimento da nova obrigação assumida, será imperiosa a aplicação do artigo 389 do Código Civil que dispõe da seguinte forma: *“Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”*.

5. ANÁLISE DE CASOS E HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DA *SURRECTIO* NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

5.1. Acórdãos mais recentes

A jurisprudência também tem entendido que as partes devem, em respeito à cláusula geral da boa-fé, atuar com coerência, de forma a não infringir a legítima expectativa da contraparte ou de terceiros. Mas, a aplicação expressa da *surrectio* ainda é uma novidade no Brasil, apesar de haver diversas situações práticas em que esse instituto que proíbe o comportamento contraditório tem aplicação.

Neste capítulo serão analisados alguns casos em que em que o Judiciário, tendo o sempre por escopo a efetividade do processo, tem buscado garantir a aplicação da função de controle desempenhada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual surge a *surrectio*.

5.1.1. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

a) Trata-se de agravo de instrumento nº 70011961133¹²⁸ ¹²⁹ interposto por menor, representado por sua genitora, contra decisão que indeferiu pedido de majoração pensão, nos autos da ação de revisão de alimentos que move em face de seu pai.

Alega o agravante que o alimentante vinha depositando desde 2002 valores superiores ao que estava condenado a pagar, montante necessário ao adequado sustento do alimentado. Requereu fosse majorada a pensão para 25 (vinte e cinco) salários mínimos.

O relator, após constatar que a existência do binômio necessidade / possibilidade, proveu o recurso, aplicando conceitos como a teoria da boa-fé e o da *surrectio*.

Transcreve-se, exemplificativamente, parte do voto do Rel. Des. Rui Portanova:

¹²⁸ “Agravo parcialmente procedente. No caso, além de a necessidade alimentar ter aumentado, o alimentante já vem depositando os alimentos em quantia maior do que a estipulada desde um bom tempo, verificando-se, na espécie, a ocorrência do instituto da *surrectio*. Todavia, como estamos em sede limiar do feito, sem qualquer manifestação do recorrido, a majoração pleiteada não vai atendida em sua integralidade. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO EM MONOCRÁTICA” TJRS - A.I 70011961133; 8ª C.C.; Rel. Rui Portanova; Data de julgamento: 08/06/2005.

¹²⁹ No mesmo sentido: TJRS A.C. 70009037631 e 70011362936.

“Como se verifica, no caso, estamos diante do instituto da *surrectio*.

A *surrectio* expressa a circunstância do surgimento, de forma complementar ao direito legislado, contratado ou judicial, de um direito não existente antes (em termos jurídicos). Direito este que, na efetividade social, já vinha sendo considerado como presente.”

(...)

Para haver *surrectio*, o que se requer, portanto, é uma previsão de confiança, pois a repetição sistemática, constante e continuada de um determinado comportamento cria direito, de modo a imputar ao prejudicado a boa-fé subjetiva do beneficiário. Direito esse que se consubstancia na expectativa, a ser mantida pelo menos como probabilidade, da regularidade e continuidade da situação fática subjacente, ou, por outro lado, da ausência de qualquer outra solução ou resolução diferente.

Essa é exatamente a situação dos autos.

E, como no caso estamos em sede de liminar da ação que busca a revisão dos alimentos, diante dos valores dos depósitos realizados pelo recorrido em prol do agravante, entendo razoável que, por ora, devam os alimentos ser majorados, provisoriamente, para o montante de 13 salários mínimos mensais.” (Grifou-se)

b) Trata-se de recurso inominado nº 71000867416¹³⁰ interposto por sócio de uma sociedade limitada sob a alegação de que recebia ao longo de anos uma quantia mensal a título de adiantamento por conta dos lucros futuros e que, no momento, a empresa estaria em débito.

O Relator, ante ausência de dúvidas quanto à regularidade da realização de pagamentos durante 2 (dois) a 4 (quatro) anos efetuados pela empresa à margem do contrato social, entendeu que, em virtude à tutela da confiança e à figura da *surrectio*, a empresa não

¹³⁰ “AÇÃO DE COBRANÇA. SÓCIO QUE DEMANDA A SOCIEDADE. TRAMITAÇÃO, NA JUSTIÇA COMUM, DE AÇÃO DE EXCLUSÃO DE SÓCIO. SÓCIO JÁ AFASTADO DA GERÊNCIA DA EMPRESA MAS QUE, AO LONGO DOS ANOS, VINHA RECEBENDO UMA QUANTIA MENSAL A TÍTULO DE ADIANTAMENTO POR CONTA DE LUCROS FUTUROS. APLICAÇÃO DA FIGURA DA SURRECTIO, UMA DAS FIGURAS QUE EVIDENCIAM A FUNÇÃO DE CONTROLE DA BOA-FÉ, COM LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITOS SUBJETIVOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO UNILATERAL E IMOTIVADA DO PAGAMENTO, UMA VEZ QUE PERMANECE A CONDIÇÃO DE SÓCIO DO AUTOR. Dentre as funções desempenhadas pelo princípio da boa-fé objetiva, sobressai a de controle, que limita o exercício de direitos subjetivos. Dentre as várias figuras que se incluem nessa categoria, uma delas é a da *surrectio*, que impede a supressão imotivada de uma vantagem que tenha sido concedida por período de tempo razoável, ainda que em desconformidade com os estatutos, regulamentos ou contrato social, gerando no beneficiário a convicção de que pode contar com aquela vantagem. RECURSO PROVIDO, A FIM DE SER JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO.” (TJRS - Recurso Inominado 71000867416; 3ª T.R.C.; Rel. Eugênio Facchini Neto; Data de julgamento: 27/06/2006)

poderia suprimir unilateral e imotivadamente os pagamentos que vinham sendo feitos ao autor.

Neste ponto, colaciona-se um trecho do voto:

“É que atualmente o Direito empresta grande importância à tutela da confiança. O fato de o autor ter recebido, por largos anos (2 a 4) uma determinada quantia mensal, por conta de lucros societários, gera nele a justa expectativa de que tais pagamentos continuarão. Ainda que não haja um direito formal derivado do contrato social, trata-se de um interesse juridicamente tutelável, que não pode ser imotivadamente suprimido.

Aplicável, ao caso, a figura da *surrectio*, que é uma das figuras que compõem a função de controle exercida pelo princípio da boa-fé objetiva, qual seja, a função de limitação dos direitos subjetivos (na linguagem usualmente adotada por nossos doutrinadores – exemplificativamente Judith Martins-Costa), ou de “exercício inadmissível de posições jurídicas” (na linguagem adotada pelo professor lusitano Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, que dedicou o mais completo estudo sobre a boa-fé objetiva – quase 1400 páginas). Segundo Menezes Cordeiro, a doutrina germânica – em cujo espaço jurídico foi sistematizada tal figura – exige alguns requisitos para a caracterização de tal figura: “um certo lapso de tempo, por excelência variável, durante o qual se atua uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjetivo que vai surgir; requer-se uma conjunção objetiva de fatores que concitem, em nome do Direito, a constituição do novo direito; impõe-se a ausência de previsões negativas que impeçam a *surrectio*.” O mesmo autor cita Canaris, no sentido de se exigir, também, “a boa fé subjetiva do beneficiário, no sentido de este ter, pelo menos como provável, a regularidade da situação fática subjacente e ausência de quaisquer outras soluções impostas pelo Direito”. (Grifou-se)

5.1.2. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Trata-se de apelação cível nº 0440684-6¹³¹ interposta por empresa de plano de saúde, visando reformar sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer, ajuizada com o objetivo de obter a condenação da requerida a manter o contrato de plano de saúde firmado em 1994.

¹³¹ “CIVIL. PLANO DE SAÚDE. ATRASO NO PAGAMENTO DE MENSALIDADE. CONDUTA REITERADA. AUTORIZAÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA. RESCISÃO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Por força da boa-fé objetiva, a autorização ou, no mínimo, tolerância ao pagamento das mensalidades com atraso durante cerca de 03 (três) anos, impede o cancelamento do plano de saúde por inadimplência, ao menos até manifestação expressa no sentido de que tal conduta não mais será aceita. Aplicação da figura jurídica denominada *surrectio*, mediante a qual novo direito é criado em prol de um dos contratantes e que não pode ser repentinamente suprimido.” (TJPR - 10ª C. Cível - AC 0440684-6 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Juiz Conv. Vitor Roberto Silva - Unanime - J. 06.03.2008)

Alega a apelante, em síntese, que o apelado não adimpliu as mensalidades de três meses o que a obrigou a cancelar o contrato; que o contrato celebrado permite o cancelamento do plano neste caso de inadimplência; que notificou o apelado sobre o atraso; que o Código Civil reconhece que a inadimplência de uma das partes desobriga a outra e permite a rescisão contratual.

O Relator após constatar que o autor contratou os serviços de plano de saúde da ré há mais de dez anos e que, desde 2003, em virtude de ser portador de uma série de doenças e de demandar gastos relevantes com remédios, pagou as mensalidades com atraso, ato que sempre foi autorizado pela requerida, negou provimento ao recurso, utilizando-se dos fundamentos da proibição do comportamento contraditório, consubstanciados nos conceitos de *venire contra factum proprium* e da *surrectio*.

Entenderam os integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná estarem presentes os requisitos para a *surrectio*, nos seguintes termos:

“As duas partes agiram de forma sistemática por considerável lapso temporal, de molde a alterar o teor do ajuste. **Com efeito, a repetição reiterada do mesmo padrão de conduta (pagamento das mensalidades com atraso e manutenção do contrato de plano de saúde) gerou a expectativa no consumidor de que o pagamento das mensalidades com atraso foi permitido pela ré e, em conseqüência, não acarretaria o desfazimento do ajuste por inadimplência.** A rigor, implicou na prorrogação do vencimento das parcelas, as quais, na imensa maioria das vezes, foram pagas 60 (sessenta) dias depois da data prevista para tanto.

A validação dessa conduta importa, na verdade, no reconhecimento das figuras conhecidas como "surrectio" e "venire contra factum proprium", ambas decorrentes da aplicação da regra da boa-fé objetiva, positivada em nosso ordenamento jurídico no artigo 422 do Código Civil e mediante o qual "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé".

O comportamento repetido por relevante período, ainda que contrário à literalidade do contrato, vincula os contratantes, ao menos até manifestação expressa em sentido contrário, vale dizer, de que tal não mais será aceito, hipótese ausente na espécie. É, noutros termos, a criação de um direito pela vontade das partes que anteriormente não se encontrava previsto em termos jurídicos, ou seja, por meio da lei ou do contrato, mas que foi implementado com ciência e boa-fé de ambos os contratantes. Logo, sem efeito a notificação feita pela ré, porquanto sem levar em conta essa alteração tácita do contrato”.(Grifou-se)

5.1.3. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Trata-se de apelação cível nº 2007.001.65600¹³² interposta por um estabelecimento de ensino, proprietário de uma sala em um prédio comercial em Copacabana, Rio de Janeiro, objetivando reformar sentença que julgou procedente o pedido do Condomínio do referido edifício, determinando que o réu retirasse o letreiro luminoso instalado na fachada do prédio.

O Condomínio autor fundamentou seu pedido na suposta existência de riscos de graves acidentes, no fato de que a convenção condominial proíbe a instalação de letreiros e que a Prefeitura teria cancelado a autorização para a publicidade do estabelecimento.

De outro lado, sustenta a ré que nunca teve reclamações de outros ocupantes do edifício, que possui alvará de licença para seu estabelecimento há 25 (vinte e cinco) anos, que a atividade de ensino exige permanente promoção e divulgação, por isso, a retirada do letreiro poderia resultar em perdas de alunos e, conseqüentemente, inviabilizar a atividade de ensino exercida quase ininterruptamente há 30 anos.

¹³² “Rito ordinário. Obrigação de fazer. Retirada de letreiro luminoso de publicidade instalado na fachada das salas 202 e 203, das quais a ré é locatária, localizadas no 2º andar do prédio situado na Av. Nossa Senhora de Copacabana. Ré titular de autorização de publicidade concedida pelo órgão competente da prefeitura. O pedido de retirada do letreiro pelo condomínio, após quase 30 (trinta) anos de autorização tácita (art. 111 do cc) para a instalação e permanência do mesmo, inclusive com regularização junto ao órgão fiscalizador da prefeitura, resulta numa violação do princípio da confiança, mormente, com base no princípio da boa-fé objetiva, de vez que não há como a ré posicionar seu letreiro abaixo da marquise do prédio eis que tal espaço é completamente ocupado pelos letreiros das lojas que ocupam o andar térreo. A atividade desenvolvida no 2º andar de um prédio comercial exige permanente promoção e divulgação, sendo imprescindível a afixação de um letreiro, até mesmo como referência para a localização do estabelecimento. A retirada do letreiro pode inviabilizar uma atividade de ensino exercida há 25 anos no mesmo local. Provimento do recurso.” (Apelação Cível nº 2007.001.65600; Rel. Des. HELENA CANDIDA LISBOA GAEDE; DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL; ; Julgamento: 16/01/2008)

Cita-se, ainda, outro acórdão que trata claramente do instituto da *surrectio* sem, todavia, ser mencionado pelo Relator:

“Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis. Agravo retido conhecido e julgado simultaneamente com o mérito, porque com ele se confunde. Cobrança judicial de diferenças de aluguel em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo locador, que consentiu de forma reiterada, por mais de um ano, em receber valores aquém do ajustado. Conduta permanente e constante adotada pelo espólio credor, inspiradora de expectativa e confiança em sua manutenção, que surpreendentemente se vê contrariada por comportamento posterior, operando violação da boa-fé com que se houve o devedor. A boa-fé objetiva tem como finalidade, servir de princípio interpretativo, buscando identificar a real intenção dos contratantes. Vedação do *venire contra factum proprium* que decorre do princípio da confiança. Locador que poderia ter ressalvado o recebimento parcial do débito, porém omitiu-se quanto ao resguardo de seus eventuais créditos. Situação que se prolongou por longo tempo, sem que o credor tenha reclamado judicial ou extrajudicialmente qualquer diferença. A quitação de dívidas, disciplinada nos artigos 319 a 323 do Código Civil, é ato unilateral desempenhado pelo credor, portanto, eventuais dúvidas e omissões devem ser interpretadas em benefício do devedor. Manutenção do contrato. Provimento do recurso.” (TJRJ Apelação cível nº 2008.001.46862, Décima Câmara Cível, Rel. Des. CELSO PERES, j. 01.10.2008)

A partir da análise destes argumentos, a 14ª Câmara Cível constatou que, de fato, a ré, ora apelante, possui a sua sede naquele endereço desde sua constituição, há mais de 25 anos, que o letreiro lá está desde 1978 e que o órgão competente da Prefeitura reconheceu ser a apelante titular de autorização de publicidade.

Assim, a Egrégia Câmara observou que a controvérsia cingia-se, portanto, quanto à possibilidade do Condomínio exigir o cumprimento da Convenção (que proíbe a instalação de letreiros), mesmo após ter autorizado tacitamente a sua instalação durante quase 30 anos.

Com base na boa-fé objetiva e na tutela da confiança concluiu-se pela impossibilidade de se exigir o cumprimento da Convenção, que obrigaria a retirada do letreiro, pois a conduta estabilizada ao longo de toda a relação jurídica deve ser prestigiada. Caso contrário, a ré poderia suportar diversos prejuízos financeiros pela impossibilidade de atrair clientela na forma como vinha sendo feita.

O interessante deste acórdão é que se trata evidentemente do instituto da *surrectio*, pois houve um surgimento de um direito para o Condômino, em virtude de uma conduta reiterada em desacordo com a Convenção durante um enorme lapso temporal e tolerada pelo Condomínio. Isso despertou a legítima expectativa de que o direito de proibir a instalação de letreiros não seria mais exercido.

Existem situações em que nossos tribunais abordam hipóteses que claramente poderiam ser identificadas como casos de *surrectio*, *venire contra factum proprium*, *supressio*, *tu quoque* etc., mas em geral o fazem sem identificá-las ou com qualquer preocupação com tais figuras decorrentes da boa-fé, apenas cuidando de realçar quais são as características do caso concreto. Em outros casos, ainda, o enquadramento vem a ser feito, de modo genérico, denominando-se de *venire contra factum proprium*, por exemplo, situação que na realidade seria mais bem enquadrada como sendo de *surrectio*.

6. CONCLUSÃO

Verificou-se que a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser tanto positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa que pode ser traduzido em um dever geral de não prejudicar ninguém – *neminem laedere*.

Alguns desses deveres atingem todos indistintamente, como no caso dos direitos absolutos; outros, nos direitos relativos, atingem a pessoa ou pessoas determinadas.

Entende-se, assim, por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.¹³³

Esse dever jurídico deve pautar-se sempre na boa-fé objetiva que se consagrou no ordenamento jurídico brasileiro como cláusula geral, impondo sobre todos o dever de agir sempre com lealdade, transparência e correção, sem o propósito de prejudicar o outro.

A proibição do comportamento contraditório não é consagrada expressamente no ordenamento jurídico em vigor. Observa-se, no entanto, uma gama de dispositivos que vedam condutas incoerentes como uma expressão concretizante da boa-fé objetiva. Assim, essa cláusula geral atua como fundamento normativo do princípio da proibição do comportamento contraditório, que dá origem à Teoria dos Atos Próprios, e visa repelir tais atitudes contraditórias de partes integrantes de determinada relação jurídica.

Enquadra-se a referida vedação na mencionada terceira função da boa-fé objetiva – a de restrição ao exercício de direitos – que, no ordenamento jurídico brasileiro, realiza-se através da repressão ao exercício inadmissível do direito conforme se extrai do artigo 187 do Código Civil.

Dentre as várias figuras que coíbem o comportamento contraditório está a da *surrectio*, que impede a supressão imotivada de uma vantagem que tenha sido concedida por período de tempo razoável, ainda que em desconformidade com os contratos, estatutos,

¹³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Op. cit. p. 23.

regulamentos, contrato social e até a lei, gerando ao beneficiário a convicção de que pode contar com aquela vantagem.

A sua aplicação, todavia, está condicionada à presença de certos requisitos, tais como, a conduta inicial, a legítima confiança, o decurso de tempo, a modificação da relação jurídica, o comportamento contraditório e a existência de dano. A partir da existência destes pressupostos pode-se utilizar a *surrectio* para impedir que a incoerência e a conseqüente ruptura da confiança causem prejuízo àquele que aderiu à conduta inicial.

A doutrina e a jurisprudência ainda não consolidaram uma estruturação dogmática adequada deste instituto, todavia, é possível notar sua crescente aplicação, demonstrando a sua utilidade como forma de coibir determinados comportamentos contraditórios por violação à boa-fé e à confiança.

Nestes casos, como demonstrado no capítulo anterior, é admissível que o Judiciário, tendo sempre por escopo realizar a justa equação do direito, diante do caso concreto, conceda a medida necessária e suficiente para resguardar a situação jurídica *sub judice*, quer a título cautelar, antecipatório ou condenatório.

Em suma, para haja a vedação da conduta contraditória deve-se analisar o caso concreto e avaliar sempre qual a finalidade do direito – qual a razão de a norma jurídica o proteger. Se o titular do direito estiver agindo de acordo com a finalidade, se seu interesse se direcionar ao fim preconizado pelo ordenamento, o direito deve ser reconhecido. Caso contrário, haverá abuso e, por conseguinte, não se protegerá a pretensão do titular do direito, porque há um exercício anti-social desse poder. Impõe-se, portanto, proceder a uma análise teleológica do direito e do ato, para ver se ele se justifica sob o enfoque social.¹³⁴

¹³⁴ CASTRO NEVES, José Roberto de. *Uma introdução ao direito civil: parte geral*, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 178.

7. BIBLIOGRAFIA

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Equidade no Código Civil Brasileiro*. R. CEJ, Brasília, nº 25, p. 17, abr./jun. 2004.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. 5. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, Padma, v. 1, jan/mar 2000.

BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*, Tomo I. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

CASTRO NEVES, José Roberto de. *Uma Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 351, jul./set. 2000.

_____. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997

DIDIER JR., Fredie. *Curso Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10ª ed. Bahia: Juspodvum, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 5.11a.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. In: *IV Jornada de Direito Civil*, vol. I. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

GOMES, Elena de Carvalho. In: *IV Jornada de Direito Civil*, vol. I. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 838, Ago/2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa de Consumidor – O novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica – arts. 461, CPC, e 84, CDC*. 2ª ed. Revista, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo CC Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

_____. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *A boa-fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, tomo I, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Segurança Jurídica e Confiança Legítima. Fundamentos do Estado de Direito – Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações*, tomo I, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, vol. IV, 32. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*, São Paulo: Saraiva, 1994.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*. Revista de Direito Privado, nº 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 7, julho-setembro de 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. II, 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Vol. III, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade Civil Pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *PERFIS DO DIREITO CIVIL – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. *Sobre a proibição do comportamento contraditório venire contra factum proprium no Direito Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, vol. 16, out/dez 2003.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. *Teoria da aparência*. Porto Alegre: AJURIS, n. 24, mar. 1982.

_____. *Direito das Obrigações*, 2. Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSENVOLD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva: 2005.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*, 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOMBRA, Thiago. In: *IV Jornada de Direito Civil – vol. I*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; Heloisa Helena Barboza; Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.