

A vedação de *venire contra factum proprium* e sua relação com os princípios da confiança e da coerência

Véra Jacob de Fradera

RESUMO

O artigo analisa a proibição de *venire contra factum proprium* como cláusula autorizadora de responsabilização daquele que viola a legítima expectativa do outrem, nele depositada, por representar quebra de confiança e ofensa ao princípio da coerência, princípios que juntamente com a boa fé objetiva inspiram as relações negociais, inclusive suas tratativas.

Palavras-chave: Proibição de *venire contra factum proprium*. Princípio da confiança. Princípio da coerência. Boa fé objetiva.

The prohibition of the *venire contra factum proprium* and his relation with the principles of the trust and of the coherence

ABSTRACT

The article analyzes the prohibition of the *venire contra factum proprium* as clause that authorizes the responsabilization of that that violates the legitimate expectation of somebody else, in him deposited, for representing trust break and offense to the principle of the coherence, principles that together with the objective good faith inspire the negotial relations, besides their negotiations.

Keywords: Prohibition of the *venire contra factum proprium*. Trust Principle. Principle of the coherence. Objective good faith.

INTRODUÇÃO

A proibição de *venire contra factum proprium* deve ser relacionada, em primeiro lugar, à violação da confiança, cujos fundamentos estão no princípio da segurança jurídica, princípio formando uma espécie de *nebulosa*¹ com os da não-retroatividade e do respeito aos direitos adquiridos.

Véra Jacob de Fradero é Professora no PPGD da UFRGS. Doutora em Direito pela Université de Paris II Up II, PARISII, França. Advogada.

Este trabalho teve como origem a formulação de proposta de enunciado aos artigos do Código Civil, apresentada nas IV Jornadas de Direito Civil do STJ, em outubro de 2006. A proposta foi acolhida, conforme enunciado 362, infelizmente, em versão modificada, assim redigida: *A vedação de comportamento contraditório (venire contra factum proprium) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos artigos 187 e 422 do CC.*

¹ Cf. Fr. HUBEAU, «Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes». In: *Cahiers de droit européen*, 1983, 2-3, p.143 e seq.

Com efeito, 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 (ou alicerce) do direito privado,² após a autonomia privada (*Privatautonomie*) o primeiro deles. A Boa Fé seria um terceiro princípio, ao qual funções são atribuídas, tais como interpretação, controle do exercício dos direitos subjetivos e concretização. De acordo com a lição de Karl Larenz, a confiança é o “reflexo da moral social,³ uma vida em comum, pacífica ou próspera, não é possível sem um mínimo de confiança; uma sociedade na qual cada um desconfiasse do outro, conduziria a um estado de guerra latente”.

O § 242 do *BGB*, onde o legislador regula o comportamento do devedor⁴ na relação contratual, é um exemplo, talvez o mais importante, da aplicação do princípio da confiança no direito alemão. Desta sorte, o princípio da confiança é anterior ao da boa fé objetiva, esta seria uma natural derivação daquele, e sua finalidade, na maioria dos ordenamentos, serviria a animar, fortalecer e fazer progredir o mercado, de um modo geral, mediante a imposição de deveres aos contratantes, independentemente do pactuado em sua avença.

O Direito alemão concebe a boa fé objetiva como um princípio, uma norma superior, dominando todo o sistema.⁵

Claude Witz, civilista alsaciano, ao estabelecer um paralelo entre os dois pilares do direito privado alemão, a autonomia privada e o princípio da confiança, distingue-os da seguinte forma: *enquanto a autonomia privada é a expressão da auto-determinação (Selbstbestimmung) dos participantes do ato jurídico, o princípio da confiança se relaciona à idéia de responsabilidade individual (Selbsterantwortung)*. Desta sorte, neste último caso, as consequências jurídicas se produzem *ex lege*⁶ e não *ex voluntate*, como no âmbito da autonomia privada. Acreditamos ser essa a “chave”

² Este princípio não consta de forma expressa no *BGB*.

³ Karl LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* § 2º IV, p.43. Ein Lehrbuch, 4.ed. München, C. H. Beck, 1977.

⁴ O legislador refere-se, no texto do § 242 ao “devedor”, mas, na verdade, a norma destina-se também ao credor, cf. têm interpretado a doutrina e jurisprudência germânicas.

⁵ Outras codificações, a japonesa, por exemplo, coloca o princípio no início de seu Código Civil e seu âmbito de ação se circunscreve ao direito civil, excluindo o direito público, mas conferindo-lhe uma posição de destaque. No Código Civil brasileiro de 2002, a Boa Fé Objetiva está prevista expressamente, nos artigos 113 e 422, tendo aplicação em outros ramos do Direito, além do Direito Civil, por exemplo, no direito do trabalho, no processo civil, e no direito administrativo. É importante referir a concepção sobre a Boa Fé como *standard*, isto é, modelo de comportamento, e a Boa Fé como princípio, *uma idéia geral, extraída de um conjunto de regras ligadas entre si por uma certa relação lógica, e é a idéia comum, situada na base de todas essas regras, que é formulada sob a forma de «princípio»* O traço mais característico do princípio é a abstração. Um princípio é extraído das regras. Mediante um trabalho de pura indução lógica, eliminando-se as particularidades de cada regra, para manter apenas uma concepção ideal e puramente subjetiva, e dela fazer uma realidade permanente e objetiva, cf. AL-SANHOURY, *Le standard juridique*, ref. por B. JALUZOT, *op.cit.* p. 71. Em português, vide o excelente estudo de Humberto Bergmann ÁVILA *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Editora Malheiros, 04-2003, 127 páginas. No Brasil, a Boa Fé é referida ora como *standard*, ora como princípio, no *Code Napoléon* e no *Uniform Commercial Code* Americano, como *standard*. Na Alemanha, como princípio. Para maior aprofundamento sobre essa distinção, consultar nosso “*A Boa Fé Objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato*”, in *Fundamentos do Estado de Direito, Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*, Organizador: Humberto ÁVILA, Editora Malheiros, 2005, p.357 e seqs.

⁶ Claude WITZ, *Droit Privé Allemand*. LITEC, Paris, 1992, nº 109, p. 110 e seqs.

para dirimir as dúvidas, que pairam em nossa doutrina, acerca da anterioridade da confiança em relação à boa fé, pois esta está alicerçada naquela e não o contrário, como vem sido sustentado entre nós, por vários autores.

Na primeira parte deste trabalho, trataremos do fundamento da proibição de *venire contra factum proprium*, para, num segundo momento, abordarmos a questão das tratativas, fase antecedente ao contrato, onde situa-se uma das hipóteses de proibição de *venire contra factum proprium*, desde que tenha havido a formação de uma certa confiança na contra-parte, de que o contrato seria formado.

I PARTE: O FUNDAMENTO DA PROIBIÇÃO DE *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

Quem viola a confiança nele depositada pela outra parte, deve ser responsabilizado por isso, daí a proibição de *venire contra factum proprium*.

Com efeito, uma vez confiante a parte, de que não será cobrada ou exigida pelo titular do direito, este não mais poderá compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, porque essa exigência representaria uma quebra da confiança.

Na mesma esteira, a doutrina francesa mais recente tem se manifestado com respeito ao reconhecimento da incidência do conceito de confiança legítima,⁷ na relação contratual, como Denis Mazeaud,⁸ Jean Carbonnier,⁹ Muriel Fabre-Magnan,¹⁰ Jacques Mestre¹¹ e Horatia Muir Watt,¹² doutrina essa reputada como avançada, em relação àquela dita clássica,¹³ defensora da ampla liberdade contratual, tão cara aos redatores do *Code*.

Assim, de acordo com o magistério de Denis Mazeaud¹⁴ *a sanção à violação da confiança legítima de um contratante por seu comportamento incoerente é, em direito francês, a versão mais usual desse conceito*. Destarte, a quebra da confiança tem como consequência uma situação de incoerência contratual.

Outro exemplo importante a confirmar a quebra da confiança, como consequência de um *venire contra factum proprium* é sua adoção, pelos Princípios UNIDROIT, versão 2004, artigo 1.8, intitulado “Proibição de se contradizer” onde se lê: “Uma parte não pode agir contraditoriamente em relação a uma expectativa por ela suscitada na contraparte, quando esta última nela acreditou razoavelmente e, em consequência, sofreu uma desvantagem”.

⁷ A doutrina francesa traduz a expressão *Vertrauensgrund*, como princípio da confiança legítima.

⁸ In “La Confiance légitime et l’Estoppel”. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 2, avril-juin 2006, págs. 362- 392, Paris.

⁹ In *Droit Civil, les Obligations*, PUF, 2004, nº 21, Paris;

¹⁰ In *Les Obligations*, PUF, 2004, nº 28, 30, 34 e 89.

¹¹ *Obligations en Général, Chroniques*. In: *Revue Trim. D.Civ.*, nº 1-2002, Chr. nº 7.

¹² “Pour l’accueil de l’estoppel en droit privé français”. In: *Mélanges Ivon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p.303 e seqs.

¹³ Jacques GHESTIN, por exemplo.

¹⁴ *Loc. e op. cit.*, p.367.

Isto posto, passaremos a abordar a questão relativa ao rompimento das tratativas, tema muito versado, mas onde não reina a unanimidade, justamente devido às diferenças entre os sistemas da Common Law e da Civil Law, no pertinente à noção de contrato e de fase pré-contratual.

II PARTE: TRATATIVAS E CONFIANÇA, UMA RELAÇÃO ÓBVIA E NECESSÁRIA

Uma maneira de confirmar as idéias até aqui expostas, é deslocarmos nossa atenção à fase pré-contratual, onde, uma vez mais, encontraremos a violação da confiança erigida como fundamento da responsabilização pelo rompimento injustificado das tratativas.

Assim, na esfera da *Common Law*, o princípio da *freedom of negotiation*, autoriza as partes entrar em negociação sem o risco da responsabilidade pré-contratual, pois não existe responsabilidade civil, enquanto o contrato está sendo construído, formado, ou seja, antes da aceitação da oferta. Esta concepção é consequência da concepção de contrato, fundada em aspectos econômicos, adotada pelos membros da família da *Common Law*, ou seja: além da troca de consentimentos, a formação do contrato exige uma *consideration*,¹⁵ a contra-partida sem a qual o contrato não se pode formar. Por não existir a *consideration* na fase pré-contratual, não admitem os juristas ingleses a responsabilidade civil pelo rompimento nessa fase. Ora, esse posicionamento foi alterado em alguns casos, onde uma das partes, aquela prejudicada pelo rompimento das tratativas já em grau avançado, recobrou o que havia perdido em razão do reconhecimento da *reliance* (confiança), originada a partir da promessa da outra parte.¹⁶

Esta decisão teve seu embasamento na consideração de uma promessa não concretizada, que havia gerado uma confiança.¹⁷ Na fase pré-contratual, portanto, a frustração injustificada da confiança conduz à responsabilização.

¹⁵ A noção clássica de *consideration* é a de contra-partida. V. Basil MARKESINIS, *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Hart Publishing Oxford, 1997, p.47, onde o renomado juiz, membro da Suprema Corte inglesa, faz um estudo comparativo entre *Causa e Consideration*.

¹⁶ O reconhecimento dessa *reliance* deve-se aos escritos do professor ATIAH, inspirado em um artigo de autoria de F. KESSLER; E. FINE, intitulado "Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: a comparative Study". In: *Harvard Law Review*, nº 77, p.401– 408, 1964. Vide os comentários a respeito, em nosso "Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte". In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.34, n.136, out./dez.1997, p.169 e seqs.

¹⁷ Caso *Hoffmann v. Red Owl Stores*, 26 Wisconsin 2 d, 683,133, w.2 d 267 (1965).

¹⁸ O artigo 422 do Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe: os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa fé. O legislador não referiu a incidência do princípio da boa fé objetiva na fase anterior ao contrato, talvez por entender estar ela fundada na confiança, derivada do contato social, ou seja, considerou-a fase do não-direito, mundo dos fatos, imune ao direito. Contudo, uma vez instaurada a confiança numa das partes, de que o contrato seria firmado, a frustração injustificada dessa expectativa, gera indenização.

No plano do direito brasileiro, Clóvis do Couto e Silva, há muitos anos, advogava a confiança frustrada como fundamento da responsabilização pelo rompimento abrupto e injustificado das tratativas, pois considerava a fase pré-contratual como um contato social, não tão próximo como o contrato, mas capaz de suscitar confiança entre as partes.¹⁸

CONCLUSÃO

A guisa de conclusão destas breves reflexões, resta-nos mencionar a estreita relação entre confiança e segurança jurídica: a vedação de *venire contra factum proprium* repousa sobre a necessidade de confiança no tráfico jurídico, confiança essa relacionada à segurança, um dos valores máximos do direito, capaz de, assim como a Boa Fé Objetiva, tornar possível contratar, pois mantida a coerência do comportamento entre os contratantes.