

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.040.606 - ES (2008/0056046-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**  
**RECORRENTE** : CONSTRUTORA SA CAVALCANTE LTDA  
**ADVOGADO** : ALOÍZIO FARIA DE SOUZA FILHO E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : TANIA MARIA SGARIA COMARELLA  
**ADVOGADO** : WAGNER DOMINGOS SANCIO

**EMENTA**

**DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PACTUAÇÃO, POR ACORDO DE VONTADES, DE DISTRATO. RECALCITRÂNCIA DA DEVEDORA EM ASSINAR O INSTRUMENTO CONTRATUAL. ARGUIÇÃO DE VÍCIO DE FORMA PELA PARTE QUE DEU CAUSA AO VÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AUFERIMENTO DE VANTAGEM IGNORANDO A EXTINÇÃO DO CONTRATO. DESCABIMENTO.**

1. É incontroverso que o imóvel não estava na posse da locatária e as partes pactuaram distrato, tendo sido redigido o instrumento, todavia a ré locadora se recusou a assiná-lo, não podendo suscitar depois a inobservância ao paralelismo das formas para a extinção contratual. É que os institutos ligados à boa-fé objetiva, notadamente a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*, repelem atos que atentem contra a boa-fé objetiva.
2. Destarte, não pode a locadora alegar nulidade da avença (distrato), buscando manter o contrato rompido, e ainda obstar a devolução dos valores desembolsados pela locatária, ao argumento de que a lei exige forma para conferir validade à avença.
3. Recurso especial não provido.

**ACÓRDÃO**

A Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012(Data do Julgamento)

**MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2008/0056046-1

**PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.040.606 / ES**

Números Origem: 35020712457 35069001796

PAUTA: 19/04/2012

JULGADO: 19/04/2012

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : CONSTRUTORA SA CAVALCANTE LTDA

ADVOGADO : ALOÍZIO FARIA DE SOUZA FILHO E OUTRO(S)

RECORRIDO : TANIA MARIA SGARIA COMARELLA

ADVOGADO : WAGNER DOMINGOS SANCIO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.040.606 - ES (2008/0056046-1)**

RECORRENTE : CONSTRUTORA SA CAVALCANTE LTDA  
ADVOGADO : ALOÍZIO FARIA DE SOUZA FILHO E OUTRO(S)  
RECORRIDO : TANIA MARIA SGARIA COMARELLA  
ADVOGADO : WAGNER DOMINGOS SANCIO

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):**

1. Tania Maria Sgaria Comarella ajuizou ação em face da Construtora Sá Cavalcante Ltda., sustentando que, em 5 de setembro de 2000, celebrou contrato com a ré, por instrumento particular, tendo por objeto a cessão dos direitos de uso de infra-estrutura técnica e de fruição de plano operacional global junto ao Shopping Praia da Costa. Afirma que o contrato teria prazo de vigência de 60 meses, tendo a cessionária que arcar com o valor total de R\$ 61.560,00, dos quais já pagou R\$ 41.521,30. Sustenta que a avença é diretamente vinculada a um contrato de locação, tendo por objeto o salão de uso comercial, localizado no 3º pavimento do Shopping, assinado, na mesma data, pelas mesmas partes, prevendo igual prazo de vigência, ficando também estabelecido que só haveria pagamento pela locação após a entrega do imóvel.

Informa que, em julho de 2002, iniciou tratativas com a ré visando a rescisão contratual que, por vontade recíproca, resultaram em um segundo pacto, pelo qual, do valor total de R\$ 41.521,30, que havia desembolsado, teria direito à devolução de R\$ 28.938,36, divididos em seis parcelas mensais. Argumenta que, após os prepostos da ré e as testemunhas terem assinado a minuta dos termos de rescisão contratual, a requerida passou a postergar a assinatura dos termos definitivos e, também, deixou de reembolsar a quantia convencionada, frustrando a sua expectativa de receber o que lhe é devido.

Pretende a autora a declaração de rescisão contratual, cumulada com indenização por dano material e moral.

O Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Vila Velha - ES julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, denegando apenas o pleito de compensação por danos morais e também julgou improcedente a reconvenção.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos para determinar que o

# *Superior Tribunal de Justiça*

prazo para pagamento das verbas da condenação tem por termo inicial a intimação do trânsito em julgado da sentença, incidindo atualização a partir da mora contratual.

Interpuseram as partes apelações para o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que deu parcial provimento aos recursos, apenas no tocante a verba honorária.

A decisão tem a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO PARTICULAR DE CESSÃO DE DIREITOS DE SALÃO COMERCIAL EM SHOPPING CENTER. DISTRATO VERBAL. CABIMENTO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO PARALELISMO. BOA-FÉ OBJETIVA. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS. PROIBIÇÃO DE CONCESSÃO DE VANTAGEM À PARTE CUJA CONDUTA FOI CONTRADITÓRIA E INCOERENTE. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL DA LOJISTA. HONORÁRIOS NA DEMANDA ORIGINAL E NA RECONVENCIONAL. FIXAÇÃO EM PERCENTUAL EXCESSIVO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO ADESIVA. DANO MORAL ORIUNDO DO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO AJUSTADA. DESCABIMENTO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS DE UMA SÓ VEZ. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Quando para o contrato não exige a lei solenidade própria, o seu distrato pode ser feito por forma diversa, até verbalmente ou, mesmo, decorrer de fato que dispense expressa manifestação de vontade dos pactuantes.

II. Se o contrato já havia sido objeto de distrato desde o acordo de vontade das partes manifestado verbalmente, afigura-se irrelevante o fato de uma delas ter demorado a devolver o instrumento, pois a avença originária, sob o prisma técnico-jurídico, já havia sido objeto de extinção mediante ajuste bilateral, de modo que o documento escrito somente teria valia para fins meramente probatórios.

III. No âmbito do novo Código Civil, a salvaguarda da boa-fé e a manutenção da confiança e das expectativas legítimas formam a base dos negócios jurídicos, quer no momento pré-contratual, quer no pós-contratual.

IV. O comportamento contraditório da construtora atrai a aplicação da chamada Teoria dos Atos Próprios, pois não pode se beneficiar da sua conduta incoerente e antagônica, especialmente quando, após aceitar o distrato e se oferecer para reduzi-lo a termo, algum tempo depois recusa-se a assinar o instrumento que sua própria assessoria jurídica elaborou.

V. Se a causa não apresentou grande complexidade, impõe-se a redução do percentual fixado a título de honorários de 20 (vinte) para 15% (quinze por cento).

VI. Se na demanda originária houve sucumbência recíproca, impõe-se o rateio e a compensação das verbas sucumbenciais, que deverão respeitar a proporção de 1/4 (um quarto) em favor do Apelante e seus advogados e de 3/4 (três quartos) em prol da Apelada e seu patrono.

VII. O descumprimento contratual, por si só, não afeta os direitos da personalidade a ponto de deflagrar a obrigação de indenizar eventuais danos morais.

VIII. Se decorrido o prazo contratualmente previsto para a restituição, deverá ela ocorrer imediatamente e em parcela única, uma vez que o reconhecimento do direito à devolução, na forma contratual, não importa renovação do prazo para cumprimento da obrigação.

IX. Recursos parcialmente providos.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Inconformada com a decisão colegiada, a ré interpôs recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal sustentando divergência jurisprudencial e violação aos artigos 1.093 do Código Civil de 1916 e 2.035 do Código Civil atual.

Afirma que, no caso, incide o artigo 1.093 do Código Civil de 1916, e não o artigo 472 do Código Civil atual, pois era aquele Diploma que vigia quando dos fatos.

Sustenta que, se o contrato foi escrito, o distrato não poderia, em nenhuma hipótese, ocorrer de forma diversa.

Assevera que o artigo 472 do Código atual também dispõe que o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o pacto e que, se as partes resolveram contratar por escrito, é porque pretendem ter a segurança que um contrato verbal não propicia e por isso deve ser observado o paralelismo das formas.

Alega que não se aplica ao caso a teoria do *venire contra factum proprium*, pois a sua conduta não é incoerente, pois embora tenha aceito o distrato verbal redigido a termo, o fato é que a requerida demorou muito para assinar, por isso ficou impossibilitada de alugar o imóvel para outro locatário até 28 de janeiro de 2004.

Em contrarrazões, afirma a recorrida que: a) recorrente pretende o reexame de provas; b) não houve demonstração da divergência jurisprudencial; c) não há violação ao artigo 1.093 do Código Civil de 1916, pois o reconhecimento da extinção do contrato é fato incontroverso.

O recurso especial foi admitido.

É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.040.606 - ES (2008/0056046-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**  
**RECORRENTE** : **CONSTRUTORA SA CAVALCANTE LTDA**  
**ADVOGADO** : **ALOÍZIO FARIA DE SOUZA FILHO E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **TANIA MARIA SGARIA COMARELLA**  
**ADVOGADO** : **WAGNER DOMINGOS SANCIO**

**EMENTA**

**DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PACTUAÇÃO, POR ACORDO DE VONTADES, DE DISTRATO. RECALCITRÂNCIA DA DEVEDORA EM ASSINAR O INSTRUMENTO CONTRATUAL. ARGUIÇÃO DE VÍCIO DE FORMA PELA PARTE QUE DEU CAUSA AO VÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AUFERIMENTO DE VANTAGEM IGNORANDO A EXTINÇÃO DO CONTRATO. DESCABIMENTO.**

1. É incontroverso que o imóvel não estava na posse da locatária e as partes pactuaram distrato, tendo sido redigido o instrumento, todavia a ré locadora se recusou a assiná-lo, não podendo suscitar depois a inobservância ao paralelismo das formas para a extinção contratual. É que os institutos ligados à boa-fé objetiva, notadamente a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*, repelem atos que atentem contra a boa-fé objetiva.

2. Destarte, não pode a locadora alegar nulidade da avença (distrato), buscando manter o contrato rompido, e ainda obstar a devolução dos valores desembolsados pela locatária, ao argumento de que a lei exige forma para conferir validade à avença.

3. Recurso especial não provido.

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):**

2. Quanto à alegação de ter havido indevida aplicação do artigo 472 do Código Civil atual para fatos ocorridos na vigência do Código de 1916, entendo que a tese não procede, pois a sentença claramente se vale do artigo 1.093 do Código Civil de 1916, conforme exhaustivamente esclarecido no acórdão recorrido que refutou essa mesma alegação, *verbis*:

Em seu petição recursal de fls. 385/396, a Primeira Apelante alega que a sentença seria nula, pois o novo Código Civil não seria aplicável ao caso vertente.

Em que pese o brilhantismo de tal argumento, penso que ele não merece prosperar.

Embora a sentença mencione, de passagem, o art. 472 do novo Código Civil, não é preciso grande esforço para se extrair que o referido ato decisório está amparado, na verdade, no art. 1.093 do CCB/16, como bem demonstra o trecho reproduzido abaixo:

"[...] a interpretação do art. 472, dada pelos Tribunais pátrios, **desde a vigência da antiga redação deste dispositivo**, vem sendo no sentido de que a exigência da mesma formalidade para o distrato só se dá quando a lei exigir forma específica para a confecção do contrato inicial." [Destaquei]

Tanto isso é verdade que os dois julgados do STJ transcritos à fl. 366 são anteriores ao Código Civil de 2002, deixando claro que a julgadora apenas fez referência ao art. 472 da nova codificação para compará-lo com o art. 1.093 do Diploma Beviláqua.

O mesmo se diga, outrossim, do escólio doutrinário reproduzido às fls. 366/367, que também se refere a comentário ao art. 1.093 do CCB/16.

Por fim, cumpre ressaltar que a própria Magistrada, no bojo da decisão de fls. 383/384, esclareceu que na verdade estava se referindo ao art. 1.093 do antigo estatuto civil e não ao art. 472 do novo Código Civil. (fls. 560-561)

3. A principal questão controvertida a ser apreciada consiste em saber se, mesmo sendo incontroverso que, por acordo de vontade entre as partes, foi pactuado distrato, tendo sido redigido o instrumento contratual que, todavia, por recalcitrância da locadora não foi assinado, se há falar em violação ao artigo 1.093 do Código Civil de 1916, que previa o paralelismo das formas.

O acórdão recorrido dispôs:

Antes de tecer considerações que me parecem pertinentes, tomo a liberdade de fazer um breve esboço histórico, que certamente facilitará a compreensão dos fatos subjacentes.

A Sr<sup>a</sup> Tânia Maria Sgaria Comarella, ora Apelada, celebrou com a Apelante, por instrumento particular, um contrato de cessão de direitos e outras avenças, relativo a um salão de uso comercial situado no Shopping Praia da Costa.

Em julho de 2002, isto é, antes da entrega da loja e da inauguração daquele

importante empreendimento, as partes iniciaram negociações para extinguir o ajuste firmado, mediante o subsequente reembolso - pela Recorrente - de parte do valor despendido até então pela Recorrida.

As partes chegaram a um consenso sobre o distrato e a Apelante, inclusive, comprometeu-se a elaborar um outro instrumento particular para formalizar o referido negócio jurídico.

Acontece, entretanto, que no momento da assinatura o representante legal da Recorrente recusou-se a fazê-lo, fato este que deu azo à propositura da ação originária, na qual a Recorrida pleiteou o reconhecimento da resolução bilateral, o reembolso das quantias pagas, a entrega das notas promissórias restantes e indenização por danos morais.

[...]

Pois bem. O primeiro fundamento do recurso sob exame se refere ao desrespeito ao princípio do paralelismo, pois a Recorrente entende que o distrato somente poderia ter ocorrido pela mesma forma seguida pelo contrato, isto é, por escrito.

Em que pese o brilho de tal tese, penso que ela não merece prosperar.

Pode-se dizer que, como regra, para ter validade o distrato requer a mesma forma exigida para o contrato. É o que se denomina, inclusive, de paralelismo das formas, ou simetria formal.

Trata-se, entretanto, de regra que comporta exceção.

Se a forma não for obrigatória - como ocorre no caso em apreço - o distrato pode ser feito por qualquer modo, inclusive verbalmente. Neste sentido, inclusive, aponta a lição do inesquecível ORLANDO GOMES, senão vejamos:

*"[...] Quando é da substância, o distrato não pode ser feito senão como o contrato. Se a lei exige a escritura pública para a validade deste, as partes não podem distratá-lo por instrumento particular. Nessa hipótese, o distrato somente vale se também realizado por escritura pública. Mas se não exige forma determinada, a preferência que as partes manifestam não obriga a observá-la no distrato. Contrato por escritura pública não obrigatória pode desfazer-se por escrito particular, nada obstando, do mesmo modo, que seja distratado verbalmente contrato celebrado por escrito."* (In "Contratos", Forense, 16ª edição, 1995, p. 184).

O Colendo STJ, insta frisar, não diverge da solução preconizada pelo grande civilista baiano. É a conclusão que se extrai da leitura de dois julgados, a saber: do RESP 5317/RS (3ª T., Rel. Min. DIAS TRINDADE, julgado em 30/04/1991 e publicado no DJ de 03/06/1991) e também do AgRg no Ag 214778/SP (3ª T. Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, julgado em 25/10/1999 e publicado no DJ de 08/03/2000).

[...]

Em segundo plano, a Recorrente defende que a não-assinatura do distrato deve ser creditada à atitude da apelada, que demorou a devolver o instrumento particular.

Se o contrato já havia sido objeto de distrato desde o acordo de vontade das partes manifestado verbalmente, afigura-se irrelevante o fato de uma delas ter demorado a devolver o instrumento, pois a avença originária, sob o prisma técnico-jurídico, já havia sido objeto de extinção mediante ajuste bilateral, de modo que o documento escrito somente teria valia para fins meramente probatórios.

A partir do momento em que a Apelante, à fl. 128, admite e confessa ter aceito a extinção contratual pretendida pela Apelada, afigura-se contraditória e incoerente a posterior recusa da primeira no concernente à assinatura do

termo do distrato, que enseja, como se verá a seguir, a sua responsabilidade pelos fatos ocorridos.

[...]

Pois bem. Se no caso vertente a extinção do contrato ocorreu por força da disposição de vontade das partes consubstanciada no distrato, cumpre saber se assistiria à Apelada alguma responsabilidade pós-contratual no tocante à loja que permaneceu fechada.

Em que pese o brilho das alegações da Apelante reputo que a Recorrida não deve ser responsabilizada pelos eventuais danos.

Isso porque, no caso vertente, penso que a conduta da Apelante atrai a aplicação da chamada "Teoria dos Atos Próprios", pois não pode se beneficiar da sua conduta incoerente e antagônica, máxime se considerar que os fatos por ela mencionados são posteriores ao distrato e decorrentes, em última análise, de sua própria inércia.

Examinando-se o contrato de fls. 86/87 (que, a despeito de não ter sido assinado por ambas as partes, iria servir para fins de prova), extrai-se que desde as tratativas a locatária devolveu a loja à locadora, livre de pessoas e de coisas, com todas as suas instalações estruturais e benfeitorias. É o que se depreende com clareza do item 2º (segundo) da avença em questão.

As próprias pessoas que intermediaram o distrato, insta frisar, acreditaram que antes mesmo da assinatura do termo específico a extinção já havia sido aperfeiçoada. É o que se conclui, com clareza solar, do relato da testemunha Cláudio Luiz Mauro de Queiroz (fls. 337/338).

No tocante à suposta demora na entrega do termo de distrato pela Apelada como fator legitimante da recusa da Apelante em assiná-lo, tal fato não me parece relevante, pois se a extinção já havia sido ajustada verbalmente (inclusive com o conhecimento de terceiros) não havia qualquer restrição para a locação da loja a possíveis interessados. (fls. 562-567)

### 3.1. Nesse passo, mister transcrever o artigo 1.093 do Código Civil de 1916:

Art. 1.093. O distrato faz-se pela mesma forma que o contrato. Mas a quitação vale, qualquer que seja a sua forma.

Não se desconhece que há precedentes deste Colegiado perfilhando o entendimento de que, em linha de princípio, para o desfazimento do contrato escrito, é necessária a mesma forma para o distrato (REsp 184.258/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2000, DJ 12/02/2001, p. 119, REsp 24.053/GO, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/1992, DJ 07/12/1992, p. 23320).

Também não se ignora que, como citado no acórdão recorrido, há precedentes da colenda Terceira Turma manifestando que só é preciso que o distrato tenha a mesma forma do contrato quando essa é necessária para a validade do ato:

Recurso especial. Prequestionamento. Distrato. Forma Necessário o prequestionamento, inclusive quanto a eventuais violações à lei, surgidas no próprio acórdão recorrido, em virtude de vício do julgamento.

Só é de exigir-se tenha o distrato a mesma forma do contrato quando exigida

para validade desse.

(AgRg no Ag 214778/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/1999, DJ 08/03/2000, p. 109)

CIVIL. PROCESSUAL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. DISTRATO.

1. QUANDO PARA O CONTRATO NÃO EXIGE A LEI SOLENIDADE PRÓPRIA, O SEU DISTRATO PODE SER FEITO POR FORMA DIVERSA, ATÉ VERBALMENTE OU, MESMO, DECORRER DE FATO QUE DISPENSE EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DOS PACTUANTES.

2. NÃO CABE EM RECURSO ESPECIAL, REEXAME DE PROVAS QUE FORAM ADOTADAS PELO ACÓRDÃO PARA TER POR VERIFICADA A RESILIÇÃO DE CONTRATO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE VENDA, EM FORMA DE PRE-CONTRATO.

3. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA QUE NÃO CONTEM OBRIGAÇÃO DE CONCLUIR O NEGÓCIO, NÃO SERVE A DAR SUPORTE AO PROCEDIMENTO DO ART. 27 DA LEI 6766/79.

(REsp 5317/RS, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/04/1991, DJ 03/06/1991, p. 7421)

3.2. No entanto, penso que, tendo em vista a peculiaridade da moldura fática, a forma utilizada para o distrato não é o ponto nevrálgico para a solução da controvérsia.

De fato, é incontroverso - consoante apurado pelo Tribunal *a quo* - as partes pactuaram o distrato, tendo sido redigido o instrumento, todavia, por considerar que a locatária demorou para devolver o documento, a ré locadora se recusou a assiná-lo (conforme transcrito supra).

Como visto, a moldura fática informa também que as pessoas que intermediaram o acordo de vontades davam como certo que o contrato havia sido extinto, e que não havia mais nenhuma restrição para que o salão comercial pudesse ser locado a terceiros.

Outrossim, os fatos ocorreram na vigência do Código Civil de 1916 e, conforme precedente desta Corte, não se aplica aos contratos locatícios o Código Defesa do Consumidor, Diploma que, tal qual o Código Civil atual, expressamente consagra a boa-fé objetiva:

LOCAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACESSÃO. INDENIZAÇÃO. RENÚNCIA.

1. Esta Corte firmou compreensão no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios.

2. Não é nula a cláusula em que se renuncia ao direito de indenização nas hipóteses de acessão em terreno locado, prestigiando o princípio da autonomia das vontades.

3. Recurso conhecido e improvido.

(REsp 439.797/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 26/05/2003, p. 380)

4. Assim, devo ressaltar que as premissas jurídicas aplicáveis à espécie são aquelas vigentes à época dos fatos, ocorridas antes da edição do atual Código Civil, o qual positivou dois princípios de sobredireito regentes das relações jurídicas privadas, quais sejam, a função social do contrato (art. 421) e a boa-fé objetiva (art. 422).

Tais princípios fincaram-se na codificação vigente como cláusulas gerais, dirigidas precipuamente ao julgador, afigurando-se como instrumentalizadoras do sistema, a emprestar a este um aspecto móbil apto a mitigar a rigidez da norma posta, legalmente ou contratualmente.

Não obstante, não se concebe que o direito - este entendido em sua amplitude maior, de direito legislado, jurisprudência e doutrina - desconhecia esse princípio previsto no atual Código de 2002.

Tanto é assim que Pontes de Miranda leciona, em seu Tratado de Direito Privado", Tomo III, Editora BookSeller, p. 374:

Rigorosamente, as regras de boa-fé entram nas regras do uso do tráfico, porque tratar lisamente, com correção, é o que se espera encontrar nas relações da vida. Os usos do tráfico, mais restritos, ou mais especializados, apenas se diferenciam, por sua menor abrangência. Quando se diz que a observância do critério da boa-fé, nos casos concretos, assenta em apreciação de valores, isto é, repousa em que, na colisão de interesses, um deles há de ter maior valor, e não em deduções lógicas, apenas se alude ao que se costuma exigir no trato dos negócios. Regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não-cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e de certo modo servirem de regras interpretativas.

Nesse diapasão, o vetusto Código Comercial, editado no distante ano de 1850, continha o direcionamento hermenêutico dos contratos mercantis, segundo o qual "a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras" (art. 131).

Com efeito, não é correto afirmar que o direito pretérito não reverenciava a boa-fé objetiva, tendo em vista que, em análise última, finca raízes em singelo adágio advindo do direito romano, segundo o qual *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu).

Dessarte, noticia a autorizada doutrina que a boa-fé objetiva, no sistema

revogado, era princípio geral de direito, regra de conduta, cujo descumprimento sinalizava a ocorrência de dolo na celebração do contrato. (NERI JUNIOR, Nelson. *Código civil comentado* (...), 6 ed. p. 504).

O Professor Francisco Amaral identifica, ademais, antecedentes no direito romano, "como na proibição ao proprietário de demolir sua casa para vender os materiais, ou na perda da propriedade quando o titular se recusar a prestar caução de dano infecto (CC, art. 1.277), ou, ainda, na legislação imperial, as proibições de se manterem incultas as terras e de se manterem os latifúndios. O problema do abuso do direito é, assim, prevalentemente histórico, usando-se tal conceito a partir de certa época, por força da importância crescente da propriedade industrial sobre a agrária, e das idéias solidaristas e socialistas que vieram a influir na regulamentação jurídica da propriedade" (*Direito civil: introdução* . 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207-208).

Portanto, sendo figuras conhecidas à exaustão pelo nosso direito, os ditames da boa-fé, bem como a teoria do abuso de direito, devem ser observados no caso ora examinado, pouco importando tenham os fatos narrados ocorrido antes do Código Civil de 2002.

Sobre o assunto Aldemiro Rezende de Dantas Júnior citando Alfonso de Cosio e Cabral, escreve:

No direito moderno a boa-fé assumiu o papel de uma fonte de normas objetivas, cuja atuação concreta se dá mediante a aplicação de princípios gerais, esclarecendo em seguida, que isso significa que a boa-fé pode ser entendida como norma geral, que se diversifica e especializa para cada situação concreta, ou seja, cujo conteúdo será formado e determinado em função das circunstâncias concretas. ("Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé", Editora Juruá)

Segundo, ainda, o referido autor:

[...] em relação aos contratos, a conduta ditada pela boa-fé se impõe não apenas ao longo da execução do mesmo mas antes mesmo de ter se aperfeiçoado o ajuste e ainda depois que o mesmo já foi integralmente cumprido nas fases pré e pós contratuais. E ainda mais, tal comportamento não se impõe apenas aos negócios jurídicos que se situam dentro do campo das obrigações, mas em relação a todos os negócios jurídicos e m geral. (ob. cit.)

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa ao discorrer sobre os direitos instrumentais decorrentes da boa-fé objetiva:

Dito de outro modo, os deveres instrumentais "caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes",

servindo, "ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato (...)".

Trata-se, portanto, de "*deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato (...) dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação*". Ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida. ("A Boa-Fé no Direito Privado"; Editora Revista dos Tribunais, p. 440)

Na verdade, busca-se assegurar, como se vê, a proteção à confiança de cada uma das partes contratantes e suas legítimas expectativas.

Por isso, é oportuno trazer à baila institutos relacionados à boa-fé objetiva, notadamente a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio* (*Verwirkung*, do direito germânico), a *surrectio* e o *tu quoque*.

#### 4.1. Da proibição do *venire contra factum proprium*.

O princípio segundo o qual a ninguém é dado contrariar os seus próprios atos, ou seja, agir contraditoriamente, tem matriz principiológica que remonta à Europa do início do século XX, a partir da obra *Venire contra factum proprium - Studien in Römischen, Englischen und Deutschen Civilrecht*, de Erwin Riezler, professor da Universidade de Freiburg, que extrai das fontes romanas, bem como das obras dos glosadores e pós-glosadores a idéia de *nemo potest venire contra factum proprium* (SCHERIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório - Tutela da confiança e venire contra factum proprium* - 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 65).

Consiste tal princípio em diretriz pautada sobretudo na boa-fé, segundo a qual "a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta, quando essa conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes ou a boa-fé, justifica a conclusão de que não se fará valer o direito, ou quando o exercício posterior choque contra a lei, os bons costumes ou a boa-fé" (*Apud*, NERI JUNIOR, Nelson. *Código civil comentado (...)*, 6 ed. p.507).

Muito embora o Código Civil de 1916 não contivesse explicitamente tal princípio - mesmo porque fora editado sob a égide dos paradigmas do Estado liberal e individualista -, o fato é que doutrina e jurisprudência o vinham contemplando como princípio geral de direito, aplicável no ordenamento jurídico pátrio porque subjazia à própria essência da ideia de justiça, como se comprova dos precedentes da nossa Suprema Corte, tirado no RE 86.787, Relator(a): Min. LEITAO DE ABREU, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/1978, DJ 04-05-1984, bem como desta Corte Superior,

firmado no REsp 95.539/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/1996.

O atual Código Civil, por sua vez, também não inova no princípio, mesmo porque partiu da premissa na edição de "não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade" (REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil - Situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 76).

Há, porém, de forma esparsa - e isso não é novidade, senão uma reprise do que já continha da codificação revogada -, diversos artigos que sugerem a opção legislativa à repressão ao comportamento próprio incongruente, como se percebe dos arts. 175, 476, 491 e 1.146, todos protetivos da boa-fé em repúdio ao comportamento desleal e contraditório.

De fato, o Código Civil de 2002 apenas positivou paradigmas seguidos pela jurisprudência e pela doutrina. Encontramos, desde a década de 90, magistério da mais alta qualificação que já cogitava mesmo de boa-fé, e com o realce do epíteto "objetiva":

A concepção de obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na *boa-fé objetiva*.

[...]

[...] a doutrina mais inovadora sustenta que a lei, o princípio da boa-fé, ou mesmo o costume, determinam *de modo autônomo* os efeitos do comportamento, sem vinculá-los à vontade das partes. Nestes atos, a pesquisa do elemento volitivo é, portanto despicienda, uma vez que 'na contemporânea civilização de massas, segundo as concepções do tráfego jurídico, existem condutas geradoras de vínculos obrigacionais, fora da emissão de declarações de vontade que se dirijam à produção de tal efeito, antes derivadas de simples ofertas e aceitações de fato', o que equivale a dizer que 'a utilização de bens e serviços massificados ocasiona algumas vezes comportamentos que, pelo seu significado social típico, produzem as consequências jurídicas de uma caracterizada atuação negociatória, mas dela se distinguem'. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 394/397)

Nesse passo, é de rigor a observância de princípios basilares informadores do sistema, como o respeito à boa-fé objetiva, bem como a proibição de comportamentos contraditórios, tanto nas relações jurídicas perfectibilizadas antes do Código Civil de 2002, quanto naquelas emergidas na vigência deste.

#### 4.2. Da *supressio* (*Verwirkung*, do direito germânico) e da *surrectio*.

# Superior Tribunal de Justiça

A *supressio* inibe o exercício de um direito, até então reconhecido, pelo seu não exercício, se presente, de outra parte, a boa-fé do contratante.

Por outro lado, e em direção oposta à *supressio*, mas com ela intimamente ligada, tem-se a teoria da *surrectio*, cujo desdobramento é a aquisição de um direito pelo decurso do tempo, pela expectativa legitimamente despertada por ação ou comportamento.

Sobre o tema, valho-me, uma vez mais, do magistério de Judith Martins-Costa:

Por igual atua a boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos nos casos indicados sob a denominação de 'supressio'. Segundo recente acórdão do Tribunal de Justiça do RS, esta 'constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão da boa-fé objetiva'. Exige-se, para a 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". 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. Assim ocorreu ao examinar-se lide decorrente de contrato de locação, que previa a rescisão unilateral, mediante prévio aviso de 60 (sessenta) dias à contraparte, por carta protocolada que expressasse o poder extintivo da denúncia contratual, contemplando, outrossim, a possibilidade de renovação do contrato, desde que, por meio de carta protocolada, a parte interessada assim expressasse sua vontade com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Por um período superior a 12 (doze) anos, as partes vinham prorrogando a avença, sempre mediante o recurso à formalidade do envio de cartas. Em certa ocasião, contudo, em resposta ao pedido de prorrogação feita pelo locatário, respondeu a locadora que não pretendia renová-lo. O debate centrou-se na argumentação, do lado do locatário, do "direito à automaticidade" da prorrogação; de outro, por parte da locadora, da legitimidade de sua pretensão a rescindir a avença. A decisão, embora considerando caber razão à locadora, no sentido da inocorrência da 'automaticidade' da prorrogação contratual, uma vez terem as partes sempre observado o requisito da forma contratualmente prevista, entendeu, porém, obstado o poder formativo extintivo de rescisão (denúncia contratual), apontando, conseqüentemente, ao nascimento do direito à prorrogação pelo fato de, no período imediatamente anterior ao 'dies ad quem' do prazo contratual, ter a locadora imposto ao locatário a realização de despesas com reformas no prédio, levando-o a acreditar que não romperia, inopinadamente, uma tradição de 12 (doze) anos no sentido da continuidade da relação contratual. Nos fundamentos do acórdão está o princípio da boa-fé objetiva, como proteção à confiança traída. (Diretrizes Teóricas do novo CC brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217-219)

5. Não é despiciendo observar que, como assinalado no acórdão recorrido,

# Superior Tribunal de Justiça

o instrumento contratual visa documentar o negócio jurídico, não sendo adequado, tendo em vista a singularidade do caso, afirmar não ter havido contratação apenas por não existir documentação formalizando a pactuação.

Dessarte, toda a celeuma reside na discussão acerca da validade do distrato, sustentando o recorrente que deveria ser observada a mesma forma do contrato, todavia a Corte local considerou que as partes avençaram pela elaboração de pactuação escrita, procedendo ao distrato, porém, contrariando a expectativa legitimamente despertada na locatária, a locadora se recusou a apor sua assinatura no documento.

Com efeito, não é dado à recorrente se valer da própria torpeza para, em atitude de patente abuso de direito, alegar nulidade na avença, buscando manter o contrato que fora rompido e a não devolução de valor desembolsado, contrariamente ao pactuado no distrato, ao argumento de que a lei exige forma para conferir validade à avença:

O termo *tu quoque*, citado no último julgado, significa que um contratante que violou uma norma jurídica não poderá, sem a caracterização do abuso de direito, aproveitar-se dessa situação anteriormente criada pelo desrespeito. Conforme lembra Ronnie Preuss Duarte, "locução designa situação de abuso que se verifica quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação em benefício próprio".

Desse modo, está vedado que alguém faça contra o outro o que não faria contra si mesmo (*regra de ouro*), conforme ensina Cláudio Luiz Bueno de Godoy (Função..., 2004, p. 87-94). Relata o professor da USP que "Pelo 'tu quoque', expressão cuja origem, como lembra Fernando Noronha, está no grito de dor de Júlio César, ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava entre os que atentavam contra sua vida ('Tu quoque filli'? Ou 'Tu quoque, Brute, fili mi'?), evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa norma inferido ou, especialmente, que possa recorrer, em defesa, a normas que ela própria violou. Trata-se de regra de tradição ética que, verdadeiramente, obsta que se faça com outrem o que não se quer seja feito consigo mesmo".

Para exemplificar, da recente jurisprudência paulista, pode ser extraída interessante ementa, aplicando a máxima para negócio jurídico de transmissão de cotas sociais. :

"Embargos à execução. Título executivo extrajudicial. Cheque oriundo de negócio jurídico de cessão de cotas sociais. Alegação de vício no negócio. Impossibilidade da parte invocar proteção por regra contratual que havia infringido ou, ao menos, colaborado para infringir (*tu quoque*)....(TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011, ps. 509-510)

Nesse diapasão, cumpre trazer à baila o Enunciado 412, da V Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça federal:

412) Art. 187. As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*contra factum proprium* , são concreções da boa-fé objetiva.

Decidindo caso análogo, há precedente deste Colegiado:

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO NÃO CONSTATADA. CÉDULA DE CRÉDITO À EXPORTAÇÃO. A AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO DO CONTRATO ACESSÓRIO DE SEGURO, PREVISTO NO ARTIGO 14, VII, DO DECRETO-LEI 413/1969, NÃO RETIRA A EXIGIBILIDADE DO TÍTULO, VISTO QUE É EMITIDO PELO FINANCIADO, QUE NÃO PODE, PORTANTO, SE BENEFICIAR DA PRÓPRIA TORPEZA, INVOCANDO AUSÊNCIA DE REQUISITO À PLENA VALIDADE DA CÁRTULA QUE, OUTROSSIM, NÃO ACARRETOU QUALQUER PREJUÍZO ÀS PARTES. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO, PROPICIANDO A ANÁLISE, PELA CORTE DE ORIGEM, DE TODOS OS ASPECTOS DA DEMANDA, DANDO, TODAVIA, POR SUPERADA, A PRELIMINAR QUE FORA ACOLHIDA PELA 2ª INSTÂNCIA.

[...]

3. Conforme disposto no artigo 1º, parágrafo único, da Lei 6.313/75, a cédula de crédito à exportação é título emitido pelo tomador do crédito, que não pode, portanto, se beneficiar da própria torpeza, invocando suposta ausência de requisito à plena validade da cártula, mormente, quando não há qualquer dano à parte, decorrente da ausência de pactuação do contrato acessório de seguro.

[...]

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para anular o acórdão recorrido, para que possam ser analisados, pela col. Corte estadual, todos os aspectos da demanda, sendo, no entanto, dada por superada, desde logo, a preliminar que fora acolhida pelo aresto recorrido.

(REsp 704.603/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 19/10/2010)

6. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2008/0056046-1

**PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.040.606 / ES**

Números Origem: 35020712457 35069001796

PAUTA: 19/04/2012

JULGADO: 24/04/2012

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : CONSTRUTORA SA CAVALCANTE LTDA

ADVOGADO : ALOÍZIO FARIA DE SOUZA FILHO E OUTRO(S)

RECORRIDO : TANIA MARIA SGARIA COMARELLA

ADVOGADO : WAGNER DOMINGOS SANCIO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.