

DA IMPOSSIBILIDADE DE ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO SEM A OUTORGA CONJUGAL: *venire contra factum proprium*

Marcelo de Rezende Campos Marinho Couto

Mestrando em Direito Privado pela PUC Minas
Oficial de Registro de Imóveis em Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A boa-fé objetiva e a tutela de confiança. 3 A proibição de comportamento contraditório: *venire contra factum proprium*. 4 A anulabilidade dos atos praticados sem outorga conjugal. 5 A impossibilidade de anulação dos atos praticados sem outorga conjugal. 5.1 Fiança e aval. 5.2 Venda de bem imóvel. 6 Conclusão.

1 Introdução

Com a superação da ideologia individualista do Estado Liberal, a dignidade passou a ser o valor fundamental da sociedade atual, não sob o prisma individual e verticalizado, na relação indivíduo-Estado, mas na relação horizontal, entre indivíduos. As instituições passam por uma releitura, à ótica da solidariedade social, e a liberdade individual “já não é apenas limitada pela liberdade dos outros particulares, mas também pelos reflexos da solidariedade social nas relações intersubjetivas entre os sujeitos de direito” (WIEACKER *apud* SCHREIBER, 2012, p. 58).

A autonomia da vontade, que na perspectiva liberal fundava-se apenas na vontade do praticante da conduta, deu lugar à autonomia privada, que se estende também ao destinatário do ato, impondo um respeito à condição alheia.

Dentro desse contexto, vem ganhando espaço a ideia de proibição ao comportamento contraditório, não apenas nos países de direito romano-germânico, mas também no Direito anglo-saxão, através do instituto denominado *estoppel*¹ e suas variações jurisprudenciais.

¹ Instituto processual que visa impedir que uma das partes conteste um fato, em juízo, em razão de conduta anterior, contraditória com a posterior, protegendo a confiança da parte contrária.

O presente estudo tem por finalidade analisar a anulabilidade de negócios jurídicos celebrados sem a outorga conjugal, à luz da boa-fé objetiva e da tutela da confiança.

2 A boa-fé objetiva e a tutela de confiança

O Código Civil de 2002 trouxe em seu bojo a alteração da perspectiva da boa-fé – antes vista como um estado psicológico negativo (subjetivo), sendo identificada quando a pessoa não soubesse de um fato ou vício que atingia uma coisa ou direito – e passou a ter um conceito externo à mente da pessoa (objetivo), determinado pela conduta exteriorizada.

A boa-fé objetiva foi elevada a cláusula geral, com uma tríplice função: (I) interpretativa dos negócios jurídicos; (II) criadora de deveres anexos à prestação principal; (III) restritiva de direitos. A primeira função visa atribuir à norma (legal ou contratual) o significado mais honesto e leal e encontra previsão no artigo 113 do Código Civil. A segunda impõe às partes deveres não previstos no contrato, mas que objetivam a colaboração mútua para que o pacto seja cumprido, atingindo a sua finalidade social e criando, assim, deveres de informação, sigilo, segurança, que serão moldados conforme cada relação jurídica concreta. Já a terceira função visa impedir o exercício de direitos contrários à boa-fé que deve imperar na relações privadas, vedando comportamentos que, apesar de aparentemente lícitos, amparados por dispositivos legais ou cláusulas contratuais, contrariam a confiança e lealdade.

É desta última função que podemos extrair a noção de tutela da confiança, conforme bem explica Schreiber:

Ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas 'no outro', a tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também como forte expressão da solidariedade social, e importante instrumento de reação ao voluntarismo e ao liberalismo ainda amalgamados ao direito privado como um todo. (SCHREIBER, 2012, p.95)

Roberto Senise Lisboa (2012, p.182) defende que a confiança é um princípio geral do negócio jurídico e que “analisada a questão sob uma visão do outro (porque boa-fé objetiva encerra a conduta de ver o outro), a confiança gerada proporciona em favor do confiante expectativas juridicamente relevantes, razão pela qual ele deve ser protegido.”

A confiança tem um papel importante na compreensão da boa-fé objetiva, chegando esta a ser definida por Judith Martins-Costa (2000, p.91) como “[...] uma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta ou virtuosa”.

A tutela da confiança é algo maior que a teoria dos atos próprios, possuindo diversas vertentes, e podendo ser encontrada em inúmeros institutos, tais como na teoria da aparência, teoria da declaração e até mesmo na responsabilidade objetiva, conforme ensina Schreiber (2012), sendo sugerido que repensemos o Direito contemporâneo sob essa ótica.

3 A proibição de comportamento contraditório: *venire contra factum proprium*

A expressão *venire contra factum proprium* é utilizada pelos doutrinadores nacionais como sinônimo de ‘proibição de comportamento contraditório’ e tem origem no brocardo jurídico “*venire contra factum proprium nulli conceditur*”, que significa: “a ninguém é concedido vir contra o próprio ato”. (SCHREIBER, 2012, p. 24).

Porém, não existe um princípio jurídico que proíba comportamentos contraditórios. Diversos dispositivos legais autorizam a incoerência (assim entendida como um comportamento posterior contrário a um anterior), como no caso do testamento mais recente poder revogar o anterior, sem necessidade de justificativa.

Deste modo, a crítica que se faz à nomenclatura utilizada é no sentido de imprimir a ideia de que seria vedado se contradizer, desistir, mudar de posicionamento ou rever sua posição inicial, por qualquer motivo que seja.

O *venire contra factum proprium* não é instituto voltado para a manutenção da coerência, mas sim para proteção da confiança criada em outra parte, ou em terceiros, a partir de um comportamento inicial.

O foco do instituto não está na parte que pratica as condutas contraditórias, não importando as razões internas e particulares que levaram à mudança de comportamento, mas sim na parte destinatária da conduta, que partindo das premissas da boa-fé objetiva, criou expectativa legítima de que o primeiro comportamento seria mantido.

Não se questiona se a mudança de comportamento está prevista em lei. O que importa é se a primeira conduta gerou uma expectativa legítima na outra parte, expectativa esta que merece ser protegida, em razão da boa-fé que deve imperar nas relações intersubjetivas.

Schreiber classifica o *venire* como espécie do gênero 'abuso de direito', previsto no artigo 187 do Código Civil, uma vez que o exercício de direito que extrapola a boa-fé é considerado ato ilícito:

O 'venire contra factum proprium' inclui-se exatamente nesta categoria: um abuso do direito por violação à boa-fé. [...] O comportamento contraditório é abusivo, no sentido de que é um comportamento que, embora aparentemente lícito, se torna ilícito, ou inadmissível [...] justamente porque seu exercício, examinado em conjunto com um comportamento anterior, afigura-se contrário à confiança despertada em outrem, o que revela, no âmbito normativo, contrariedade à boa-fé objetiva. (SCHREIBER, 2012, p.119-120).

Prefere-se seguir a crítica feita por Felipe Peixoto Braga Netto, e utilizar o termo 'ilícito funcional', ao invés de 'abuso de direito'. Segundo o autor:

O ilícito funcional é um ato (ou omissão) que, conquanto contrário ao direito, não estava previamente previsto, como proibido, pelo sistema. Sua nota de contrariedade resultou da forma como ele se inseriu na cadeia de condutas, sua desproporção com os deveres de lealdade e cooperação que deverão, a teor da boa-fé objetiva, inspirar todo o desenvolvimento da relação contratual. (BRAGA NETTO, 2014, p.146).

Partindo, então, da noção de ilícito funcional, faz-se necessário analisar cada situação, para que se possa identificar se a cadeia de condutas gerou, de fato, uma quebra da confiança legitimamente criada.

A doutrina divide o instituto do *venire contra factum proprium* em três pressupostos básicos para justificar sua aplicação (comportamento inicial, confiança legítima e comportamento posterior), visando evitar ou reparar um dano potencial ou efetivo.

O primeiro é o 'comportamento inicial' (*factum proprium*), conduta comissiva ou omissiva, não vinculante juridicamente, uma vez que, se encontrasse cobertura

legal no direito positivo, não seria necessário recorrer ao instituto para fazer valer sua ocorrência, mas que, por repercutir na esfera jurídica alheia, pode vir a ser objeto de conservação. Qualquer ato que, a princípio, seria considerado como 'não jurídico' pode, potencialmente, se transformar em ato jurídico, se transcender a esfera de seu praticante e alcançar outras pessoas.

Até mesmo atos recepcionados pelo ordenamento como inválidos podem ser considerados como comportamento inicial. No caso de negócio jurídico com vício de forma, mesmo sem se valer da conversão do negócio jurídico, pode uma das partes pretender a tutela da confiança, como, por exemplo, numa compra e venda de imóvel com valor superior a trinta salários mínimos, feita por instrumento particular (comportamento inicial), com preço já pago, em que o vendedor se recusa a transferir o imóvel por meio do instrumento público (comportamento contraditório ao primeiro).

O *factum proprium*, para ter relevância jurídica, deve causar uma legítima confiança em outra pessoa, que justifique a sua conservação.

O segundo elemento é a 'confiança legítima'. A confiança despertada não é subjetiva, relativa ao estado psíquico da parte, mas sim objetiva, no sentido de que o ato inicial exteriorizado seja capaz de produzir, em terceiros, uma expectativa de que tal manifestação fosse mantida inalterada.

Essa confiança deve, ainda, ser legítima, ou seja, ao se examinar a conduta inicial, deve-se verificar se há razoabilidade entre ela e a expectativa criada, tomando por base as peculiaridades do caso, bem como a existência de boa-fé objetiva da parte confiante. Neste sentido, Senise Lisboa (2012, p.33) ensina que “a confiança objetivada decorre da noção de standardização, isto é, de um padrão de razoabilidade da conduta do confiante, que qualquer outra pessoa, dadas as circunstâncias temporais e espaciais, teria, diante da situação concreta.”

O terceiro elemento é o 'comportamento posterior', praticado em contrariedade ao primeiro (*factum proprium*), não importando aqui apurar a intenção do seu emitente. Este segundo comportamento é, aparentemente, lícito. O ato ilícito em sentido estrito não caracteriza o *venire*, eis que já encontra sanção própria no ordenamento jurídico.

O comportamento posterior não pode representar um descumprimento de uma vinculação jurídica decorrente do primeiro comportamento. Como já foi dito, se o primeiro comportamento já encontra amparo em norma legal que vincule seu

emitente, o segundo comportamento, contraditório, será mero inadimplemento obrigacional. Todo descumprimento, de um modo geral, é um comportamento contraditório com o primeiro (que gerou a relação obrigacional), rompendo com a confiança legítima da parte contrária, tal como ocorre no *venire*. Contudo, como o comportamento inicial já se encontra regulamentado juridicamente, não é preciso recorrer aos instrumentos da tutela da confiança para proteger a parte prejudicada.

Dentro da análise desse instituto, apenas comportamentos iniciais que não gerem, *per se*, vinculação jurídica são considerados.

Alguns autores, como Dantas Júnior (2006), colocam como requisito que a contradição seja injustificada, o que significa dizer que, em havendo motivo para que a primeira conduta fosse em um sentido e que a segunda conduta viesse para corrigir a primeira, não restaria caracterizado o *venire*. Utiliza como exemplo o caso da lesão (artigo 157 do Código Civil), em que o primeiro comportamento teria ocorrido em razão de manifesta desproporção entre as prestações, decorrente de necessidade. Contudo, não se pode concordar com tal posição, pois isso traria de volta aspecto subjetivo inserido na conduta do agente, e desconsideraria que a tutela da confiança visa proteger a parte que legitimamente confiou na primeira manifestação. A boa-fé da parte destinatária da manifestação ou de terceiro é condição *sine qua non* para que se considere legítima a expectativa, o que não ocorre nos casos de lesão, em que a simples desproporção entre as prestações colocaria em dúvida tal elemento.

Por fim, a segunda conduta deve ser posterior à primeira, de forma que haja tempo suficiente para que surja uma confiança ou expectativa legítima de que a primeira manifestação (*factum proprium*) será mantida. Por certo, quanto maior o tempo transcorrido entre as duas condutas, maior a confiança de que o primeiro ato será mantido.

Outro ponto interessante é analisar se deve ou não haver identidade dos sujeitos praticantes dos comportamentos contraditórios e da parte confiante.

Quanto ao polo passivo, já foi mencionado anteriormente que a legítima confiança pode ser criada na parte contrária, ou em terceiros. Assim, mesmo quem não seja destinatário direto do comportamento inicial, se este transcender e repercutir na esfera de outrem, criando uma expectativa legítima de manutenção do comportamento, a aplicação do *venire* deve ocorrer. É o que ocorre, por exemplo, quando um fabricante tem por conduta substituir produtos defeituosos por outros

novos, mesmo fora dos prazos legais de garantia, criando uma expectativa, em novos compradores, de que tal procedimento será mantido.

Quanto ao declarante, o que parece ser importante é que os comportamentos sejam praticados pelo mesmo 'centro de interesse'. Há casos em que comportamentos contraditórios são praticados por órgãos diversos da administração pública, ou por administrações diversas, quando há troca do dirigente em razão de eleição, ou por órgãos diversos de uma empresa e suas coligadas. Nesses casos, sendo emitidos por um mesmo centro de interesse, a legítima confiança deve ser garantida.

O objetivo do *venire* é evitar que a ruptura da legítima confiança criada traga prejuízo à parte confiante. Os danos podem ser efetivos ou potenciais, como em qualquer descumprimento obrigacional. A partir do momento que se considera a conduta posterior como um ato ilícito funcional, o dever de reparar terá a mesma amplitude aplicada aos demais atos ilícitos, podendo se restringir ao ressarcimento de despesas feitas em razão das expectativas, abranger indenização por danos materiais e morais, consistir em obrigação de fazer ou não fazer, e até mesmo, em situações extremas, como se verá mais adiante, de manter válidos atos viciados, que produzirão seus efeitos como se válidos fossem.

É extremamente comum se deparar com decisões judiciais aplicando o *venire contra factum proprium* em situações nas quais seus elementos não estão presentes. Não que as decisões estejam equivocadas na solução final dada, mas há claramente uma confusão na justificação, em razão da grande semelhança e proximidade que essa figura guarda com outras, motivo pelo qual uma breve demonstração dos pontos divergentes entre elas será feita.

No princípio geral de **proibição de alegação da própria torpeza**, o que se sanciona é o dolo do declarante, sendo irrelevante a confiança e o prejuízo gerado em outrem. Independentemente da repercussão do ato na esfera de terceiros, a conduta maliciosa é proibida e tem seus efeitos esvaziados. Como se vê, o foco entre os institutos é diferente. Por óbvio, podem existir casos em que um ato malicioso do declarante, praticado em duas condutas contraditórias, gera legítima confiança de terceiro e a solução da questão pode se dar por meio de qualquer dos institutos.

A *tu quoque* vem sendo utilizada para demonstrar a falta de critérios valorativos em situações idênticas ("dois pesos, duas medidas") ou, nas palavras de

Menezes Cordeiro (2013, p. 843), “[...] a contradição não está no comportamento do titular-exercente em si, mas na bitolas valorativas por ele utilizadas para julgar e julgar-se”. Embora alguns classifiquem a *tu quoque* como uma subespécie do *venire*, possui ela um forte caráter subjetivo do agente, visando proibir a conduta contraditória, inconsistente do emissor da declaração contraditória. O que se analisa são os atos do declarante, sua contradição quanto aos critérios e valores utilizados nos dois comportamentos, independentemente da existência de uma expectativa legítima criada em outrem, razão pelo qual não se devem confundir os institutos, nem classificar um como espécie do outro.

A ***suppressio***, conceituada por Schreiber (2012, p. 185) como a “inadmissibilidade de exercício de um direito por seu retardamento desleal”, é classificada por parte da doutrina como uma subespécie do *venire*, que ocorre diante do *factum proprium* omissivo. Existindo um direito, a conduta inicial seria o conjunto formado pela sua não execução (omissão), acrescido de lapso temporal suficiente para criar, no terceiro, uma expectativa legítima de que esse direito não seria mais exercido. A conduta ‘contraditória’ seria o exercício desse direito, antes mesmo da ocorrência de prescrição ou decadência. Prefere-se, entretanto, aderir a outra corrente, que enxerga o contrato como uma relação mutável pela realidade, em que a prática constante e reiterada de atos de forma diversa à prevista no pacto inicial o modificam, passando a integrá-lo. A *suppressio* seria, assim, uma fonte modificativa tácita da relação jurídica e não subespécie do *venire*.

4 A anulabilidade dos atos praticados sem outorga conjugal

A legislação estipula que determinados atos devem ser praticados por ambos os cônjuges, para que tenham validade. Assim, salvo no regime da separação absoluta de bens², nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, pleitear, como autor e réu, acerca desses bens

² Segundo artigo 1656 do Código Civil, no regime da participação final nos aquestos, pode-se convencionar, no pacto antenupcial, a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares (BRASIL, 2002).

ou direitos; prestar fiança ou aval; ou fazer doação não remuneratória de bens comuns.³

A falta da outorga, por si só, não implica a invalidade do negócio. A autorização do cônjuge pode ser posterior e se dar em instrumento autônomo, público ou particular, ou ser suprida pelo juiz. Em observância ao princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, permite-se a ratificação e a execução voluntária do negócio jurídico como causa impeditiva da anulação.⁴

O ato praticado sem a necessária outorga conjugal ou suprimento judicial é anulável, e sua anulação deve ser pleiteada pelo cônjuge prejudicado ou seus herdeiros⁵, no prazo de até dois anos após o término da sociedade conjugal⁶.

Até que seja anulado, o negócio jurídico produz todos os seus efeitos. A sentença anulatória determinará a restituição das partes ao *status quo ante*.

A lei prevê, ainda, que o terceiro prejudicado com a decisão anulatória tem direito de regresso contra o cônjuge que realizou o negócio sem a outorga.⁷

Posta a regra vigente em nosso ordenamento, cumpre-nos, agora, analisar algumas questões à luz da eticidade, do solidarismo e da boa-fé objetiva, com foco na tutela da confiança.

5 A impossibilidade de anulação dos atos praticados sem outorga conjugal

A não observância das normas infraconstitucionais faz com que a validade do ato possa ser questionada pelo cônjuge preterido, anulando-se o ato ou negócio firmado. Contudo, a regra não deve ser aplicada em toda e qualquer situação.

Ensina Teresa Negreiros (1998) que a constituição é um projeto de transformação da sociedade, resultante dos princípios, fundamentos e objetivos nela consignados, em busca de uma sociedade livre, justa e solidária. Com a abertura do sistema jurídico e a força normativa dos princípios, é necessário fazer a

³ Artigo 1.647 do Código Civil (BRASIL, 2002).

⁴ Artigos 172 a 176 do Código Civil (BRASIL, 2002).

⁵ Artigo 1.650 do Código Civil (BRASIL, 2002).

⁶ Artigo 1.649 do Código Civil (BRASIL, 2002).

⁷ Artigo 1.646 do Código Civil (BRASIL, 2002).

reconstrução constitucional do direito civil, de forma que a legislação ordinária se integre e conforme com a Lei Fundamental. E continua:

No caso da boa-fé, a sua configuração como um princípio aplicável ao direito das obrigações faz com que seja duplamente afetada por estas considerações: ao mesmo tempo que a conformação da boa-fé aos princípios constitucionais constitui um recurso para a sua concreção jurídica, o princípio, como tal, é ele mesmo instrumento de uma interpretação constitucionalizada das relações interprivadas, de natureza patrimonial, sobre as quais incide (NEGREIROS, 1998, p. 138).

Com a superação do positivismo, inverteu-se a hierarquia entre regras e princípios. Os princípios não são mais fonte supletiva de interpretação, mas pedestais normativos que sustentam o ordenamento jurídico, passando a ser “aplicados prioritariamente às normas específicas” (NEGREIROS, 1998, p. 146), sendo “o elo entre o jurídico e o não jurídico”. (NEGREIROS, 1998, p. 168).

Maria Celina Bodin de Moraes complementa:

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas do direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada. (BODIN DE MORAES, 1991)

Ensina Felipe Peixoto Braga Netto (2014) que, partindo de um sistema aberto, em que os princípios se sobrepõem às normas específicas, a contrariedade ao direito não se restringe ao descumprimento de uma regra específica, mas sim ao sistema jurídico integral, em função de seus valores, sendo os referenciais dinâmicos, tomando por base a experiência social e os princípios incorporados ao sistema. Assim, “os novos padrões de conduta, na esfera civil, são iluminados por valores, tais como a dignidade da pessoa humana, justiça social, igualdade substancial, solidariedade, entre outros.” (BRAGA NETTO, 2014, p.156).

Portanto, vê-se que não é a simples transgressão a uma regra específica que caracteriza o ilícito, mas sim todo o seu contexto, para que se possa identificar, sob a luz dos princípios, se a conduta é ou não recepcionada pelo ordenamento brasileiro. Qualquer conduta, ainda que amparada em regra legal autorizativa, pode

ser tida por ilícita, se contrariar os princípios e valores constitucionais, e essa ilicitude não tem um conceito fechado e predeterminado, mas aberto, facilitando sua aplicação aos casos concretos. “O ilícito funcional opera como uma cláusula geral da ilicitude, destinada a manter o exercício do direito nos limites socialmente toleráveis.” (BRAGA NETTO, 2014, p. 147-148)

Feitas estas considerações, passa-se à análise de questões envolvendo a outorga conjugal.

5.1 Fiança e Aval

Com a edição do Código Civil de 2002, não apenas na fiança, mas também no aval, faz-se necessária a autorização do cônjuge. Tanto o aval quanto a fiança são meios de garantia prestada por terceiro, em geral gratuitamente, sendo necessária a anuência do cônjuge para que o ato seja válido.

Não obstante a pena pela falta da outorga seja a anulação do ato, por completo, o entendimento resultante da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, consubstanciado no enunciado 114, foi o de que: “o aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.” (BRASIL, 2002) Ou seja, relativizou-se a validade do ato apenas ao patrimônio do avalista, preservando o do cônjuge preterido. Mas seria este o melhor entendimento?

É dever do credor diligente verificar se a norma legal está sendo cumprida, ao se exigir a anuência do cônjuge do garantidor casado. Talvez por isso o Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento contrário ao enunciado, estabelecendo que “a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”⁸. Assim, o reconhecimento do vício exonera não apenas a meação do cônjuge não participante, mas também o patrimônio do cônjuge contratante.

E quando o garantidor casado mente ou omite seu estado civil, informando ser solteiro, viúvo ou divorciado, por exemplo? A norma legal foi descumprida da mesma forma: a fiança ou aval foi dado sem a necessária outorga conjugal. No

⁸ Súmula 332 do STJ (BRASIL, 2008).

entanto, com base na boa-fé objetiva, e no dever de lealdade, vem ganhando força na jurisprudência o entendimento de que o garantidor, que declara estado civil diverso do real, age com má-fé, não podendo se beneficiar da nulidade a que deu causa. Nesses casos, anula-se apenas a fiança ou aval quanto à meação do cônjuge inocente, sem, contudo, resguardar a parte do cônjuge culpado. É o que se extrai da ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC INEXISTENTE. FIANÇA SEM AUTORIZAÇÃO MARITAL. PRESTAÇÃO PELA MULHER DECLARANDO ESTADO DE SOLTEIRA. BOA FÉ OBJETIVA EM PROL DO CREDOR. IMPROVIMENTO. 1.- Alegada violação do art. 535 do Cód. de Proc. Civil inexistente. 2.- A regra de nulidade integral da fiança prestada pelo cônjuge sem outorga do outro cônjuge não incide no caso de informação inverídica por este de estado de solteira, assinando, no caso, a fiadora, mulher casada, com omissão do nome do marido. 3.- A boa-fé objetiva que preside os negócios jurídicos (CC/2002, art. 113) e a vedação de interpretação que prestigie a malícia nas declarações de vontade na prática de atos jurídicos (CC/2002, art. 180) vem em detrimento de quem preste fiança com inserção de dados inverídicos no documento. 4.- Quadro fático fixado pelo Tribunal de origem e inalterável no âmbito da competência desta Corte, que vem em prol do reconhecimento da inveracidade e da malícia na prestação da fiança (Súmula 7/STJ). 5.- Inocorrência de ofensa à Súmula 332/STJ, validade da fiança, no tocante à fiadora, a comprometer-lhe a meação, sem atingir, contudo, a meação do marido. 6.- Recurso Especial improvido. (BRASIL, STJ. REsp 1.328.235/RJ, Relator Min. Sidney Beneti, 2013).

O julgado utilizou como fundamento a proibição de alegação da própria torpeza. Contudo, poderia ter se chegado à mesma solução aplicando-se o *venire contra factum proprium*. Tem-se uma conduta inicial que gerou no terceiro (credor) a confiança que a garantia seria cumprida, se necessário, pelo fiador que se apresentou como solteiro. A boa-fé do credor é verificada se considerarmos o tipo de negócio entabulado, o dinamismo das relações e as circunstâncias do caso concreto, tornando legítima a sua expectativa. O segundo comportamento, aparentemente lícito (anular negócio jurídico firmado sem as formalidades legais), caracteriza-se como ilícito funcional. Diante da situação, releva-se, parcialmente, o vício, para proteger o patrimônio do cônjuge não participante, mantendo-se a obrigação da parte signatária com o credor.

5.2 Venda de bem imóvel

Quanto a bens imóveis, a regra vigente exige a outorga conjugal em qualquer ato de alienação ou oneração, independentemente do valor do bem.

A transferência de bens imóveis ocorre, normalmente, por escritura pública, em obediência ao artigo 108 do Código Civil. Mas inúmeras são as exceções, decorrentes não apenas do valor do bem (abaixo de trinta salários mínimos), como também da natureza do direito real.

A realidade mostra que a transferência ou oneração de um bem imóvel não é um ato simples e normalmente se prolonga no tempo. Em geral os vendedores procuram uma imobiliária para promoverem a venda, lá assinando contratos de corretagem, recebem interessados e mostram o imóvel, discutem preço e forma de pagamento e chegam a denominadores comuns, podendo firmar ou não um contrato preliminar, para garantir o negócio, com ou sem pagamento de sinal, até que sejam concluídas as formalidades bancárias, fiscais, e cartorárias, visando à lavratura da escritura pública e o posterior registro imobiliário.

Com exceção do contrato preliminar, todos os demais atos narrados acima são atos preparatórios para o contrato de compra e venda, mas não vinculam juridicamente as partes. Caso o contrato não seja firmado, pode haver dever de indenizar pela parte que deu causa, na hipótese de se restar configurado um ato ilícito funcional. Assim, se uma pessoa casada coloca o imóvel à venda, encontra um comprador, acertam o preço e forma de pagamento, e o negócio não se realiza por falta de autorização do cônjuge, o comprador frustrado pode exigir indenização pelas despesas que teve com a expectativa de que o negócio se realizasse. Ensina César Fiúza que:

[...] o fundamento dessa responsabilidade nos dá o próprio Código Civil, ao consagrar o princípio da boa-fé (art. 422) e a responsabilidade pelo abuso de direito (art. 187). É por atentar contra o princípio da boa-fé e seus subprincípios, tais como a transparência, a lealdade, a probidade; é por exercer abusivamente o direito de se retirar, excedendo os limites impostos pela própria boa-fé, que a parte causadora do dano será obrigada a indenizar a outra (FIÚZA, 2010, p.104-105).

A indenização, como dito, terá como objetivo reparar o comprador pelas despesas e transtornos que teve, mas não obrigará o vendedor e seu cônjuge a firmar o contrato. De um modo geral, a retratabilidade é a regra. A pessoa pode desistir de contratar, pode desistir de um contrato firmado, mas essa conduta não é isenta de responsabilização.

Em se tratando de transferência de imóvel, o contrato preliminar de compra e venda encontra-se previsto no Código Civil, e tem tratamento diverso dos demais contratos preliminares que podem ser celebrados pelas partes. A regra, para esta modalidade, é de irretratabilidade do contrato de promessa, salvo se for pactuada cláusula de arrependimento⁹. Nos casos de loteadoras e incorporadoras, a lei proíbe esta cláusula, sendo todos os contratos irretratáveis. O contrato preliminar de compra e venda deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato principal, exceto a forma, razão pela qual a outorga conjugal faz-se necessária.¹⁰

Quando possível o arrependimento (ou seja, quando existente cláusula contratual válida nesse sentido), seu exercício só será válido se ocorrer antes da quitação integral do preço. Tal se justifica para impedir o exercício abusivo do direito de se retratar. Essa é uma das claras situações em que se aplica, com perfeição, o instituto do *venire contra factum proprium*. Tem-se uma conduta inicial, firmando um contrato, e uma conduta posterior, contraditória e aparentemente lícita, pois amparada em cláusula contratual válida, se arrependendo. Contudo, o lapso temporal que o vendedor deixou transcorrer, e o fato de ter recebido integralmente o preço fez com que surgisse, no comprador, expectativa legítima de que o direito ao arrependimento não seria utilizado. O seu exercício, após o pagamento, que pode ser integral ou, quem sabe, até mesmo substancial, configura ofensa à boa-fé objetiva. Nesse caso, surgiria para o comprador não o direito à indenização, mas sim o de obter a substituição judicial da vontade dos vendedores, visando à transferência da propriedade imobiliária para seu patrimônio. No mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que:

Atravemo-nos a ir além e, na premissa da teoria do *venire contra factum proprium*, enfatizar a vedação ao arrependimento naquelas hipóteses em que a parte já iniciou a execução das prestações que lhe incumbiam no contrato preliminar. De certo, haveria ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, se um dos contratantes manifesta comportamento concludente ao aquiescer periodicamente na percepção das prestações e, na iminência da obtenção integral de sua vantagem patrimonial, delibera por resilir unilateralmente o contrato preliminar. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 833).

Voltando para a situação de venda, não há como alegar desconhecimento, por parte do comprador, da necessidade de outorga conjugal de vendedor casado. A boa-fé objetiva faz com que o adquirente aja com máximo zelo e verifique

⁹ Art. 1.417 do Código Civil (BRASIL, 2002).

¹⁰ Art. 462 do Código Civil (BRASIL, 2002).

corretamente a situação registral e fiscal do bem, apurando-se a qualificação correta do vendedor e sua adequação com a informação obtida no Registro de Imóveis. Assim, vendedor que hoje é casado, mas que comprou o imóvel quando solteiro, deve obter a outorga conjugal para vender o bem de raiz.

Uma promessa de compra e venda firmada apenas por um dos cônjuges vendedores, sem a autorização do outro, é ato anulável e gera apenas relação obrigacional entre os signatários, não constituindo direito real a aquisição, passível de registro e adjudicação compulsória. Por certo que haverá responsabilidade civil do vendedor que firmou o contrato sem a autorização de seu cônjuge, dando causa ao descumprimento do negócio jurídico. Mas os compradores não poderão pleitear a transferência da propriedade imobiliária para seu patrimônio, uma vez que também não agiram com a cautela necessária.

Contudo, cada situação deve ser analisada individualmente, pois existirão situações especiais que merecerão solução diferenciada.

Pode-se observar, como exemplo, a ementa de um caso decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. *Venire contra factum proprium*. Boa-fé. 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. (BRASIL, STJ. REsp. 95.539/SP, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, 1996).

Como se verificou, o contrato de promessa de compra e venda foi firmado sem a outorga uxória, podendo ser anulado pela esposa, em razão do vício existente. Contudo, a Corte entendeu que houve anuência tácita e expressa da esposa, a primeira por ter deixado transcorrer mais de 17 anos sem tomar qualquer providência, e a segunda por ter reconhecido a existência e validade do contrato de promessa (que não assinou), utilizando-o em outra ação como fundamento para denunciar à lide os promissários compradores. Houve, assim, a prática de dois atos: um primeiro, reconhecendo a existência e validade do contrato, e um segundo, se recusando a outorgar a escritura pública de compra e venda. O preço havia sido

integralmente quitado, parte à vista e parte através de uma ação consignatória (na qual a mulher fora citada). O Ministro Relator consignou que:

No caso dos autos, os recorridos se apegam à falta formal da assinatura da mulher no instrumento do contrato. Mas deve prevalecer a atuação anterior, quando ela atuou em juízo e reconheceu expressamente aquele contrato e lhe atribuiu eficácia, permitindo a incidência do disposto no art. 132 do CC, que foi examinado no r. acórdão recorrido. Não me parece relevante o fato de ter sido praticado através de procurador, pois presume-se tivesse ele poderes para requerer aquela denunciação. [...] O sistema jurídico nacional, a meu juízo, deve ser interpretado e aplicado de tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com princípios éticos, inspiradores do sistema. (BRASIL, STJ. REsp 95.539/SP, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, 1996).

Por certo, no caso apresentado, a esposa sabia e concordava com o contrato de promessa de compra e venda, apesar de não o ter assinado. Sua autorização ou outorga não se deu na forma da lei (instrumento público ou particular, autenticado). Contudo, a decisão judicial, visando proteger os compradores (que estavam de boa-fé, pagaram o preço pactuado e confiaram que o contrato preliminar seria cumprido pelo vendedor e sua esposa), deu validade ao instrumento 'viciado' e transferiu a propriedade imobiliária aos compradores.

Partindo da análise desse caso, e de toda a exposição já feita, questiona-se: será que existem outras situações envolvendo alienação de bem imóvel em que a manifestação de um dos cônjuges poderia ser dispensada, e, ao se reconhecer o ilícito funcional, em vez de condenar em perdas e danos, permitir a transferência da propriedade imobiliária para o comprador de boa-fé?

Como já dito, a proteção à confiança gerada pressupõe a boa-fé do comprador e uma expectativa legítima de que o primeiro comportamento seria cumprido. Não é possível o comprador alegar desconhecimento da norma da necessidade da outorga conjugal (boa-fé subjetiva). O comprador, mesmo sabendo da necessidade do casal assinar, deve ter fortes razões para acreditar que tal formalidade irá ser cumprida em momento posterior, pois a boa-fé objetiva implica um dever de conduta para ambas as partes.

No caso de falta de outorga conjugal, o primeiro comportamento teria, necessariamente, que ser comissivo. Deve haver ciência prévia do cônjuge, manifestada sem a observância da forma prevista no artigo 1.649 do Código Civil, de

modo a legitimizar a expectativa do comprador de que o casal assinaria a escritura de compra e venda em momento posterior. Uma transação feita à revelia de um dos cônjuges não poderia ser legitimada por meio dos institutos e princípios aqui expostos.

Assim, assinar documentos colocando o bem à venda na imobiliária, dar procurações particulares autorizando despachantes a praticar atos preparatórios em seu nome (visando a alienação do bem), assinar declaração na Prefeitura para obtenção da guia relativa ao imposto de transmissão (ITBI), receber em sua conta valores relativos à transação, trocar mensagens eletrônicas confirmando o negócio, etc., todos esses atos podem, conforme as circunstâncias do caso concreto, ser levados em juízo como prova, visando demonstrar a manifestação prévia de anuência.

Mas não é só isso. Como já mencionado, no que diz respeito a transações imobiliárias, uma conduta compatível com a boa-fé objetiva implica a assinatura de contratos preliminares. Se até mesmo diante de um contrato de promessa de compra e venda, assinado pelo casal vendedor, que estipule cláusula de arrependimento, a recusa em assinar o contrato definitivo não implica a transferência involuntária do bem aos compradores, como permitir que em um contrato viciado, sem a outorga conjugal, o imóvel seja transferido aos compradores?

A desistência de um dos cônjuges, em uma transação imobiliária em curso, interrompida pelo seu comportamento contraditório, apesar de ser um ilícito funcional, decorrente do *venire contra factum proprium*, trará apenas obrigações indenizatórias, não translativas de direito real.

Defende-se que, somente em casos excepcionais, a solução apropriada seria substituir a manifestação de vontade dos vendedores e transferir o bem ao comprador.

Para tanto, entende-se fundamental a presença de três elementos, além da demonstração, por todos os meios probatórios já citados, da prévia ciência do cônjuge preterido: pagamento do preço, posse do bem e transcurso do tempo. Como já demonstrado, em um contrato preliminar sem vício, a quitação do preço (total ou substancial) é fator preponderante para caracterização de ilícito funcional, decorrente da recusa de assinatura da escritura pública. A posse pelos compradores, em geral, dá publicidade à transferência, iniciando, inclusive, o curso do prazo para usucapião. Já a inércia do cônjuge não signatário, perpetuada no tempo, conjugada

com os demais elementos, contribui para dar legitimidade à expectativa de que a transação seria confirmada em ato posterior.

No caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça têm-se todos estes elementos presentes: demonstração da ciência e concordância da esposa, pagamento do preço e transcurso de 17 anos sem oposição aos compradores (que estavam na posse do bem). Assim, constatou-se a legitimidade da expectativa criada nos adquirentes de que, quando solicitado, a escritura pública seria assinada pelo casal.

Portanto, para se justificar a manutenção e validação do negócio jurídico celebrado sem a outorga conjugal (formal), será necessário demonstrar a ciência do cônjuge não signatário, a quitação do preço, a imissão na posse do bem e o transcurso do tempo. As circunstâncias como tudo ocorreu serão analisadas pelo Judiciário, visando identificar a boa-fé objetiva do comprador e a necessidade de se proteger a confiança gerada pelo comportamento contraditório.

6 Conclusão

Demonstrou-se, ao longo deste estudo, que a superação do positivismo e a mudança para um sistema jurídico aberto trouxe para nosso ordenamento uma nova forma de encarar as situações decorrentes das relações interpessoais. A regra específica, por si só, não representa uma conduta juridicamente correta sem que valores e princípios maiores sejam respeitados, podendo caracterizar um ilícito funcional. Verificou-se a origem da proibição do comportamento contraditório e sua ligação direta com o princípio da boa-fé objetiva, diferenciando-o de figuras semelhantes. Em seguida, identificou-se a legislação infraconstitucional acerca da outorga conjugal e a sanção imposta aos atos praticados em desacordo com a norma vigente.

Por fim, demonstrou-se que a invalidade do ato praticado em desacordo com a regra específica nem sempre é a melhor solução à luz dos valores constitucionais e dos princípios dela irradiados. Assim, a solução que atenda à eticidade que se busca deve ser construída conforme as peculiaridades de cada caso, tomando sempre por base a lealdade e boa-fé das partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 332, de 05 de março de 2008. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 março 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.328.235/RJ. Rel. Min. Sidney Beneti. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 jun 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 95539/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 out 1996.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 114 da I Jornada de Direito Civil, realizada em set 2002.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/751>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito, Estado e Sociedade**. PUC-Rio, Departamento de Ciências Jurídicas, n. 1, jul./dez. 1991, Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/215668558_Na_Medida_da_Pessoa_Humana._Estudos_de_Direito_Civil-Constitucional/links/0912f501294dd86bf1000000.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Salvador: Juspodivm, 2014.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **A teoria dos atos próprios**: elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados. 2006. Tese (Doutorado em direito civil). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5.

FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **A boa fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 2013.

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

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.