



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Juliana Esteves Wanderley

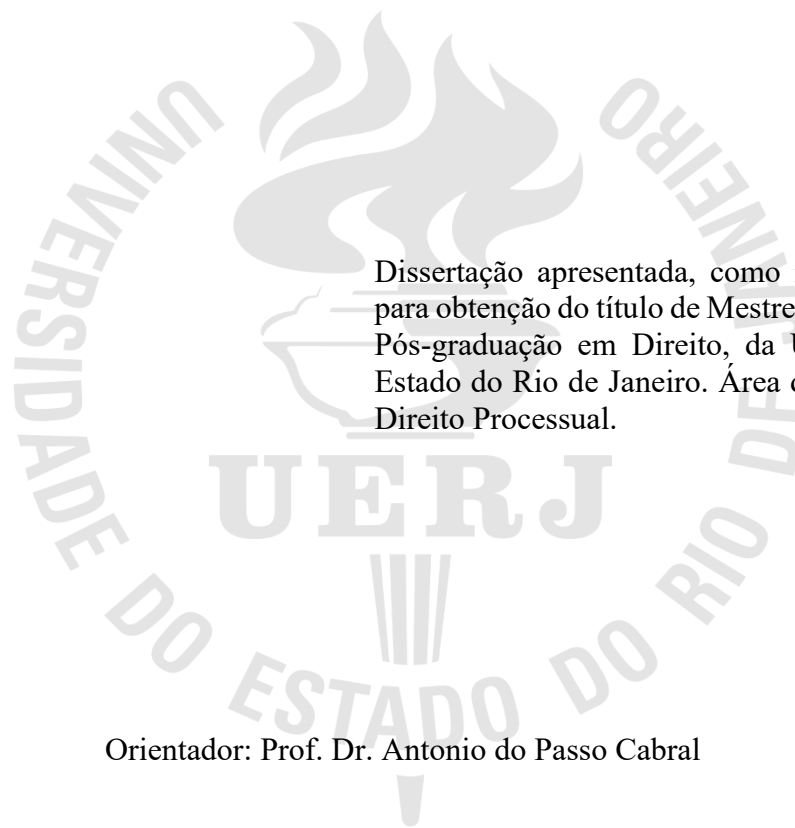
**Comportamento judicial contraditório no processo civil:
preclusão judicial, contradição externa e embargos de declaração à luz da
boa-fé objetiva**

Rio de Janeiro

2024

Juliana Esteves Wanderley

**Comportamento judicial contraditório no processo civil:
preclusão judicial, contradição externa e embargos de declaração à luz da boa-fé
objetiva**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral

Rio de Janeiro

2024

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

W245

Wanderley, Juliana Esteves

Comportamento judicial contraditório no processo civil: preclusão judicial, contradição externa e embargos de declaração à luz da boa-fé objetiva / Juliana Esteves Wanderley. - 2024.

100 f.

Orientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Boa-fé (Direito) - Teses. 2. Contradição – Teses. 3. Preclusão (Direito processual) – Teses. I. Cabral, Antonio do Passo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/.95

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Juliana Esteves Wanderley

**Comportamento judicial contraditório no processo civil:
preclusão judicial, contradição externa e embargos de declaração à luz da boa-fé
objetiva**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 22 de agosto de 2024.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk

Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Fernanda Medina Pantoja

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2024

DEDICATÓRIA

À toda força do mundo, minha mãe.

AGRADECIMENTOS

Escrever é uma atividade solitária. Mas mesmo tendo sido digitada por um par de mãos, esta dissertação é produto de um esforço coletivo. Seria contraditório – um verdadeiro atentado ao meu próprio tema de dissertação – não começar agradecendo àquelas e àqueles que fizeram parte dessa conquista coletiva.

Começo esse percurso pelas entrelinhas deste trabalho agradecendo à minha mãe, Claudia, meu maior exemplo de coragem, resiliência e superação, e ao meu irmão, Bernardo, meu parceiro, meu orgulho desde sempre e para sempre. Juntos, nós três nunca perdemos uma batalha.

Agradeço ao meu pai, Romero, que me lembra e relembra como é bom estar assim, *closer to the heart*, e à minha irmã Beatriz, minha bailarina preferida.

Também não posso deixar de agradecer aos meus jovens avós maternos, Marlene e Florindo, dupla que me ensina a não economizar no bom humor e nas histórias, das inéditas às reiteradamente contadas. E à minha avó Márcia, mestra, doutora e pós-doutora, de quem herdo a genética nordestina da persistência. Devo também meu muito obrigada à Beatriz Gomes Viana (*in memoriam*), eterna Tita.

Nas pessoas de Lumi Esteves, uma das adolescentes mais inteligentes que conheço, e da nossa matriarca Marialva Tavares, agradeço a toda minha família materna, cheia de mulheres fortes e inspiradoras.

Durante esses 2 anos de UERJ, agradeço especialmente a um trio de pessoas admiráveis que compartilharam comigo reflexões processuais temperadas por muita risada e parceria: Lucas Amaral, Marcela Melichar e Maria Eduarda Brasil.

Meu muito obrigada também àqueles que, ao longo do mestrado, contribuíram com materiais, debates e ideias que inspiraram este trabalho, nas pessoas de Carolina Mendes, Guilherme Mazarello, Juliana Melazzi, Carolina Meireles, Fernanda Vogt, Alberto Trigo, Thaís Junqueira, Lucas Lavogade, Marcella Meirelles, Isabel Petrenko e Victoria Borda.

Preciso também agradecer ao corpo docente da UERJ, especialmente aos professores com quem tive o privilégio de ter aulas, nas pessoas de Antonio do Passo Cabral, Leonardo Schenk, Marco Antonio Rodrigues, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Andre Roque e Humberto Dalla, e também à secretaria do PPGD, nas pessoas de Alessandro e Jonathan.

Ao meu orientador, Professor Cabral, devo meu sincero agradecimento pelo apoio e estímulo às reflexões contidas nas próximas páginas. As aulas de Cabral foram fundamentais

não apenas para a minha escolha de orientador, como também para o tema. Obrigada, Cabral, por me receber tanto na UERJ como no MPF, por me ouvir e acolher a mim e às minhas ideias, das mais às menos teimosas.

Ainda na UERJ, mas indo além das rampas até o sétimo andar, agradeço ao Professor Schenk, com quem tive a honra e o privilégio de trabalhar no PCPC Advogados, enquanto estagiária e aluna de Direito, e que, agora – como não poderia deixar de ser –, compõe a banca examinadora desta dissertação. Percebo como a vida foi generosa comigo, me oportunizando ter chefes-professores ou professores-chefes ao longo de minha formação profissional e acadêmica.

Dirijo ainda, e como sempre, meu mais profundo agradecimento à Professora Fernanda Pantoja, que também integra a banca examinadora desta dissertação. Não sei se Fernanda sabe disso, mas foram as suas aulas na graduação de Direito da PUC-Rio que despertaram em mim o interesse pelo estudo do processo civil. Se existe uma pessoa que marcou a minha formação, da graduação ao mestrado, essa pessoa é a Fernanda.

E por falar em PUC-Rio, não posso deixar de agradecer ao Ronaldo Cramer, ao Pedro Rocha e ao Bruno Redondo, que sempre confiaram em mim, desde aluna até advogada formada, para integrar e, posteriormente, auxiliar na coordenação do Grupo de Estudos Processuais da PUC-Rio, nosso GEP. Ao Pedro e ao Bruno, meu muito obrigada por me permitirem, ao longo do mestrado, dar aulas às suas turmas de graduação da PUC-Rio. Sempre me emociono ao voltar para a Pontifícia, ainda mais agora, aprendendo do outro lado da sala de aula.

Na correria diária de trabalhar e estudar, agradeço à Ananda Bricio, que está ao meu lado – literalmente – todos os dias e em todas as circunstâncias. Do Gustavo Tepedino Advogados até a Leste, do trabalho para a vida, Ananda foi meu porto seguro quando eu mais precisei.

Nas mais variadas frentes, da vida acadêmica à profissional, das competições de processo ao *Litigation Finance*, das salas de aula às quadras de tênis, e sabe-se lá por onde mais iremos juntos, agradeço ao Pedro Rocha, minha dupla certa desde 2018. Obrigada, Pedro, por confiar em mim e no meu trabalho, sempre me encorajando e me envolvendo nos seus projetos. Sou fã e testemunha do seu sucesso profissional e pessoal.

No dia a dia do trabalho, também não posso deixar de agradecer à Alessandra Souza e ao Marcelo Ganem, pelas contribuições diretas e indiretas contidas nestas páginas, e a Guilherme Mainart, Matheus Silveira, Camila Aizman, Edwin Ponte e Gina Ribeiro, por deixarem minha rotina mais leve.

Gostaria também de destinar um agradecimento especial a algumas mulheres determinantes, cada uma à sua maneira e ao seu tempo, para a conclusão deste trabalho, nas pessoas de Sofia Temer, Ana Lucia Ramos e Lindinaura Canosa.

Agradeço, por fim, aos meus amigos, pessoas sem as quais eu não estaria escrevendo essas palavras: Carolina Damasceno, Gabriella Salles, Daniel Mourão, Ana Paula Evaristo, Catherine Dias, Vanderson Otoni, Thales Thomas, Lorrane Carvalho, Murillo Pacheco, Ananda Bricio, Rafaella Tribuno, Maria Laura Paiva, Matheus Mendes, Julia Novaes, João Victor Braga, Luiza Calmon, Marina Hipskind, Julia Braga, Julia Camacho, Giovanna Dinepi, Maria Napoli, Suellen Machado, Lucas Lavogade, Henrique Vianna, Eduardo Gago, Andreia Ribas e Munique Mendes.

Escrever é uma atividade solitária de quem não está só. Muito obrigada!

Somos, enfim, o que fazemos para transformar o que somos.
A identidade não é uma peça de museu, quietinha na vitrine, mas a
sempre assombrosa síntese das contradições nossas de cada dia.

Eduardo Galeano

RESUMO

WANDERLEY, Juliana Esteves. *Comportamento judicial contraditório no processo civil: preclusão judicial, contradição externa e embargos de declaração à luz da boa-fé objetiva*. 2024. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2024.

A presente dissertação analisa o comportamento judicial contraditório, suas espécies e seus efeitos no processo civil. À luz da proteção das legítimas expectativas criadas nos jurisdicionados a partir de comportamentos judiciais anteriores, este estudo investiga as contradições do julgador ao longo de uma mesma decisão, de um mesmo processo e entre processos distintos. Em uma perspectiva endoprocessual, aplica-se ao julgador a figura da preclusão em suas três modalidades (temporal, lógica e consumativa). Expandindo a análise para fora das barreiras do mesmo processo, este estudo também analisa a contradição externa sob o enfoque do *venire contra factum proprium* aplicado ao julgador. Nesse percurso, o trabalho esclarece a distinção entre preclusão judicial e preclusão *pro iudicato*, explora o tema da contradição a partir de *omissões conclusivas* e examina o dever de motivação das decisões judiciais. A dissertação propõe também uma releitura da interpretação dada pela doutrina e pela jurisprudência à contradição referida no inciso I do art. 1.022 do CPC, resgatando o valor dos embargos de declaração no sistema processual.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva; contradição; preclusão judicial; *venire contra factum proprium*; embargos de declaração.

ABSTRACT

WANDERLEY, Juliana Esteves. *Contradictory Judicial Behavior in Civil Procedure: Judicial Preclusion, External Contradiction, and Motion for Clarification in View of Good Faith*. 2024. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2024.

This study examines the phenomenon of contradictory judicial behavior within civil procedure, exploring its various types and impacts. The primary focus is on safeguarding the legitimate expectations of parties involved in litigation, particularly concerning prior judicial decisions. Through an analysis of judicial contradictions within the same decision, within the same proceedings, and across different cases, this work seeks to elucidate the implications of inconsistent judicial rulings. From an endoprocedural perspective, this work proposes to apply the concept of preclusion to the judge in its three forms (temporal, logical, and consumptive). Expanding the analysis beyond the boundaries of the same proceeding, this study also examines external contradiction under the principle of "*venire contra factum proprium*" as applied to the judge. In this context, this work clarifies the distinction between judicial preclusion and "pro iudicato" preclusion, explores the issue of contradiction arising from conclusive omissions and examines the duty to provide reasons for judicial decisions. This work also proposes a reinterpretation of the doctrine and jurisprudence's understanding of the contradiction referred to in item I of Article 1.022 of the Brazilian Civil Procedure Code, rescuing the value of the motion for clarification within the procedural system.

Keywords: Good faith; contradiction; judicial preclusion; *venire contra factum proprium*; motion for clarification.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Representação gráfica das contradições judiciais enfrentadas neste estudo.....	82
Figura 2 - Série histórica dos índices de recorribilidade interna	84

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. ou arts.	Artigo ou artigos
AgInt	Agravo Interno
AI	Agravo de Instrumento
Ap. Cív.	Apelação Cível
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/15 ou CPC	Código de Processo Civil de 2015
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Des.	Desembargador ou Desembargadora
EDcl.	Embargos de Declaração
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
Julg.	Julgado em
Min.	Ministro ou ministra
PU	Parágrafo único
Rel.	Relator ou Relatora
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJCE	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJMS	Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

TJPE	Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJTO	Tribunal de Justiça do Estado de Tocantis

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	15
1	SOBRE O COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO: FUNDAMENTOS PARA SUA REPROVABILIDADE NO PROCESSO CIVIL	18
1.1	A importância do estudo da contradição para o conhecimento científico: da filosofia ao direito processual	18
1.2	Comportamento contraditório no direito civil	22
1.2.1	<u>Boa-fé objetiva</u>	22
1.2.2	<u>Requisitos para aplicação da figura da não contradição e consequências do comportamento contraditório</u>	28
1.3	Comportamento contraditório no direito processual.....	31
1.3.1	<u>Boa-fé processual (art. 5º do CPC).....</u>	31
1.3.2	<u>Contradições admitidas e contradições vedadas pelo CPC</u>	35
2	ESPÉCIES DE COMPORTAMENTO JUDICIAL CONTRADITÓRIO.....	36
2.1	A atividade jurisdicional e a necessidade da tutela da confiança do jurisdicionado a partir da não contradição	36
2.2	Preclusão judicial ou preclusão para o juiz	39
2.2.1	<u>Conceito de preclusão e sua aplicação não apenas às faculdades processuais.....</u>	39
2.2.2	<u>Preclusão <i>pro iudicato</i> x preclusão judicial</u>	41
2.2.3	<u>Preclusões temporal, consumativa e lógica dos poderes do juiz.....</u>	42
2.2.4	<u>É possível falar em preclusão lógica a partir de omissão judicial?</u>	49
2.2.5	<u>Exceções à preclusão judicial.....</u>	53
2.3	<i>Venire contra factum proprium</i> do julgador: delimitação de sua incidência	59
2.3.1	<u>Requisitos para aplicação da figura ao julgador.....</u>	60
2.3.1.1	<u>O <i>factum proprium</i></u>	61
2.3.1.2	<u>A legítima confiança</u>	64
2.3.1.3	<u>A contradição ao <i>factum proprium</i>.....</u>	65
2.3.1.4	<u>O dano efetivo ou potencial.....</u>	66
2.3.1.5	<u>A questão da “identidade de sujeitos” e o problema da identidade física do juiz</u>	67
2.3.2	<u>Mudança de entendimento e dever de motivação da decisão: limites à discrecionalidade.....</u>	69

2.4	Contradição interna x contradição externa: uma proposta de diferenciação	74
3	MEIOS IMPUGNATIVOS E PREVENTIVOS DO COMPORTAMENTO JUDICIAL CONTRADITÓRIO	74
3.1	Embargos de declaração: o clássico recurso contra a contradição.....	75
3.1.1	<u>Ressignificando o cabimento do recurso.....</u>	79
3.1.2	<u>Consequências recursais da constatação do comportamento judicial contraditório...</u>	85
3.2	Tutelando a legítima expectativa: incentivo à publicidade das decisões judiciais	87
	CONCLUSÃO	89
	REFERÊNCIAS	92

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, o tema do comportamento judicial contraditório, por essência, desperta alguma perplexidade. Afinal, coerência é o mínimo que se espera do Estado-juiz, na qualidade de titular do poder de prestar a jurisdição. Contudo, a prática forense revela situações em que juízes, desembargadores e ministros, como seres humanos que são, acabam por se contradizer, seja nas barreiras de um mesmo processo (contradição endoprocessual), seja entre decisões proferidas em processos distintos (contradição extraprocessual), o que sugere a relevância de um estudo direcionado especificamente às causas e efeitos da contradição judicial.

A Constituição Federal e a legislação processual garantem alguns mecanismos de evitar e corrigir a contradição judicial. Alguns exemplos são o dever de motivação das decisões judiciais previsto no art. 93, IX da CRFB/88 e no art. 489, § 1º, do CPC; a cláusula geral de boa-fé objetiva (processual) contida no art. 5º do CPC, aplicável ao julgador e a todos aqueles que participam do processo; o cabimento de embargos de declaração para *eliminar* contradição; e o próprio sistema de precedentes vinculantes instituído pelo CPC/15, que inovou ao prever um rol de pronunciamentos que devem ser observados pelos julgadores, impedindo, em sentido amplo, a contradição do Poder Judiciário com relação ao que foi fixado anteriormente em caráter vinculante (art. 927 do CPC).

É fato dado que certos comportamentos judiciais contraditórios são reprováveis no Direito. No entanto, poucas são as produções doutrinárias abordando especificamente o tema da contradição judicial, suas espécies e seus efeitos dentro e fora do processo¹. Embora o comportamento contraditório processual tenha sido tema de estudos de relevo – e desde a vigência do CPC/73 –, as abordagens são mais relacionadas às partes processuais, e menos ao juiz². A contribuição da presente dissertação, portanto, reside precisamente em explorar a contradição na atividade jurisdicional, frente em que a coerência é mais esperada.

¹ Especificamente sobre o tema da preclusão judicial, mas ainda na vigência do CPC/73, destaca-se a obra de Daniel Amorim Assumpção Neves: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

² Podem-se citar, principalmente: TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. 2014. 281 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014; ROMEU, Talita Macedo. *A proibição do comportamento contraditório aplicada ao direito processual civil*. 2012. 124 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2012; e BALZANO, Felice. *O venire contra factum proprium no processo civil brasileiro: o princípio da irretroatividade*. 2016. 277 p. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

Sabe-se, por exemplo, que as decisões judiciais devem ser motivadas, evitando-se contradições, nos termos do art. 93, IX da CRFB/88 e do art. 489, §1º, do CPC. Mas é possível falar em preclusão judicial quando um julgador se contradiz (preclusão judicial lógica)?

Ainda, está previsto expressamente no CPC que os precedentes vinculantes elencados no art. 927 do CPC autorizam, por exemplo, a concessão de tutela de evidência (art. 311, II, do CPC), a improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC) e o julgamento monocrático (art. 932, IV e V, do CPC). Mas é possível aplicar o princípio da não contradição e vincular um juiz de primeira instância a uma decisão pretérita que ele próprio proferiu anteriormente em processo distinto, mas com idêntica questão de direito?

Indo além, é de conhecimento geral que não existem no ordenamento jurídico brasileiro decisões implícitas. Contudo, a partir do momento em que certas decisões não são tomadas no processo, não é tutelável a legítima expectativa criada nas partes de que não serão mais proferidas?

No primeiro capítulo, a contradição será examinada pela ótica de diversas ciências, demonstrando-se a sua presença no estudo de diversos fenômenos. A partir do elemento comum em todas elas, da filosofia à matemática, chegaremos, à teoria do direito, adentrando o direito civil, ramo do Direito em que o tema ganha especial relevância a partir do princípio segundo o qual a ninguém é dado vir contra os próprios atos (*nemo potest venire contra factum proprium*). Nessa seara, trataremos dos requisitos identificados pela doutrina civilista para a configuração da figura da não contradição e de suas consequências nas relações paritárias.

Em seguida, chegando ao direito processual, será possível extrair o mesmo princípio da não contradição da cláusula geral de boa-fé objetiva que está prevista no art. 5º do CPC, aplicável àquele *que de qualquer forma participa do processo*. Analisando as normas do diploma em perspectiva, ficará claro que, no regramento processual, coexistem normas que admitem com normas que vedam o comportamento contraditório, cabendo investigar o elemento em comum entre as proibitivas, situando a sua reprovabilidade na tutela da confiança dos jurisdicionados.

No segundo capítulo, trataremos especificamente do comportamento contraditório judicial. Em matéria de perda de poder processual, diferenciaremos a preclusão judicial da equivocadamente utilizada preclusão *pro iudicato* e trataremos das espécies de preclusão que

são aplicadas ao julgador, investigando, ainda, a partir da jurisprudência nacional e de hipóteses doutrinárias, as suas exceções e o instigante tema da preclusão por *omissões conclusivas*³.

Na sequência, saindo dos limites endoprocessuais, será estudada a possibilidade de aplicação do *venire contra factum proprium* para evitar e corrigir a contradição entre decisões proferidas pelo mesmo julgador (pessoa física ou colegiado cuja composição não foi alterada em mais da metade), sobre a mesma questão de direto controvertida, em processos distintos. A partir da aplicação dos requisitos da doutrina civilista à dinâmica processual, serão feitas as devidas aproximações e diferenciações em matéria de comportamento judicial contraditório.

Tratando-se do julgador, não descuidaremos do dever constitucional de motivação das decisões judiciais como limite à discricionariedade judicial que, claro, permite que altere seu posicionamento a respeito de determinada questão já decidida⁴. Ao fim desse capítulo, a partir de tudo que foi exposto e com o fim de introduzir a reflexão contida nas páginas seguintes, diferenciaremos o conceito de contradição interna do de contradição externa que se sugere adotar.

Por fim, no terceiro capítulo, trataremos especificamente dos embargos de declaração, o recurso clássico contra a contradição judicial, ressignificando o seu cabimento em casos de contradição interna e externa não considerados pela doutrina e pela jurisprudência, que apenas admitem o recurso para *eliminar* contradição entre os elementos da mesma decisão judicial.

Nesse sentido, fazendo uma leitura sistemática do diploma processual e, a partir da admitida atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração, será recuperada a sua importância no e para o processo.

Assim, à luz da boa-fé objetiva, da publicidade das decisões judiciais e de sua necessária motivação, será possível concluir que responsabilidade decisória está diretamente relacionada com a criação de legítima expectativa, o que também será abordado em matéria de prevenção do comportamento judicial contraditório.

Sem a pretensão de esgotar o tema da contradição judicial, o principal objetivo da presente dissertação é, portanto, oferecer subsídios para o seu adequado tratamento pelas partes, seus procuradores e, claro, pelo Poder Judiciário como um todo.

³ Cujas principais contribuições no processo civil brasileiro são de Antonio do Passo Cabral: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁴ Afinal, “a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discricionariedade para cair no arbítrio”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: segunda série*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2023. p. 122-123.

1 SOBRE O COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO: FUNDAMENTOS PARA SUA REPROVABILIDADE NO PROCESSO CIVIL

1.1 A importância do estudo da contradição para o conhecimento científico: da filosofia ao direito processual

O estudo da contradição e sua utilização para explicar diversos fenômenos práticos e teóricos está presente nas mais variadas áreas do conhecimento. Seja nas ciências sociais, seja nas ciências exatas, a contradição, do latim “*contradictio*”⁵, traz consigo, em todas as hipóteses em que aplicada, a ideia de incoerência, de discrepância traduzida no ato ou efeito de contrariar (“contra”) o que foi manifestado anteriormente (“*dictio*”).

Na filosofia antiga, Aristóteles já defendia a existência de um princípio da não contradição em toda ciência específica. Segundo a lógica metafísica de Aristóteles, o referido princípio seria primordial para a investigação científica, para o raciocínio e para a comunicação, permitindo que se conheça verdadeiramente algo⁶.

Seguindo esse raciocínio, nas ciências sociais, diferentes dinâmicas sociais, políticas e econômicas são explicadas por meio de contradições subjacentes a elas. Um clássico exemplo é a contradição desenvolvida por Karl Marx como intrínseca ao sistema capitalista, composto pelos proprietários dos meios de produção e pela classe trabalhadora. Para Marx, os interesses díspares das duas classes, em que o capital/lucro conflita com melhores condições de trabalho/salários, levariam ao colapso do próprio sistema⁷.

De outro lado, no campo das ciências exatas, a contradição também é amplamente aplicada. Na matemática, utiliza-se a “prova por contradição” ou “redução ao absurdo”, técnica probatória por meio da qual se assume o oposto do que se deseja provar, demonstrando-se, em

⁵ CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2012. [E-book].

⁶ GOTTLIEB, Paula Louise. Aristotle on Non-contradiction, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/aristotle-noncontradiction/>>. Acesso em: 2 out. 2023.

⁷ MARX, Karl. *O capital*. Livro 1. v. 1 e 2: O processo de produção do capital. José Olympio, 2016.

seguida, que essa suposição leva a uma contradição lógica; ou seja, a suposição é falsa, sendo verdadeira, portanto, a afirmação original⁸.

No estudo do Direito, Hans Kelsen, em sua clássica obra *Teoria Pura do Direito*, ao tratar da estrutura normativa e hierárquica das normas jurídicas, também recorre ao princípio da não contradição para, diante do conflito de normas, por exemplo, evitar contradições internas no ordenamento jurídico que possam comprometer a coerência e a validade do sistema normativo⁹.

Ainda no âmbito da Teoria do Direito, Chaïm Perelman, crítico voraz do positivismo jurídico, resgatou a tradição aristotélica da dialética, inaugurando, na segunda metade do século XX, uma *nova retórica*. Por meio da teoria da argumentação, desenvolveu uma *lógica jurídica*, que, em contraposição à lógica formal/analítica, propõe um raciocínio jurídico baseado no estudo do discurso e de suas técnicas para convencimento, buscando uma justiça com fundamento na controvérsia, no diálogo e no embate. Perelman defendeu que, no processo de tomada de decisão, o juiz não deve se contentar apenas com o texto legal, cabendo a ele recorrer à verdade prática do caso concreto para que se alcance o ideal social de justiça e equidade¹⁰.

Para o filósofo e jurista polonês, na argumentação, não haveria que se falar em contradição – por meio da qual, segundo a lógica formal, revela-se o certo e o errado –, mas sim em *incompatibilidade* entre asserções, de modo que, não havendo uma univocidade na linguagem, serão interpretadas e, sendo mais ou menos plausíveis, aderidas ou não pelo auditório que se pretende persuadir ou convencer¹¹.

⁸ BARTLE, Robert Gardner. *The elements of real analysis*. v. 2. Nova York: Wiley, 1964.

⁹ “Os princípios lógicos em geral e o princípio da não-contradição em especial podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem normas de Direito e, assim, indiretamente, também podem ser aplicados às normas jurídicas. Não é, portanto, inteiramente descabido dizer-se que duas normas jurídicas se ‘contradizem’ uma à outra. E, por isso mesmo, somente uma delas pode ser tida como objetivamente válida. Dizer que A deve ser e que não deve ser ao mesmo tempo é tão sem sentido como dizer que A é e não é ao mesmo tempo. Um conflito de normas representa, tal como uma contradição lógica, algo de sem sentido”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 144.

¹⁰ “A superioridade do pensamento jurídico sobre o pensamento filosófico está em que, ao contrário deste que pode contentar-se com fórmulas gerais e abstratas, o direito é obrigado a considerar a solução das dificuldades que surgem quando se trata de aplicar essas fórmulas gerais à solução de problemas particulares. (...) A busca das soluções concretas obrigará muitas vezes a reinterpretar os princípios, a opor o espírito à letra da lei, o ponto de vista pragmático, que leva em consideração as conseqüências resultantes da aplicação de uma regra, ao ponto de vista formalista, o da aplicação literal do texto”. PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 163.

¹¹ “Se vemos numa língua um instrumento de comunicação e de ação, adaptável a fins variados e não apenas a fins científicos, já não é questão de modelá-la por uma língua ideal, caracterizada pela univocidade, pela ausência de imprecisão e de ambigüidade. Estas características que exigimos de uma linguagem formal, tal como a da lógica e a das matemáticas, não podemos impô-las a qualquer linguagem, seja qual for o fim para o qual a utilizamos. Uma língua, elaborada para um único fim, é freqüentemente inapta para outro: a língua

Na filosofia do Direito, a vedação à contradição também tem eco na produção literária de Ronald Dworkin, que, por sua obra *Law's Empire*, influenciou fortemente a coerência das decisões judiciais na interpretação do Direito. O conceito de *integridade* (“Law as integrity”) por ele inaugurado – que, inclusive, inspirou a redação da norma contida no art. 926 do Código de Processo Civil brasileiro –¹² traduz um dever de coerência dos juízes com decisões passadas, como se em uma espécie de narrativa entre presente, passado e futuro¹³.

Voltando os olhos ao Direito Processual, ramo da ciência do qual se ocupa a presente dissertação, é possível constatar a expressa menção à contradição em diversos dispositivos do CPC. É o caso, por exemplo, dos dispositivos referentes a ônus da impugnação específica (art. 341, III, do CPC), efeitos da revelia (art. 345, IV, do CPC) e embargos de declaração (art. 1.022 e ss. do CPC). Em todos esses dispositivos, a constatação da contradição produz efeitos distintos em prol da coerência no processo.

No caso do art. 341, III, a contradição entre a defesa do réu, considerada como um todo, e as alegações de fato contidas na petição inicial é uma exceção ao ônus da impugnação específica de cada fato trazido na peça inaugural, uma vez que, havendo narrativas e defesas diferentes – e, portanto, contraditórias entre si – na petição inicial e na contestação, pressupõe-se que houve impugnação, por incompatibilidade lógica entre alegações.

O mesmo ocorre na norma contida no art. 345, IV do CPC, segundo a qual, também por incompatibilidade lógica, não há que se falar em presunção de veracidade quando as alegações de fato formuladas pelo autor, muito embora não tenham sido impugnadas pelo réu revel, estiverem em contradição com a prova dos autos. Ou seja, mesmo que o réu não apresente contestação, caso as provas indiquem realidade diversa daquela narrada pelo autor, não se presume verdadeiro aquilo que foi narrado, e sim, o que está provado.

dos cálculos não é a língua dos poetas ou dos diplomatas, nem a dos juristas. (...) A argumentação não visa à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de ser verdadeira. Pode-se preferir uma tese à outra por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável, mais bem adaptada à situação”. PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 155-156.

¹² CPC, art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

¹³ “Law as integrity denies that statements of law are either the backward-looking factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism. It insists that legal claims are interpretive judgments and therefore combine backward-and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative”. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 225.

Quanto ao art. 1.022, I, conforme será mais bem tratado no item 3.1, atesta a reprovabilidade da contradição no processo, considerando que, em caso de decisão contraditória, são cabíveis embargos de declaração com o fim de eliminá-la¹⁴.

Para além do texto legal, a coerência e a contradição também estão no conteúdo de conceitos e institutos processuais, justificando sua própria natureza. É o caso do termo *integridade* utilizado no art. 926 do CPC, que, como mencionado, remete à tese de Ronald Dworkin¹⁵ para incluir como um dos alicerces do sistema de precedentes brasileiro a ideia de que “a aplicação do direito deve se fazer de forma coerente com o que se decidiu no passado”¹⁶.

É também o caso da preclusão lógica, instituto que, fundado precisamente na vedação ao comportamento contraditório¹⁷, significa a impossibilidade de prática de uma faculdade/poder processual por conta da sua incompatibilidade com conduta processual anterior¹⁸, tal como previsto expressamente no art. 276 do CPC, por exemplo, que impede que a parte que se beneficiou de determinada nulidade a que deu causa venha a impugná-la posteriormente¹⁹. Ou, ainda, no art. 1.000, do CPC, que prevê a impossibilidade de recurso pela parte que aceita expressa ou tacitamente a decisão²⁰.

Nos poucos exemplos listados acima, fica evidente que a contradição, quando constatada, provoca efeitos em prol da coerência, orientando as partes processuais, seja para eliminá-la (no caso de embargos de declaração do art. 1.022, I, do CPC), seja para embasar determinada conclusão que advém da sua constatação (“integridade” do art. 926; exceção à

¹⁴ No item 3.1, abordaremos as nuances do dispositivo, que, segundo vasta doutrina e jurisprudência sobre o tema, autoriza a oposição do referido recurso tão somente em caso de contradição entre elementos de uma mesma decisão.

¹⁵ Ressalvadas as críticas à adoção do conceito de forma irrestrita: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871-872.

¹⁶ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 127.

¹⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium. *Revista de Processo*, v. 168, p. 331-346. fev. 2009. p. 7.

¹⁸ Nesse sentido, Fredie Didier antecipa que “preclusão lógica está intimamente ligada à vedação ao *venire contra factum proprium* (regra que proíbe o comportamento contraditório), inerente à cláusula geral de proteção da boa-fé. Considera-se ilícito o comportamento contraditório por ofender o princípio da boa-fé processual”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 479.

¹⁹ A hipótese será mais bem tratada no item 1.3.2.

²⁰ Preclusão lógica oriunda do que a doutrina processual chama de *aquiescência* “para definir uma hipótese de preclusão lógica da faculdade de interposição de recurso”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 308.

impugnação específica do art. 341, III, do CPC; ou inocorrência de presunção de veracidade do art. 345, IV, do CPC), ou para impedir a produção de efeitos do ato contraditório (preclusão lógica).

Mas antes de adentrar à contradição judicial propriamente dita, tema central da presente dissertação, é preciso dar um passo atrás e investigar a origem da vedação ao comportamento contraditório no Direito. Como se verá a seguir, derivada do brocardo latino *nemo potest venire contra factum proprium*, integrante da cláusula geral de boa-fé objetiva, a vedação ao comportamento contrário tem suas raízes no direito civil.

1.2 Comportamento contraditório no direito civil

1.2.1 Boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*

Na sociedade contemporânea, mudar de opinião é não apenas esperado, mas também, muitas vezes, desejável, considerando o dinamismo das relações e a velocidade dos acontecimentos. No entanto, é por conta desse mesmo contexto complexo de permanente sujeição a mudanças que, para determinadas situações, o Direito deve trazer limites à liberdade, protegendo a confiança daqueles que podem ser prejudicados pelo comportamento contraditório²¹.

A concepção de que *nemo potest venire contra factum proprium* (a ninguém é dado vir contra os próprios atos) deve ser compreendida precisamente nesse contexto. Ou seja, não como um instrumento em favor da imutabilidade, e sim como um mecanismo de limitar, à luz dos valores constitucionais, o exercício irrestrito da vontade individual.

Para que possamos chegar à tutela da confiança como fundamento do *venire contra factum proprium* no direito brasileiro, faz-se necessário resgatar as origens da figura no direito civil, sempre à luz da Constituição.

²¹ No âmbito do direito privado, Judith Martins-Costa adverte: “a total coerência seria um injusto cárcere, pois nossa liberdade compreende o mudar de opinião, e a auto-escuta frequentes vezes leva à contradição. (...) Portanto, o que o princípio proíbe como contrário ao interesse digno de tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a *relação de confiança recíproca* minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial”; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 676.

Conforme a doutrina de Menezes Cordeiro, o *venire contra factum proprium* traduz-se no “exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”²². Em outras palavras, vir contra os próprios atos significa romper com as expectativas criadas em outrem a partir de uma conduta inicial.

Tal conceito, por si só, parece não demandar grandes reflexões para se concluir que a vedação ao comportamento contraditório está intimamente ligada à proteção da confiança no ordenamento jurídico. O percurso até essa conclusão, no entanto, é menos óbvio do que parece.

Em uma leitura sistemática dos dispositivos do Código Civil, não é possível afirmar que existe um dever jurídico absoluto de coerência. Muito pelo contrário.

Decerto, o diploma conta com artigos que revelam uma preocupação implícita do legislador com o comportamento contraditório. Pode-se citar, a título de exemplo, o seu artigo 175²³, que impede que a parte que confirmou expressamente negócio anulável, ou lhe deu execução, se valha posteriormente do vício para impugnar a validade do negócio em seu benefício. Ou, ainda, o art. 476²⁴, ao prever a exceção de contrato não cumprido, que veda, em contratos bilaterais, que um dos contratantes exija da outra parte o cumprimento da obrigação sem que ele próprio tenha cumprido a sua²⁵.

Contudo, por outro lado, há também no Código uma série de dispositivos que autorizam e tutelam a contradição. Como exemplo, Anderson Schreiber cita as hipóteses de revogação unilateral de ato ou negócio jurídico, tal como o art. 428, inciso IV²⁶, que autoriza a desistência do proponente de contrato caso a retratação chegue a conhecimento da outra parte antes da proposta, ou simultaneamente a ela²⁷.

²² MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2013. p. 742.

²³ Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

²⁴ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

²⁵ Como exemplo de vedações implícitas ao comportamento contraditório, Anderson Schreiber cita, ainda, os artigos 491, 1.146 e 619, todos do Código Civil. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 75-77.

²⁶ Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: (...) IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

²⁷ Outros exemplos trazidos pelo referido autor são dos artigos 1.969, 438 e 791, todos do Código Civil. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 78-79.

Diante desse cenário, em que dispositivos que vedam a contradição convivem com outros que a autorizam, para se alcançar a *ratio* do *nemo potest venire contra factum proprium*, torna-se necessária a investigação do fundamento normativo em comum entre todas as normas que estabelecem um dever de coerência, tutelando a confiança. É então que entra em cena a boa-fé objetiva.

No direito brasileiro, até 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), o termo “boa-fé” era utilizado pelos tribunais brasileiros apenas em seu aspecto subjetivo, como estado psicológico de estar agindo conforme o direito, e ao qual se contrapõe a má-fé²⁸.

A boa-fé objetivamente considerada se difundiu no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do CDC, como um princípio reequilibrador em resposta ao advento de uma sociedade de massas, em que os consumidores, como partes vulneráveis em relação aos agentes econômicos, necessitavam de proteção contra os abusos de uma exacerbada autonomia privada²⁹.

Tal concepção exclusivamente protetiva da boa-fé objetiva apenas foi ressignificada com o Código Civil de 2002, que regula relações paritárias, ou seja, aquelas em que, via de regra, não há desequilíbrio a ser corrigido. Foi por meio da expressa previsão da boa-fé ao longo do Código que o princípio se desgarrou das relações de consumo para alcançar as relações paritárias como cláusula geral nas relações obrigacionais, impondo às partes (credor e devedor)

²⁸ “Era também neste sentido que o Código Civil de 1916 empregava o conceito, referindo-se, por exemplo, ao possuidor de boa-fé como aquele que tem a posse de um bem sem consciência do vício ou obstáculo que lhe impede adquirir o domínio sobre a coisa”. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do Direito civil*. 1. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 36.

²⁹ Acrescentam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber que “no intuito de atender às ‘necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo’ (art. 4º), valeu-se o código consumerista de uma série de instrumentos como a responsabilidade objetiva do fornecedor, o elenco não-taxativo de cláusulas abusivas, a disciplina de ações coletivas, a previsão expressa de direitos indisponíveis do consumidor como o direito à adequada informação sobre o produto e à inversão do ônus da prova, e assim por diante”. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 31.

um comportamento honesto, leal e colaborativo ao longo de todo o processo obrigacional³⁰ rumo à prestação satisfativa³¹.

Inserida no Código Civil como cláusula geral, ou seja, com caráter aberto, a boa-fé objetiva foi deixada a cargo da discricionariedade do julgador, que, avaliando cada caso concreto, deve verificar os parâmetros de conduta que se esperam naquela relação jurídica *sub judice*.

Foi nesse sentido que, a partir da previsão expressa dos artigos 113³², 187³³ e 422³⁴, a doutrina brasileira recorreu à sistematização da boa-fé objetiva em uma tríplice função: (i) interpretativa; (ii) restritiva do exercício abusivo de direitos; e (iii) criadora de deveres anexos³⁵.

A primeira função, extraída do art. 113, traduz-se como cânone hermenêutico da conduta das partes à luz “dos fins visados pelo negócio e das expectativas legitimamente geradas por sua pactuação”³⁶. A segunda função é de limitação do exercício de direitos subjetivos, em que a boa-fé atua como controle de abusividades, nos termos do art. 187. Por

³⁰ “A boa-fé importa ainda a dinamização da relação obrigacional, concebida como um conjunto de momentos sucessivos, interligados em unidade ontológica, uma estrutura verdadeiramente orgânica, repleta de relações recíprocas de instrumentalidade ou interdependência. A clássica e estática obrigação passa, como relação obrigacional, a ser compreendida como um sistema de processos em razão da necessária colaboração entre os sujeitos vinculados”. KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: Repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, p. 217-236, abr./jun. 2012. p. 222.

³¹ Tratando do conceito de *prestação satisfativa* à luz da contemporânea teoria do inadimplemento das obrigações, Aline de Miranda Valverde Terra pontua: “Durante todo o desenvolvimento da relação obrigacional, as partes são chamadas a colaborar mutuamente, de acordo com a cláusula geral da boa-fé objetiva, para a plena realização de seus mútuos interesses (...). A alteração do conceito de adimplemento implica, na mesma medida, a evolução da noção de inadimplemento: se para se reputar o devedor adimplente se impõe a observância não apenas do dever principal da prestação, mas também, com a mesma acuidade, dos deveres de conduta, significa dizer que se considera inadimplente o devedor que não cumpre o dever principal da prestação ou os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. Em sentido amplo, portanto, inadimplemento significa a inexecução da *prestação satisfativa*, e não o mero descumprimento da prestação principal”. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 101-103.

³² Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

³³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³⁵ Teresa Negreiros ressalva que “na prática, estas funções complementam-se, sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob que ‘tipo’ a boa-fé está sendo invocada; qual, enfim, a função específica que o princípio está desempenhando naquela hipótese em particular”. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 140.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 511.

fim, a função criadora de deveres anexos, deduzida do art. 422 do Código, é aquela por meio da qual enxerga-se o vínculo obrigacional de maneira complexa³⁷, abrangendo tanto a prestação principal como os deveres que a orbitam, tais como deveres de lealdade, honestidade e informação, que variam conforme o caso concreto.

Conclui-se, portanto, que, por trás de todas as três funções da boa-fé objetiva, há um componente principal despertado pela declaração³⁸. Seja criando deveres anexos à prestação principal, limitando o exercício de direitos ou servindo como cânone interpretativo dos negócios jurídicos, a boa-fé se caracteriza e se justifica a partir de um mesmo elemento: a confiança³⁹.

Feita essa breve contextualização e conceituação, volta-se à boa-fé objetiva como fundamento do *venire contra factum proprium*⁴⁰.

³⁷ “A complexidade intra-obrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma prestação creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”. MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2013. p. 586.

³⁸ Indo além, conforme será mais bem tratado adiante, Antonio do Passo Cabral, sob a perspectiva do contraditório como influência reflexiva, trata da hipótese de nulidades decorrentes de atos omissivos conclusivos. Defende o referido professor, à luz da legítima expectativa criada a partir de uma omissão, que, “para evitar o abuso de direitos processuais e proteger a boa-fé, o segundo ato, por incoerência com o primeiro, deve ser inadmitido (se for ato estimulante) ou invalidado (caso se trate de ato determinante)”. (...) Com efeito, uma omissão da parte pode importar na impossibilidade de prática de um ato no futuro desde que daquela inércia possa ser extraído um padrão de conduta produtor de expectativa legítima aos demais sujeitos processuais, cuja boa-fé (confiança) deve ser protegida”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 307.

³⁹ Não se desconhece a diferenciação feita por parte da doutrina entre princípio da confiança e o princípio da boa-fé objetiva. No entanto, não é o objetivo desta dissertação adentrar ao mérito da discussão, sobretudo considerando não haver divergência no sentido de que a proteção da confiança é um dos pilares da boa-fé objetiva. Neste sentido: “O âmbito de atuação do princípio da confiança é maior que o da boa-fé, mas a boa-fé objetiva atua para tornar concreta a proteção da confiança e, portanto, para proteger o bem confiança. Quem age conforme os deveres que nascem pela incidência do princípio da boa-fé, também age conforme os deveres que derivam do princípio da confiança. O limite exato entre o âmbito de atuação de ambos é nebuloso. O certo é que a boa-fé precisa de referências constantes à confiança, pois a sua adoção pelo ordenamento sob a forma de uma cláusula geral deixa dúvidas sobre a sua real natureza. É correto afirmar a existência do princípio da boa-fé, mas é tecnicamente mais adequado tratar-se da cláusula geral da boa-fé, pois o princípio realizado por meio da aplicação concreta de tal cláusula geral é, por via de regra, o princípio da confiança”. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 12, p. 169-225, out./dez. 2002. p. 10.

⁴⁰ A dúvida que pode surgir para o leitor é: por que tratar do *venire contra factum proprium* de maneira autônoma, e não simplesmente incorporá-lo ao conteúdo da boa-fé objetiva? Respondendo essa indagação, Carlos Nelson Konder explica que a existência de figuras parcelares da boa-fé objetiva como o *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *supressio* e *duty to mitigate the loss* evitam um esvaziamento do conteúdo do princípio e sua utilização para fins puramente retóricos em decisões judiciais, aprimorando a sua fundamentação: “Certamente, essas figuras parcelares da boa-fé não são algum tipo de panaceia para as dificuldades na aplicação do princípio. Também elas são dotadas de generalidade e indeterminação suficiente a permitir sua utilização puramente retórica, sem a identificação dos argumentos necessários ao que se

Como exposto, a vedação do *venire contra factum proprium* consiste na proibição de atos contraditórios em relação ao comportamento prévio do agente que lesem a confiança da outra parte⁴¹. Dessa forma, é classificado pela doutrina como uma das figuras parcelares da boa-fé objetiva⁴², com fundamento, sobretudo, na tutela da confiança que a compõe⁴³.

Diante dessa conclusão, retomando a questão da coexistência, no Código Civil, de normas que autorizam o comportamento contraditório com normas que o condenam, nota-se que tanto nestas normas quanto naquelas, o fundamento está na confiança.

O art. 175, por exemplo, que trata da impossibilidade de impugnação do negócio jurídico anulável, se analisado isoladamente, parece ir em sentido contrário ao do Direito. Afinal, soa antijurídico manter um negócio que, em sua origem, já nasceu viciado. O que justifica a norma contida no dispositivo é, justamente, a confiança que foi depositada na outra parte de que aquele negócio, apesar do vício, não seria impugnado.

Da mesma maneira, nos casos em que o Código Civil autoriza a contradição, ele o faz pois não haveria que se falar em confiança na hipótese, ou porque a confiança cede espaço, por opção do legislador, a outros elementos mais relevantes no caso. Como exemplo, o art. 428, inciso IV, do Código Civil, em que a revogação da proposta apenas é admitida, pois a proposta

considera uma fundamentação adequada e racional da decisão judicial. No entanto, uma observação preliminar indica que isso acontece com menor frequência do que nas decisões que se baseiam diretamente e apenas no princípio por trás delas e que, portanto, podem ajudar o intérprete a se desincumbir adequadamente do ônus de fundamentar a decisão”. KONDER, Carlos Nelson. Princípios Contratuais e Exigência de Fundamentação das Decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opin. Jur.*, Fortaleza, a. 14, n. 19, p. 33-57, jul./dez. 2016. p. 43.

⁴¹ “Com efeito, 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, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 95.

⁴² TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do Direito civil*. 1. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 45.

⁴³ “De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos. Mais que contra a simples coerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior”. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 96.

em si chegou ao oblato após ou simultaneamente à revogação. Ou seja, não houve criação de legítima expectativa⁴⁴.

Todas essas situações de previsão legislativa expressa, veja-se, não demandam a invocação do *nemo potest venire contra factum proprium*, pois a criação de legítima expectativa já está presumida, no caso de normas proibitivas, ou descartada, no caso de normas autorizadoras, no próprio dispositivo. A vedação ao *venire contra factum proprium* aplica-se, portanto, “àqueles atos que não são originariamente vinculantes e sobre cuja possibilidade de contradição o legislador não se tenha manifestado expressamente”⁴⁵. É o que será demonstrado a seguir, por meio da análise dos seus pressupostos de aplicação.

1.2.2 Requisitos para aplicação da figura da não contradição e consequências do comportamento contraditório

A doutrina não é unânime com relação aos requisitos de aplicação do *venire contra factum proprium*⁴⁶. Apesar das divergências, passa-se a analisar, neste trabalho, os quatro pressupostos elencados por Anderson Schreiber: (i) uma conduta inicial (*factum proprium*); (ii) a legítima confiança de outrem na manutenção do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; e (iv) um dano ou um potencial de dano⁴⁷.

O primeiro deles, o *factum proprium*, é o comportamento inicial, aquela conduta que não é, à luz do direito positivo, vinculante em sua origem, mas que, por despertar a confiança

⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 96-98.

⁴⁵ Ibid. p. 100.

⁴⁶ Paulo Mota Pinto aponta a existência quatro requisitos. São eles, (i) o *factum proprium*; (ii) a imputação do agente; (iii) a boa-fé do atingido; e (iv) o investimento da confiança. PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 4, v. 16, p. 135-182, out./dez. 2003. p. 165-166. Já para Judith Martins-Costa, há nove pressupostos de aplicação: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 679-680.

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 132.

legítima de outrem, transcendendo a esfera de seu praticante, deve ter seu sentido objetivo mantido⁴⁸. Deste modo, o *factum proprium* apenas vincula se preenchidos os demais requisitos.

Em seguida, está o requisito da legítima confiança de outrem no sentido objetivo da conduta inicial, do *factum proprium*. Diz-se “sentido objetivo”, pois decorre das circunstâncias fáticas de cada caso concreto. A título de exemplo, podem-se citar como indícios de criação de legítima confiança eventuais despesas da parte por conta da conduta inicial do agente, ou ainda a manifestação com terceiros das expectativas a respeito daquele negócio. A confiança está, pois, na legítima expectativa de não contradição, excluindo-se, é claro, o sujeito que de má-fé invoca a proibição da contradição e, também, o romântico, que confia além do racional e razoável.

Em terceiro lugar, tem-se o comportamento contraditório objetivamente considerado, ou seja, sem o elemento subjetivo de intenção de contrariar. A conduta posterior é autorizada pelo ordenamento, mas torna-se reprovável justamente por ser objetivamente incompatível com o comportamento inicial à luz da confiança despertada, gerando a contradição⁴⁹.

Por fim, o dano. A reprovação do comportamento contraditório apenas tem lugar considerando o dano, ou a ameaça de dano, que ele pode causar em outrem. Caso contrário, na visão do referido autor, a proteção da confiança na coerência não faria sentido. Os danos efetivos ou potenciais podem ser patrimoniais, como o exemplo acima citado de investimentos financeiros a partir do negócio jurídico, ou morais, a depender do caso.

Expostos os quatro requisitos, há de se fazer uma breve, porém relevante observação a respeito da questão relativa à identidade de sujeitos⁵⁰. Na compreensão de Anderson Schreiber, a “confiança pode ser despertada não apenas naquele frente a quem o ato é diretamente praticado, senão em qualquer um sobre quem o ato venha a, de alguma forma, repercutir”⁵¹. Da

⁴⁸ “Eis, aliás, o que há de mais sedutor no *nemo potest venire contra factum proprium*, e o que consiste na sua mais nobre função, qual seja, a de correção das injustiças provocadas pelo formalismo excessivo do sistema jurídico positivo”. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 137.

⁴⁹ Nas palavras de Antonio do Passo Cabral: “Note-se que, como decorre da boa-fé objetiva, a análise da incompatibilidade entre os atos prescinde da verificação das intenções. A contradição ao *factum proprium* deve ser buscada comparando o sentido objetivo do comportamento inicial (gerado pela confiança legítima) e o resultado empírico objetivado com a conduta posterior”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 316.

⁵⁰ Conforme será tratado no item 2.3.1.5 adiante, também no Direito Processual, a identidade do sujeito ativo e passivo da contradição se mostra relevante para a identificação da abrangência e dos limites à contradição.

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 156.

mesma forma, com relação à identidade do sujeito ativo da conduta, Schreiber defende que não haveria uma coincidência exatamente idêntica do sujeito formal, mas de todo o *centro de interesses* que ele integra⁵².

Expostos, portanto, os requisitos de aplicação da figura, passa-se às finalidades da vedação ao comportamento contraditório no direito civil, que são duas: a primeira é impeditiva e a segunda reparatória.

A clássica finalidade é, sem dúvida, a primeira, de prevenir a conduta contraditória, evitando-se o dano. Já a segunda, revela-se necessária quando não se pôde impedir o prejuízo, autorizando a indenização, pelos danos sofridos, do sujeito sobre o qual recaiu a contradição. Isso porque, como se observou acima a partir dos requisitos para aplicação da figura, o *venire contra factum proprium* não é isoladamente reprovável, mas, como frustra a confiança gerada a partir de uma conduta inicial, torna-se antijurídico por violação da boa-fé objetiva. Daí, decorre o dever de indenizar, pela disciplina dos artigos 187⁵³ e 927⁵⁴ do Código Civil.

Ainda tratando da hipótese em que a contradição já se operou, deve-se cogitar também a possibilidade de desfazimento do ato como forma alternativa (não pecuniária) de se reparar o prejuízo causado, privilegiando-se o retorno ao *status quo ante*⁵⁵. É o exemplo do artigo 251⁵⁶ do Código Civil.

Feita a análise do *venire contra factum proprium* à luz do Direito Civil, passa-se, no próximo item, ao objeto central deste estudo: a aplicação da figura ao direito processual civil.

⁵² Como exemplo, Anderson Schreiber cita manifestações contraditórias relativas a devedores solidários, sociedades coligadas, ou, ainda, órgãos da Administração Pública, defendendo que, nestes casos, “vê-se que a confiança depositada por terceiros não abrange apenas a coerência do sujeito formal do *factum proprium*, mas de todo o centro de interesses que ele integra. Em outras palavras, o comportamento inicial de um sujeito pode gerar legítima confiança não apenas na conservação do seu comportamento, mas de todos aqueles sujeitos ou entes que se encontram a ele vinculados ou que ocupam a mesma posição jurídica”. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 160-161.

⁵³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁵⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁵⁵ Sobre o tema, discorre Anderson Schreiber que “o direito contemporâneo, na sua tendência de privilegiar a execução específica e a real satisfação dos interesses em conflito, aceita e estimula o retorno mais pleno possível ao *status quo ante*.”

⁵⁶ Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

1.3 Comportamento contraditório no direito processual

1.3.1 Boa-fé processual (art. 5º do CPC)

A vedação do *venire contra factum proprium* alcança todos os ramos do direito, e não apenas o Direito Privado. Afinal, nas palavras de Karl Larenz, “sempre que exista um vínculo jurídico, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro”⁵⁷.

Especificamente com relação ao Direito Público, a proteção à boa-fé objetiva na relação entre o Estado e os administrados se extrai também dos princípios constitucionais da moralidade administrativa (art. 37, CRFB), dirigido à Administração Pública, e da igualdade dos administrados em face da Administração Pública (art. 3º, IV, e art. 5º, caput e inciso I, CRFB), uma que vez “a exigência de que sejam perpetradas as mesmas condutas ante as mesmas situações vai ao encontro da isonomia, que impõe igual tratamento a situações iguais”⁵⁸.

E uma vez identificado o fundamento do *nemo potest venire contra factum proprium* na cláusula geral de boa-fé objetiva, não se pode negar o seu fundamento constitucional, mais especificamente, na solidariedade social contida no art. 3º, I, da Constituição, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Proteger as legítimas expectativas é, antes de tudo, uma expressão de solidariedade social.

Tal fundamento é, portanto, a primeira premissa que autoriza a recepção da figura pelo direito processual civil⁵⁹. Mas para além do fundamento constitucional, a vedação ao comportamento contraditório no âmbito do direito processual civil é também confirmada pela expressa previsão da boa-fé objetiva no art. 5º do CPC como norma fundamental, segundo a

⁵⁷ LARENZ, Karl. *Derecho civil* – parte general. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 300.

⁵⁸ FACCI, Lucio Picanço. A proibição do comportamento contraditório no âmbito da administração pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas. *Revista da EMERJ*, v. 14, n. 53, p. 197-229, 2011. p. 219.

⁵⁹ Com relação à aplicação específica do *nemo potest venire contra factum proprium* ao Direito Processual Civil, também como expressão da necessária cooperação entre os sujeitos processuais, Larissa Gaspar Tunala arremata: “A busca por se concretizar uma sociedade solidária passa também pelo mecanismo estatal de resolução de conflitos: não mais uma forma de privilegiar apenas interesses individuais, o Processo se torna espaço de atuação das partes e do órgão estatal para o alcance de objetivo comum”. TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. 2014. 281 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014. p. 117.

qual *aquela que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*.

Também denominada pela doutrina de “boa-fé processual”, a boa-fé de que trata o referido dispositivo é a objetiva⁶⁰, compreendida como norma de conduta processual entre os sujeitos que participam do processo, e não aquela boa-fé subjetiva, com aspecto psicológico, de comportar-se segundo boas ou más intenções⁶¹.

Ainda sob a égide do CPC/73, por meio da previsão do art. 14, inciso II⁶², com redação alterada pela Lei 10.358/2001⁶³, a boa-fé já era aplicada ao processo civil como cláusula geral processual⁶⁴. Ou seja, assim como no direito civil, a opção do legislador foi por uma cláusula aberta, o que, como aponta Fredie Didier Jr., é o mais adequado considerando que “a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal”⁶⁵.

Uma primeira e imprescindível característica da boa-fé contida no art. 5º do CPC é a sua destinação àquele *que de qualquer forma participa do processo*⁶⁶. Isso significa dizer que

⁶⁰ Art. 5º; FPPC, enunciado 374: “O art. 5º prevê a boa-fé objetiva”.

⁶¹ “A chamada boa-fé objetiva (*Treu und Glauben, a boa-fé/lealdade*) funda-se em padrões de conduta social, visando a estabilizar as interações intersubjetivas a partir do que se espera dos demais membros. Pretende-se a proteção à expectativas que os indivíduos nutrem uns dos outros na comunidade. Vale dizer, protegem-se os interesses do *alter*, a confiança de que todos pautem suas condutas de acordo com as convenções sociais, aquilo que legitimamente é esperado de cada parte. É a ideia de um ‘arquétipo moral’, passando a proteção processual da boa-fé, nos dias de hoje, da tradicional e insuficiente tutela subjetiva da vontade para a necessária *tutela objetiva da confiança*”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 233.

⁶² Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) II – proceder com lealdade e boa-fé.

⁶³ Até a aprovação da referida Lei Federal, o texto originário do art. 14 do CPC/73 limitava o seu campo de abrangência da boa-fé objetiva aos atos das partes e de seus procuradores.

⁶⁴ “É a ideia de um ‘arquétipo moral’, passando a proteção processual da boa-fé, nos dias de hoje, da tradicional e insuficiente tutela subjetiva da vontade para a necessária tutela objetiva da confiança. Permite-se, portanto, com a sedimentação do conceito de boa-fé processual objetiva, a responsabilização por atos contrários à boa-fé processual sem qualquer consideração quanto à má-fé e ao dolo das partes e seus procuradores”. CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, v. 126, p. 59-81, ago. 2005. p. 10.

⁶⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 120.

⁶⁶ A referência à boa-fé em sua função hermenêutica aplicada tanto para as partes como para o órgão julgador também aparece no art. 322, § 2º, do CPC, que trata da interpretação do pedido contido na petição inicial à luz do princípio da boa-fé, e no art. 489, §3º, do CPC, segundo o qual a decisão judicial deve ser interpretada “em conformidade com o princípio da boa-fé”.

o processo deve ser compreendido como um ambiente colaborativo⁶⁷, em que não apenas as partes devem cooperar mutuamente, mas também todos aqueles que dele participam, incluindo, logicamente, o órgão julgador^{68,69}.

Afinal, usando as palavras de Fredie Didier Jr., “a vinculação do Estado-juiz ao dever de boa-fé nada mais é senão o reflexo do princípio de que o Estado, *tout court*, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança”⁷⁰.

A boa-fé aplicada a todos que participam do processo – e não exclusivamente às partes – se justifica a partir do modelo de processo cooperativo⁷¹, pensado à luz da Constituição, na concretização dos direitos fundamentais⁷².

No âmbito do processo civil, a boa-fé objetiva é analisada pela doutrina e pela jurisprudência de maneira multifacetada. Para Antonio do Passo Cabral, por exemplo, um dos fundamentos da boa-fé reside no princípio do contraditório⁷³, como fonte tanto de direitos como de deveres processuais.

⁶⁷ “Com a consideração do processo como ambiente de colaboração, passou-se a exigir comportamentos coerentes dos sujeitos do processo: a eles é vedado sinalizar uma conduta em determinado sentido e depois contradizer a expectativa criada com o comportamento anterior. E esta abordagem nos remete a novos lineamentos da segurança jurídica no processo”. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 156.

⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no Processo Civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, a. VI, n. 32, p. 32-42, set./out. 2009.

⁶⁹ Precisamente nesse sentido, é o enunciado 375 do FPPC: “O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva”.

⁷⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 125.

⁷¹ “Na estrutura do Estado Constitucional, o processo assume um modelo cooperativo, já que a solução do litígio deixa sua função duelística (produto do modelo adversarial) ou autoritária (ligada ao modelo inquisitorial), e passa a ser ‘um problema a resolver graças à colaboração dos interessados e do magistrado’. (...) As características do modelo cooperativo repercutem nas situações do juiz e das partes, que dialogam entre si e organizam de forma democrática a marcha do processo”. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; COITINHO, Jair Pereira. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do estado democrático de direito e sua incidência sobre o novo código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 254, p. 45-71, abr. 2016. p. 5.

⁷² Nas palavras de Leonardo Greco, “se um desses direitos fundamentais é justamente o direito a um processo justo, todos os sujeitos do processo têm o direito de exigir dos outros probidade e lealdade num ambiente de convivência inspirado nos valores fundamentais da civilidade e da democracia. A probidade ou boa-fé protege a busca da verdade, mas se trata de dever a que estão sujeitos não apenas os litigantes, mas todos os sujeitos processuais, desde o juiz até qualquer participante eventual”. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 157.

⁷³ “A concepção do contraditório como fonte de deveres processuais eleva ao patamar da Lei Maior a base normativa para justificar a boa-fé processual objetiva no ordenamento brasileiro, um imperativo

Na visão de Humberto Theodoro Júnior, a boa-fé processual está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que “o respeito ético à dignidade do outro litigante e da própria justiça exige de todos os sujeitos processuais o comportamento probo e leal durante o desenrolar do procedimento”⁷⁴.

Fredie Didier Jr., acompanhando o entendimento do professor catalão Joan Picó i Junoy, enxerga a boa-fé processual como componente da cláusula do devido processo legal (“leal”)⁷⁵. Essa é também a linha seguida pelo STF, no sentido de que, como uma das faces da garantia constitucional do devido processo legal, a boa-fé deve orientar todos os sujeitos que participem direta ou indiretamente do processo⁷⁶.

Assim, como figura parcelar da boa-fé objetiva, o *venire contra factum proprium* também deve ser combatido no processo civil em proteção à legítima confiança despertada pelos sujeitos processuais⁷⁷.

constitucional da conduta ética dos sujeitos processuais”. CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, v. 126, p. 59-81, ago. 2005. p. 5.

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 121.

⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 123.

⁷⁶ “A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos públicos e privados, que exerçam, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à justiça. STF, *AI 529.733/RS*, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 17.10.2006.

⁷⁷ “Dentre as consequências da proteção à boa-fé objetiva, no âmbito processual, não se aceita que os sujeitos do processo adotem comportamento contraditório. Proíbe-se, assim, *venire contra factum proprium*, ou seja, não se permite que o comportamento gerador de expectativa justificada seja posteriormente contrariado, em detrimento de outrem”. MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 47.

1.3.2 Contradições admitidas e contradições vedadas pelo CPC

Novamente, tal como no Direito Civil, a conclusão de que o *nemo potest venire contra factum proprium* é figura protegida pelo diploma processual decorre da identificação do elemento da confiança por trás dos dispositivos que vedam a contradição.

Dois exemplos clássicos de comportamentos contraditórios reprovados pelo diploma processual são do art. 1.000 do CPC, que veda a interposição de recurso pela parte quando aceita expressa ou tacitamente a decisão, e do art. 276, já citado no item 1.1, que, de forma similar à norma contida no art. 175 do Código Civil, impede que a parte anule ato a cujo defeito deu causa⁷⁸.

Mas, assim como no direito civil, há certas contradições que são autorizadas pelo diploma processual. É o caso das contradições contidas em contestação, por exemplo, decorrentes do princípio da eventualidade. Pela regra da concentração da defesa insculpida no art. 336 do CPC, o réu deve alegar todas as matérias de defesa em sua contestação, sob pena de preclusão. Desse modo, é frequente, em matéria de contestação, a coexistência de defesas e teses contraditórias entre si, em nome do princípio da eventualidade (já que são mutuamente excludentes)^{79,80}.

⁷⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 126.

⁷⁹ Larissa Gaspar Tunala defende que a regra não comporta toda e qualquer contradição, sob pena de ferir a própria boa-fé objetiva e o desenvolvimento regular da marcha processual. Como exemplo, a autora cita “o réu de demanda desconstitutiva de contrato de empreitada cumulada com perdas e danos que afirma duas linhas argumentativas incompatíveis: exceção de contrato não cumprido porque já concluíra todos os serviços e não obtivera o respectivo pagamento, e contraditoriamente, ausência de inadimplemento porque ainda estava no prazo acordado para a conclusão das obras”. TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. 2014. 281 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014. p. 221.

⁸⁰ Outro exemplo comumente utilizado para exemplificar a autorização de contradição pelo diploma processual é o juízo de retratação exercido pelo julgador, facultando-lhe a reconsideração da decisão que proferiu antes do julgamento do recurso pelo Tribunal, o que pode ocorrer nos casos de apelação contra sentença que indefere a petição inicial (art. 331), que julga improcedente liminarmente o pedido (art. 332, §3º), que não resolve o mérito (art. 485, §7º). Ou, ainda, nas hipóteses de interposição de agravo interno (art. 1.021, §2º), de recurso especial e extraordinário (art. 1.030, inciso II) e de agravo em recurso especial e extraordinário (art. 1.042, § 2º). Conforme será mais bem tratado no item 2.2.5, entendemos, contudo, que são hipóteses expressas de reconsideração da decisão, o que não significa propriamente uma contradição, já que a decisão anterior e a nova – reconsiderada – não coexistem. O juízo de retratação não é uma contradição entre duas manifestações, e sim uma reavaliação da decisão por seu próprio prolator, de modo que a decisão posterior supera e substitui o entendimento anterior. Preferimos, portanto, entender o juízo de retratação como uma exceção à preclusão consumativa judicial. Em sentido contrário: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 167; TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. 2014. 281 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de

Por outro lado, a contradição por parte do autor não é admitida, sendo, inclusive, causa de indeferimento da petição inicial por inépcia, nos termos do art. 330, I, do CPC⁸¹. É o caso, por exemplo, de incoerência entre narrativa dos fatos e pedido ou, ainda, de formulação de pedidos incompatíveis entre si (desde que não sejam subsidiários, nos termos do art. 327, §3º do CPC)⁸².

Dentro desse universo de contradições admitidas e vedadas no processo civil, a presente dissertação se ocupará tão somente das hipóteses relacionadas à atividade jurisdicional. Ou seja, serão abordados apenas os casos de comportamento contraditório do julgador, que, no exercício de seu poder de prestar a jurisdição, atenta contra expectativas criadas nos sujeitos processuais, contrariando manifestação anterior.

2 ESPÉCIES DE COMPORTAMENTO JUDICIAL CONTRADITÓRIO

2.1 A atividade jurisdicional e a necessidade da tutela da confiança do jurisdicionado a partir da não contradição

A prestação jurisdicional é um serviço prestado pelo Poder Público. Uma vez estando em juízo, o jurisdicionado tem a expectativa de coerência por parte do Estado-juiz decorrente desse poder de prestar a jurisdição⁸³. O que quer dizer, ao fim e ao cabo, que “o juiz não age

Direito, São Paulo, 2014. p. 254-255; e SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 183.

⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 167.

⁸² COSTA, Susana Henriques da. Comentários ao art. 331. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 520.

⁸³ “Enquanto agente administrativo, o juiz está proibido de frustrar a confiança e a expectativa do particular. Pode-se afirmar, portanto, que há mais de uma fundamentação para um dever de coerência do juízo. Além do dever anexo de coerência, há o limite ao exercício do poder de jurisdição, oriundo da tutela da confiança”. BARBOSA; LIMA, 2015, p. 13. Utilizando-se do termo “lealdade” no lugar de “boa-fé objetiva”, Márcio Carvalho Faria complementa afirmando que se “prestar jurisdição nada mais é que, mediante um processo justo, tornar concretos e efetivos os direitos fundamentais de quem tem razão, indubitável é a conclusão de que lealdade está umbilicalmente aí integrada”. FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

em busca de interesses seus, mas sim persegue a aplicação da justiça e o resguardo da paz social, na qualidade de agente do Estado de Direito”⁸⁴.

Ou seja, se de um lado, no direito civil, como visto, a boa-fé supera a visão ultrapassada de credor e devedor como apenas poderes de um lado e sujeições do outro, colocando ambos lado a lado rumo à prestação satisfativa, de outro, no direito processual, órgão jurisdicional e partes caminham juntos na marcha processo, mas rumo à solução do objeto litigioso.

O modelo de processo cooperativo, adequado ao Estado Democrático de Direito, é aquele em que tanto as partes como o juiz atuam em uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*)⁸⁵ como protagonistas em busca de uma solução justa do litígio (art. 6º do CPC)⁸⁶.

Mas que fique bem claro que falar em processo cooperativo não significa romantizar o modelo e exigir das partes uma colaboração irrestrita entre elas. Afinal, na maior parte das vezes, os interesses postos em juízo são conflitantes. Processo cooperativo é um ambiente em que partes e órgão julgador possuem deveres de conduta⁸⁷ entre si no desenrolar do litígio à luz da boa-fé objetiva.

Nesse sentido, a confiança do jurisdicionado na boa condução do processo pelo juiz é uma das causas que o levam ao Poder Judiciário⁸⁸. Da mesma forma, a expectativa de coerência e estabilidade dos padrões de conduta do Estado-juiz é o que permite que os sujeitos pautem

⁸⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 106.

⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, p. 83-97, jul./dez. 2015.

⁸⁶ Carolina Uzeda Libardoni acrescenta que “para que o juiz consiga construir esse ambiente cooperativo deverá dar o exemplo. É necessário que seja e pareça imparcial e que respeite as legítimas expectativas que *ele próprio* – aqui, considerado como agente público, criou nos demais sujeitos do processo (...). O juiz, ao decidir, decide também para si e para toda a sociedade, e isso exige que pautem sua conduta a partir das decisões anteriores”. LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Boa-fé no processo civil: um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio*. 2023. 316 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023. p. 209.

⁸⁷ Ao órgão julgador, sobre o qual recaem os estudos desta dissertação, a doutrina atribui os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio. *Ibid.* p. 3.

⁸⁸ Nas palavras de Márcio Carvalho Faria, “As partes poderiam, se quisessem, submeter o conflito às mais variadas formas de resolução (arbitragem, mediação extrajudicial etc.), ou até mesmo optar pela renúncia, total ou parcial, dos respectivos direitos, mas preferiram levar a contenda ao crivo do Poder Judiciário, exatamente porque, a despeito de todas as mazelas do processo, confiam na efetividade da prestação jurisdicional”. FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 70.

suas condutas futuras, sendo a proteção da confiança, portanto, um princípio decorrente da legalidade e da segurança jurídica⁸⁹.

Contudo, certas vezes, o que se observa na prática é o contrário do esperado. Magistrados, desembargadores e ministros podem ser incoerentes, contrariando expectativas criadas nos sujeitos processuais ao longo de um mesmo processo ou, ainda, dando soluções diversas a casos idênticos que lhes são submetidos.

A contradição é um risco ao qual todos aqueles que participam do processo – órgão jurisdicional, autor, réu, terceiros intervenientes, entre outros – estão sujeitos. Não é, portanto, absurdo que o julgador, como ser humano que é, venha a se comportar contraditoriamente com conduta anterior. É justamente por essa iminente sujeição à contradição que existem ferramentas processuais que se prestam a corrigir e esclarecer o comportamento contraditório judicial.

Os itens a seguir estão divididos entre o comportamento judicial contraditório praticado dentro das barreiras do próprio processo (endoprocessuais) e o comportamento judicial contraditório verificado a partir de condutas praticadas em processos distintos. No primeiro caso, estaremos tratando incompatibilidade lógica entre elementos da decisão e de preclusão judicial lógica e, no segundo caso, de *venire contra factum proprium* do órgão julgador⁹⁰.

⁸⁹ No mesmo sentido, Antonio do Passo Cabral sustenta que “já passou do tempo dos processualistas admitirem que, se em todas as demais funções do Estado há mecanismos para a proteção do indivíduo contra as alterações imprevisíveis de padrões de conduta estatal estáveis, não pode o Estado-juiz permanecer imune a essa proteção. Também ao processo os reclamos de segurança e estabilidade exigem a manutenção de padrões de conduta”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 305.

⁹⁰ “Se os atos forem praticados dentro de um mesmo processo, essa contradição pode ser reconhecida pela preclusão lógica porque o fenômeno da preclusão limita-se, temporal e espacialmente, pela litispendência. Caso, porém algum dos atos incompatíveis tenha sido praticado fora do processo ou em processo diverso, a contradição entre os comportamentos poderá ser invalidada ou inadmitida por aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 308.

2.2 Preclusão judicial ou preclusão para o juiz

2.2.1 Conceito de preclusão e sua aplicação não apenas às faculdades processuais

O conceito de preclusão está intimamente ligado ao do próprio processo, que, etimologicamente, significa “marcha avante” ou “seguir adiante”⁹¹. Sistematizada por Giuseppe Chiovenda ao longo de diversos estudos⁹², a preclusão, cuja origem remonta ao direito medieval, época em que se atribuía ao instituto um caráter punitivo, foi conceituada e classificada por ele em três espécies⁹³.

Como explica Antonio do Passo Cabral, o conceito de preclusão cunhado pelo jurista italiano e utilizado em grande parte da Europa e da América Latina é o de “*perda de uma faculdade*, restrita ao interior do processo (com eficácia endoprocessual, limitada pela litispendência) e classificada em três espécies: temporal, consumativa e lógica”⁹⁴.

Dito de modo diverso, pela concepção clássica de Chiovenda, nota-se que a preclusão atua em prol do bom desenvolvimento do processo⁹⁵, uma vez que impede que as partes processuais pratiquem atos após o prazo que lhes foi designado (preclusão temporal), repetidos (preclusão consumativa) ou incompatíveis com conduta anterior (preclusão lógica).

⁹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 317.

⁹² “Com base em estudos do processualista alemão Oskar Bulow, Chiovenda foi o primeiro doutrinador a se preocupar em criar uma conceituação genérica ao instituto, partindo da análise de inúmeros casos singulares previstos pelo ordenamento jurídico italiano para descrever o fenômeno em sua totalidade”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 28.

⁹³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 72.

⁹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 155.

⁹⁵ Afinal, “se a marcha procedimental estivesse constantemente sujeita ao contratempo de retornar, sem qualquer restrição, às fases anteriores, o processo teria dificuldade de encontrar um fim adequado, especialmente à luz do mandamento constitucional que impõe sua duração razoável”. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 149.

Tal conceituação, contudo, estava limitada às faculdades, o que veio a ser superado posteriormente pelo próprio jurista, que admitiu a ocorrência de preclusão também com relação a “questões decididas expressa ou implicitamente no curso do processo”⁹⁶.

Desse modo, considerando que o juiz não possui faculdades, mas apenas poderes, a doutrina brasileira, marcada notadamente pela obra de Celso Agrícola Barbi, partindo das lições de Chiovenda⁹⁷, veio a ampliar subjetivamente o instituto, concluindo que a preclusão é aplicável não apenas às partes, mas também ao órgão julgador, sobre questões⁹⁸ já decididas⁹⁹.

Afinal, sendo a preclusão instrumento do “caminhar para frente”, evitando abusos e retrocessos, “ao juiz, que personifica o Estado no exercício da função jurisdicional, também não deve ser concedida a livre atuação, com pendulares decisões que tumultuem o processo e tragam insegurança”¹⁰⁰.

Desse modo, muito embora não seja necessário falar em uma preclusão *sui generis* para o juiz, já que a “modalidade” judicial é abarcada pelo próprio instituto da preclusão¹⁰¹, neste estudo, adota-se a nomenclatura de preclusão judicial – tão somente para fins de clareza – para as situações de extinção de determinado poder jurisdicional dentro do mesmo processo.

⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, v. 784, p. 11-28. fev. 2001.

⁹⁷ Para Barbi, “o que o jurista examina no estudo ‘Cosa giudicata e competenza’, não é a perda da faculdade da parte de, em processo novo, suscitar a questão já decidida em processo anterior, mas sim o poder do juiz de resolver novamente a questão. Também quando dá uma série de exemplos de preclusão, inclui entre estas a impossibilidade o juiz de se pronunciar sobre o ponto de direito já fixado pela Cassação em Câmaras Reunidas”. BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, a. 52, n. 158, mar./abr. 1995. p. 60.

⁹⁸ O conceito de questão é de suma importância no estudo do direito processual. Com inspiração na doutrina de Carnelutti, a definição razoavelmente aceita na doutrina é de que se trata de ponto controvertido de fato ou de direito que deve ser solucionado pelo juiz, seja na sentença, seja no curso do processo. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 187.

⁹⁹ BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, a. 52, n. 158, mar./abr. 1995. p. 59-66.

¹⁰⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 30.

¹⁰¹ No mesmo sentido: “Tratando-se de preclusão das questões, situação prevista por Chiovenda em seus estudos sobre o fenômeno processual, não há necessidade, nem mesmo razão, para se afirmar que a preclusão para o juiz é uma preclusão *sui generis*. É preclusão da mesma forma que aquela imaginada para as faculdades das partes. É evidente, entretanto, que, por ser sujeito processual com atuação diversa das partes, os atos praticados pelo juiz no processo são diferenciados, mas não o suficiente para ser criada uma preclusão particular a ele”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 29.

2.2.2 Preclusão *pro iudicato* x preclusão judicial

Não é raro ver passagens doutrinárias e jurisprudenciais denominando de preclusão *pro iudicato* a espécie de preclusão aplicada ao juiz. Contudo, trata-se de fenômeno distinto e que não guarda relação com a preclusão sobre a qual o presente estudo se debruça¹⁰².

O termo preclusão *pro iudicato* foi criado pelo processualista italiano Enrico Redenti, na década de 30, no processo de execução e monitório. Em poucas palavras, a italiana concepção de preclusão *pro iudicato* significa a impossibilidade de rediscussão de um crédito satisfeito em execução de título extrajudicial. A intenção de Redenti foi de, em caso de sentenças sem resolução do mérito no processo executivo (sentença terminativa), seja pela satisfação do crédito, seja pela ausência de embargos à execução, atribuir a estas hipóteses os efeitos de indiscutibilidade e imutabilidade similares ao da coisa julgada material¹⁰³.

Dito de modo diverso, mesmo que não tenha havido decisão judicial reconhecendo o crédito alegado (decisão de mérito), ele não poderá ser rediscutido no futuro por ter se operado a preclusão *pro iudicato*. Fenômeno este que também foi aplicado ao processo monitório para os casos de ausência de embargos ao mandado.

Ainda na Itália, contudo, o termo passou a ser utilizado não em sua concepção original, mas para explicar que o fenômeno da preclusão atingiria também os poderes do juiz¹⁰⁴, e não apenas as faculdades das partes – diferentemente do que se mal interpretava da doutrina de Chiovenda –, dando-se à ela a nomenclatura de preclusão *pro iudicato*.

¹⁰² Longe de ser preciosismo, a utilização atécnica do conceito deve ser evitada para que não haja ruídos no próprio estudo da ciência processual. Nesse sentido, são sempre precisas as lições de José Joaquim Calmon de Passos: “Para que o direito se revista de um mínimo de cientificidade e mereça algum respeito dos demais estudiosos das ciências humanas, cumpre a nós, que nos apelidamos de juristas, adotar um rigor técnico terminológico mais rígido, o que pede de nós sempre deixarmos bem claro que sentido damos às palavras que usamos, todas elas carregadas de equivocidade, capazes de gerar incomunicação antes que comunicação”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 17-18.

¹⁰³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 19-22.

¹⁰⁴ “Na tentativa de se caracterizar uma espécie *sui generis* de preclusão, concernente à atividade judicial, alguns doutrinadores, tendo como pioneiro Riccio, ainda na Itália, creditaram a esse fenômeno o nome de preclusão *pro iudicato*. (...) Foi assim que a expressão preclusão *pro iudicato* incorporou-se à nossa doutrina, razão pela qual pouquíssimos autores usa tal expressão na concepção original, enquanto a maciça maioria emprega-a quando trata da preclusão dos poderes do juiz no curso do processo”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 24-25.

Neste estudo, trataremos da preclusão judicial, e não da preclusão *pro iudicato* italiana. Para tanto, necessário também delimitar o conceito de preclusão judicial, que, conforme será tratado no item 2.2.2 a seguir, é diferente de *venire* aplicado ao órgão judicial. Preclusão judicial é, portanto, a impossibilidade de rediscussão de determinada matéria em um mesmo processo por ser incompatível com pronunciamento anterior.

2.2.3 Preclusões temporal, consumativa e lógica dos poderes do juiz

Como introduzido brevemente no item 2.2 acima, o fenômeno da preclusão é classificado tradicionalmente em 3 (três) espécies: preclusão temporal, preclusão consumativa e preclusão lógica.

A preclusão temporal é a clássica perda do prazo processual: uma vez ultrapassado o termo final para cumprimento de um ato processual, estará preclusa a possibilidade de praticá-lo, tal como previsto expressamente no artigo 223 do CPC. A este fenômeno se aplica muito bem o brocardo latino “o direito não socorre os que dormem”.

A preclusão consumativa, por sua vez, significa a impossibilidade de prática de um ato que já foi anteriormente praticado (consumado), seja para corrigir ou complementar seu conteúdo¹⁰⁵. Se, por exemplo, o réu apresentar sua contestação no décimo dia útil do prazo de quinze dias previsto no artigo 335 do CPC, pouco importa que ainda restem cinco dias para o termo final do prazo legal. Uma vez apresentada a contestação, está consumado o ato, não admitindo retificações ou adições.

Por fim, a preclusão lógica se configura quando há incompatibilidade de uma conduta com outra anterior, impedindo, portanto, a produção de efeitos desse ato posterior incoerente. Essa espécie de preclusão está diretamente ligada à vedação do comportamento contraditório no processo, em atenção à boa-fé processual (objetiva) e à figura do *venire contra factum proprium* que dela decorre, tutelando as expectativas legítimas criadas nos sujeitos processuais por uma conduta anterior¹⁰⁶. É o caso, por exemplo, dos mencionados artigos 276 e 1.000 do CPC.

¹⁰⁵ Baseia-se, principalmente, no princípio do *ne bis in idem*.

¹⁰⁶ “Ao adotar um comportamento que contrarie comportamento anterior, a parte ou o juiz atua de forma desleal, frustrando expectativas legítimas de outros sujeitos processuais. Comportando-se em um sentido, o sujeito cria, em outro sujeito processual, fundada na confiança – confiança essa a ser averiguada segundo as

Tais classificações, contudo, são facilmente observadas quando se trata de atos processuais praticados pelo autor ou réu, recorrente ou recorrido. Tratando-se do juiz, é preciso investigar qual seria a espécie de preclusão a ele aplicável, dado que, a toda evidência, sua posição processual, na qualidade de titular do poder de prestar a jurisdição, difere da dos demais sujeitos processuais.

Sobre os poderes do juiz, prevalece o posicionamento de não se aplicar a preclusão temporal, já que os prazos que sobre ele recaem são denominados impróprios, ou seja, prazos que, uma vez descumpridos, não geram, a princípio, consequências preclusivas¹⁰⁷. Segundo esse posicionamento, questões não decididas no despacho saneador, por exemplo, poderiam ser futuramente decididas¹⁰⁸, tal como previsto no artigo 485, § 3º, do CPC, que garante o controle judicial, *em qualquer tempo e grau de jurisdição*, das questões relativas à admissibilidade do procedimento, muito embora exista uma fase própria para que ocorra (fase de saneamento)¹⁰⁹.

Em que pese o posicionamento majoritário, concordamos com a parcela da doutrina que defende a possibilidade de preclusão temporal dos poderes do juiz, que deve atuar no processo

circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé ou o fim econômico-social -, não podendo, depois, adotar um comportamento totalmente contraditório, o que quebra a confiança gerada e revela ardil, deslealdade, evasão”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 479-480.

¹⁰⁷ Muito embora o entendimento majoritário seja pela inaplicabilidade da espécie ao juiz, é evidente que todos perdem com a prestação jurisdicional injustificadamente prolongada, que atenta contra a própria duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88). Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, afirma que “o juiz que excede prazos se motivo justo é um mau pagador das promessas constitucionais de tutela jurisdicional e deve suportar sanções administrativas ou mesmo pecuniárias, mas inexistente a sanção processual das preclusões”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 550.

¹⁰⁸ Em sentido, contrário, Antonio do Passo Cabral defende que há decisões judiciais que se tornam preclusas pela perda do momento processual para o juiz proferi-las. Para o autor, “a tese de que a inobservância dos prazos impróprios não gera efeitos é reflexo de uma visão autoritária do Estado típica do absolutismo (...). O Estado de Direito é aquele que elabora as leis, mas a elas é vinculado (*rule of law*), sendo de afastar-se, na disciplina da observância dos prazos, qualquer diferença de tratamento do juiz e das partes”. Nesse sentido, defende que deveria haver o estabelecimento de um *espaço processual* após o qual não se pode mais praticar a conduta, sugerindo, por exemplo, que “os defeitos da petição inicial só poderiam gerar invalidade até o fim da fase postulatória; os vícios da instrução probatória não mais poderiam ser pronunciados pelo juízo posteriormente à sentença etc.”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 264-267.

¹⁰⁹ Trataremos especificamente deste dispositivo no item 2.2.5 a seguir, sobre as exceções à preclusão judicial. No nosso entender, o referido dispositivo autoriza o conhecimento de ofício das matérias de ordem pública, mas apenas caso ainda não tenham sido decididas. Caso já tenham sido, não poderá haver revisão do entendimento por preclusão consumativa.

não apenas como sujeito partícipe da dinâmica processual célere e devida, mas também como modelo de atuação conforme a boa-fé objetiva.

Fredie Didier Jr. sugere que deve ser revisto esse entendimento de inaplicabilidade da preclusão temporal ao juiz sob o fundamento de se aplicarem a ele prazos impróprios. Afinal, o próprio STF, no art. 324, § 1º de seu Regimento Interno¹¹⁰ dispõe que o silêncio do ministro¹¹¹ após o prazo de vinte dias para manifestação sobre a repercussão geral do recurso extraordinário faz presumir a sua existência. De forma semelhante, o STJ entende pela existência de juízo de admissibilidade implícito quando a Corte vai direto ao mérito, o que representa, como veremos no item 2.2.4 uma espécie de omissão conclusiva¹¹².

No nosso entender, há ainda previsão expressa no CPC de hipótese de preclusão temporal ao juiz. Trata-se do art. 235 do Código, que prevê caso de representação contra o magistrado quando *injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno*. Nessa hipótese, os parágrafos segundo e terceiro do referido dispositivo preveem que o corregedor do tribunal ou o CNJ, conforme o caso, determinará a intimação do representado para praticar o ato em dez dias. Caso mantida a inércia, os autos serão remetidos para substituto legal para que tome a decisão no prazo de dez dias. Trata-se de clara preclusão temporal aplicada ao juiz¹¹³.

A preclusão consumativa dos poderes do juiz, por sua vez, pode ser extraída do artigo 505 do CPC, que dispõe expressamente que *nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide*¹¹⁴.

¹¹⁰ RISTF, Art. 324. “Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. § 1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral”.

¹¹¹ No item 2.2.4, trataremos do tema da omissão judicial e seus efeitos.

¹¹² “A Corte Especial deste Tribunal já se manifestou no sentido de que o juízo de admissibilidade do especial pode ser realizado de forma implícita, sem necessidade de exposição de motivos. Assim, o exame de mérito recursal já traduz o entendimento de que foram atendidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade, inexistindo necessidade de pronunciamento explícito pelo julgador a esse respeito”. STJ, *AgInt no REsp 1892684*, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 20.3.2023.

¹¹³ No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 323.

¹¹⁴ Tal dispositivo, conforme previsto em seus incisos, admite as exceções legais previstas em lei e de superveniência de circunstâncias fáticas ou jurídicas capazes de alterar o conteúdo da decisão proferida. Nesses casos, como bem explica Antonio do Passo Cabral, “não estaremos diante do instituto da preclusão consumativa, pois não se trata da reprodução de decisão sobre idêntica situação processual, mas de nova decisão, baseada em circunstâncias temporais e fáticas diversas”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 257.

Larissa Gaspar Tunala reforça que tal dispositivo não deve ser visto apenas como referente à coisa julgada material, que impede que a mesma causa, uma vez sentenciada, seja decidida novamente por outro juiz, mas também como referente à preclusão judicial, que se aplica ao juiz da mesma causa com relação às decisões interlocutórias proferidas incidentalmente no curso do processo¹¹⁵.

Em suma, não tendo sido interposto o recurso cabível contra a decisão¹¹⁶, o magistrado que a proferiu está impedido de reconsiderá-la, pois a ele se aplica a preclusão consumativa¹¹⁷.

Por fim, com relação à preclusão lógica do juiz, há quem entenda que decorre da própria preclusão consumativa, visto que, se ao juiz não é dado decidir novamente sobre a mesma questão, por consequência, não poderá praticar ato posterior contraditório¹¹⁸.

Tendemos a discordar desse posicionamento, uma vez que a conduta posterior não necessariamente será obstada pela preclusão consumativa¹¹⁹. Há casos em que a decisão posterior é contraditória com um pronunciamento anterior, mas sem que tenham tratado precisamente da mesma matéria (questão idêntica). Explica-se.

¹¹⁵ TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. 2014. 281 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014. p. 182.

¹¹⁶ O que autoriza, em hipóteses expressamente previstas no CPC, a reconsideração da decisão recorrida pelo órgão que a prolatou (juízo de retratação). São os casos de apelação contra sentença que indefere a petição inicial (art. 331), que julga improcedente liminarmente o pedido (art. 332, §3º), que não resolve o mérito (art. 485, §7º). Ou, ainda, nas hipóteses de interposição de agravo interno (art. 1.021, §2º), de recurso especial e extraordinário (art. 1.030, inciso II) e de agravo em recurso especial e extraordinário (art. 1.042, § 2º).

¹¹⁷ Utilizando o termo “preclusão *pro iudicato*”, o TJSP, em julgamento de recurso de agravo de instrumento contra decisão que, reconsiderando decisão anterior, entendeu pela responsabilidade do espólio por determinada dívida, e não apenas dos herdeiros, como havia decidido anteriormente, aplicou a preclusão consumativa judicial e anulou a decisão recorrida, mantendo o entendimento pretérito de responsabilidade dos herdeiros: “Agravo de instrumento. Ação de inventário. Insurgência contra decisão que reconheceu que o espólio é responsável pelo adimplemento da dívida oriunda do cumprimento de sentença nº 1069242-93.2018.8.26.0100, no juízo da 14ª vara cível. Mera modificação da percepção do juiz a respeito dos fatos. Inadmissibilidade. Preclusão ‘pro iudicato’. Reconsideração vedada no art. 505 do cpc anulado o decisum nessa parte. Recurso provido”. TJSP, *AI* nº. 2201291-22.2020.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Moreira Viegas, julg. 5.10.2020. Na mesma linha, o TJMG anulou a sentença recorrida, por força do art. 505 do CPC, sob o fundamento de que “se no curso do feito é indeferida a inversão do ônus probatório - que além de mecanismo de julgamento, é norma de procedimento - e posteriormente a decisão é alterada, esta deve ser declarada nula ante a operação da preclusão pro iudicato”. TJMG, *Ap. Cív.* 1.0056.14.006889-3/001, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Versiani Penna, julg. 14.11.2019.

¹¹⁸ TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. 2014. 281 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014. p. 180.

¹¹⁹ No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: “Nem sempre, como pretendemos comprovar, uma vez praticado o ato, a impossibilidade de novo pronunciamento em sentido contrário advém da existência prévia de ato consumado ou, em outras palavras, de preclusão consumativa”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 42.

Como visto no item 1.3.2, a preclusão lógica tem sua origem na própria vedação ao comportamento contraditório no processo. Com relação às partes, por exemplo, aquela que deu causa a determinada nulidade não pode ser contraditória no futuro e pleitear a invalidação de seu próprio ato processual (CPC, art. 276), assim como aquele que aceitou expressa ou tacitamente a decisão (*aquiescência*) não pode posteriormente mudar de ideia e recorrer da decisão (CPC, art. 1.000).

Veja-se que, em ambos os casos citados, não se está falando em atos consumados (duas manifestações ou dois recursos a respeito da mesma matéria), mas em atos distintos e sucessivos que, considerados reciprocamente, não fazem sentido: a alegação de nulidade do ato (ato posterior) é incoerente o ato nulo praticado pelo mesmo sujeito (ato anterior), da mesma forma que o recurso contra a decisão (ato posterior) é incoerente com o seu aceite (ato anterior).

O mesmo pode ocorrer com relação ao julgador¹²⁰. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível nº. 0190379-02.2014.8.19.0001 anulou a sentença recorrida por reconhecer a contradição entre a decisão que indeferiu a análise das impugnações ao laudo pericial pela perita, sob o argumento de que não havia sido depositado o valor de metade dos honorários periciais (decisão posterior) e a decisão que determinou que os 50% restantes dos honorários fossem arcados ao final da perícia pela parte sucumbente (decisão anterior)¹²¹.

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça fluminense, em julgamento de recurso de apelação, anulou sentença que julgou improcedente o pedido autoral sob o fundamento de que as alegações autorais seriam inverossímeis (decisão posterior), mas, anteriormente, indeferiu o pedido de produção de prova testemunhal por entender ser desnecessária (decisão anterior). A

¹²⁰ Alexandre Freitas Câmara, seguindo o mesmo raciocínio, dá o clássico exemplo da contradição do juiz que indefere a produção de determinada prova, sob o fundamento de que o fato já estaria provado nos autos do processo e, posteriormente, julga contra a parte que a requereu, sob o argumento de insuficiência de provas acerca daquele mesmo fato: “Também para o juiz há preclusão lógica, e não só para as partes. Pense-se, por exemplo, no caso de o juiz indeferir prova testemunhal ao fundamento de que o fato que se pretende provar já está demonstrado nos autos por documento (art. 443, I). Pois esta decisão impede que o juiz, no futuro, julgue contra a parte que pretendia produzir essa prova oral ao fundamento de que havia insuficiência de provas acerca daquele mesmo fato. Isto seria uma violação à boa-fé objetiva por consistir em comportamento contraditório e, portanto, alcançado pela preclusão lógica. Em caso como este, caberá ao juiz, verificando a insuficiência do material probatório, revogar a decisão anteriormente proferida e autorizar a produção da prova testemunhal, sob pena de frustrar a legítima expectativa que seu pronunciamento gerou na parte”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 323.

¹²¹ Nos termos do acórdão, “se o Juízo consignou que os 50% restantes deveriam ser arcados, ao final, pela parte sucumbente, não poderia ter condicionado a análise da impugnação ao pagamento dos honorários periciais pela parte ré. Na verdade, o despacho de fls. 313 mostrou-se contraditório em relação à decisão de fls. 301. Todavia, com o despacho de fls. 313, foi criada na parte ré a expectativa de que não deveria arcar com a metade dos honorários periciais”. TJRJ, *Ap. Cív. 0190379-02.2014.8.19.0001*, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Renata Machado Cotta, julg. 19.12.2019.

determinação do tribunal foi de anulação da sentença, com a devida produção da prova testemunhal^{122,123,124}.

Outro exemplo prático interessante de preclusão lógica aplicada ao Poder Judiciário é o do REsp 1.306.463/RS¹²⁵. Embora o STJ não tenha citado expressamente o termo “preclusão

¹²² “O juiz ao indeferir a prova testemunhal ante a decretação da revelia e, por conseguinte, declarar a presunção relativa da veracidade dos fatos narrados na inicial, contraditoriamente impediu a parte autora de provar o seu direito, na forma do art. 373, I, do CPC, ao fundamentar que as alegações trazidas na inicial carecem de verossimilhança. Configurado, portanto, o instituto do *venire contra factum proprium*”. TJRJ, *Ap. Cív.* 0005105-27.2017.8.19.0205, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes, julg. 13.2.2020.

¹²³ Outro exemplo de preclusão lógica judicial também reconhecido pelo TJRJ foi com relação a sentença que, em julgamento antecipado, sem analisar os pedidos de prova que haviam sido formulados, julgou improcedentes os pedidos autorais em razão da ausência de provas: “Em outras palavras, ao considerar, em um primeiro momento, a desnecessidade de produção de novas provas e, em seguida, julgar improcedente a pretensão autoral em razão da ausência de prova, o Juízo de primeira instância adotou condutas diametralmente incompatíveis entre si, violando os princípios da cooperação e da boa-fé processual, atualmente extraídos dos artigos 5º e 6º, do Código de Processo Civil, mas que sempre decorreram da cláusula geral do devido processo legal, cuja base normativa é o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República, além da garantia do contraditório. Mais especificamente falando, trata-se da aplicação do instituto jurídico denominado *venire contra factum proprium*, que veda a prática de comportamentos contraditórios de todos os sujeitos processuais, inclusive do próprio órgão julgador. (...) Ante o exposto, acordam os Desembargadores que compõem a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para anular a sentença recorrida e determinar o prosseguimento do feito, com a designação de audiência e a intimação das partes”. TJRJ, *Ap. Cív.* 0189205-79.2019.8.19.0001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Fabio Dutra, julg. 19.8.2021.

¹²⁴ No mesmo sentido, já entendeu também o TJCE: “Apelação cível. Direito processual civil. Ação de exibição de documentos. Julgamento de procedência, porém declarando o cumprimento da obrigação pela parte ré. Inconformismo do autor. Arguição de nulidade da decisão recorrida por manifesto error in procedendo e cerceamento de defesa. O juízo a quo determinou a intimação das partes para informarem se pretendiam produzir provas. Manifestação tempestiva do promovente requerendo a produção de prova testemunhal e colacionando aos autos o respectivo rol. Sequenciadamente a magistrada de primeiro grau prolatou sentença de improcedência sem sequer apreciar o pleito formulado pelo apelante, a despeito da interlocutória anterior que afirmou que seria realizado o saneamento do feito após a manifestação dos litigantes acerca das provas que pretendiam produzir. Error in procedendo configurado. Venire contra factum proprium. O julgador de planície incorreu em verdadeira preclusão lógica. Lições da doutrina quanto à incidência de preclusão nos atos do juiz. Cerceamento de defesa configurado”. TJCE, *Ap. Cív.* 0171572-52.2018.8.06.0001, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maria do Livramento Alves Magalhães, julg. 28.3.2023, grifou-se. E, também, o TJPE, mas utilizando a nomenclatura de *venire contra factum proprium*, e não preclusão lógica judicial: “Após abrir a oportunidade para as partes indicarem as provas a produzir, ambas as partes apresentaram manifestação com interesse de ouvir testemunhas, não obstante, o magistrado julgou antecipadamente a lide, violando a boa-fé objetiva processual. Revelou-se a conduta contraditória judicial, violando o *venire contra factum proprium*, que causa a nulidade da sentença”. TJPE, *Ap. Cív.* 0000122-14.2019.8.17.2260, 1ª Turma da Câmara Regional de Caruaru, Rel. Des. Silvio Neves Baptista Filho, julg. 12.2.2021.

¹²⁵ PROCESSUAL CIVIL. TEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. HOMOLOGAÇÃO ANTES DE SER PUBLICADA A DECISÃO RECORRIDA. IMPOSSIBILIDADE DA PRÁTICA DE ATO ENQUANTO PARALISADA A MARCHA PROCESSUAL. HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM A ALEGADA MODIFICAÇÃO DE PRAZO PEREMPTÓRIO. BOA-FÉ DO JURISDICIONADO. SEGURANÇA JURÍDICA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. *NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. 1. O objeto do presente recurso é o juízo negativo de admissibilidade da Apelação proferido pelo Tribunal de Justiça, que admitiu o início da contagem de prazo recursal de decisão publicada enquanto o processo se encontra suspenso, por expressa homologação do juízo de 1º grau. (...) 8. É imperiosa a proteção da *boa-fé objetiva* das partes da relação jurídico-processual, em atenção aos *princípios da segurança jurídica, do devido processo legal* e seus corolários – *princípios da confiança* e da *não surpresa* – valores muito caros ao nosso ordenamento jurídico. 9. Ao homologar a

lógica”, o que foi decidido foi precisamente a impossibilidade de contradição entre a decisão de intempestividade do recurso (ato posterior) e a decisão de suspensão do processo (ato anterior). Afinal, atenta contra a lógica o juiz homologar o pedido de suspensão convencional do processo e, posteriormente, o Tribunal entender que o recurso interposto após o prazo de suspensão era intempestivo, sob a alegação de que o prazo para apelação teria começado a fluir após a intimação da sentença, o que ocorreu enquanto o processo estava suspenso.

Nesse caso, a Segunda Turma do STJ entendeu que a conduta contraditória foi do Poder Judiciário como um todo, uma vez que, além de ter havido a indevida publicação da decisão que julgou os embargos de declaração contra a sentença durante o prazo de suspensão do processo (contradição do cartório com a decisão de suspensão do juiz), houve também a decisão de intempestividade do recurso de apelação (contradição do juízo *a quo* com a decisão de suspensão do juiz)¹²⁶.

Fica evidente, portanto, o forte elemento casuístico na verificação de preclusão lógica no processo. Isso porque decorre diretamente da expectativa legítima de não contradição gerada nos sujeitos processuais a partir de um ato, o que varia de caso para caso, impedindo qualquer tentativa de enumeração de hipóteses, característica própria, aliás, de instituto decorrente da boa-fé objetiva.

Desse modo, muito bem se aplica a assertiva de Antonio do Passo Cabral, de que as condições para aferição da incompatibilidade entre dois atos capazes de dar causa à preclusão lógica “podem e devem ser aferidas no dinamismo da relação processual, a partir das interações e atos que em seu curso vão sendo praticados”¹²⁷.

Feito este percurso pelas três espécies de preclusão, concluindo-se que todas se aplicam perfeitamente ao julgador, não podemos descuidar das exceções à preclusão judicial, ou seja,

convenção pela suspensão do processo, o Poder Judiciário criou nos jurisdicionados a legítima expectativa de que o processo só voltaria a tramitar após o termo final do prazo convencionado. Por óbvio, não se pode admitir que, logo em seguida, seja praticado ato processual de ofício – publicação de decisão – e, ademais, considerá-lo como termo inicial do prazo recursal. 10. Está caracterizada a prática de atos contraditórios justamente pelo sujeito da relação processual responsável por conduzir o procedimento com vistas à concretização do *princípio do devido processo legal*. Assim agindo, o Poder Judiciário feriu a máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, reconhecidamente aplicável no âmbito processual. Precedentes do STJ. 11. Recurso Especial provido. STJ, *REsp 1.306.463*, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 4.9.2012.

¹²⁶ Fredie Didier Jr. também cita o referido acórdão como um exemplo de preclusão lógica do Poder Judiciário: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 480.

¹²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 306.

dos casos em que é autorizada a modificação e revogação de decisão anterior. Antes disso, contudo, gostaríamos de ir um pouco mais a fundo em matéria de preclusão lógica e refletir sobre o instigante tema a respeito da possibilidade de preclusão a partir do não-pronunciamento judicial.

2.2.4 É possível falar em preclusão lógica a partir de omissão judicial?

As hipóteses de contradição que resultam em preclusão lógica judicial sobre as quais discorreu-se até então envolvem atos comissivos (ações), ou seja, decisões judiciais efetivamente proferidas. Mas e se a contradição decorrer de uma decisão incompatível com uma omissão judicial anterior sobre determinada questão? Nesse caso, seria possível falar em preclusão lógica judicial? Se, por exemplo, determinado juiz deixa de se pronunciar no despacho saneador sobre a incompetência absoluta, poderia fazê-lo mais à frente, em sentença? O tema das omissões no processo é especialmente interessante e desafiador. Nas próximas linhas, sem a pretensão de esgotar a matéria, tentaremos oferecer algum subsídio para responder essas perguntas.

Para Antonio do Passo Cabral, determinadas omissões no processo podem criar expectativas legítimas nos sujeitos processuais, impedindo que se pratique um ato no futuro. Estas omissões, justamente por não representarem simplesmente ausência de movimento, e, sim, uma inércia avaliada criadora de legítimas expectativas, são denominadas *omissões conclusivas*¹²⁸.

Nesses casos, estamos tratando de preclusão lógica, pois, à luz da boa-fé objetiva e da figura da não contradição que a compõe, a conduta comissiva posterior em si não é ilícita, mas torna-se ilícita a partir da frustração da legítima expectativa criada sobre uma omissão que a precedeu¹²⁹.

¹²⁸ Significa dizer que “a sinalização de um sujeito de que seu comportamento processual será tomado em certo sentido, se for caracterizada como *constante* e *estável*, cria para os demais sujeitos, do processo o direito de não ver uma *conduta incoerente* com aquela postura inicial, ou seja, gera uma *expectativa legítima* que impede a tomada de conduta contrária àquele transmitido comunicativamente aos demais”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 153.

¹²⁹ Valemo-nos das palavras de Antonio do Passo Cabral, que afirma que “as omissões podem gerar também preclusões lógicas, que parecem ter sido esquecidas no tratamento do tema das nulidades. (...) Isto porque o *factum proprium* (no caso, a conduta omissiva geradora de expectativas legítimas) corresponde a um ato ou omissão lícitos (válidos ou admitidos). Assim, é no exercício de poderes jurídicos e direitos subjetivos, que

Tratando-se do julgador, fica ainda mais fácil visualizar a inércia criadora de legítima expectativa, uma vez que, diferentemente das partes – que podem exercer direitos ou faculdades e, portanto, fazer escolhas estratégicas –, está exercendo poderes no processo¹³⁰.

Nesse sentido, respondendo as perguntas acima colocadas, acompanhamos o entendimento de Antonio do Passo Cabral, com respaldo na obra de José Carlos Barbosa Moreira¹³¹, de que mesmo as denominadas nulidades absolutas precluem por comportamento contraditório se não decididas no despacho saneador¹³², admitindo-se essa *irreversibilidade tendencial*¹³³ dos atos no processuais¹³⁴. Significa dizer, como trataremos no item 2.2.5 seguinte, que nem todas as matérias cognoscíveis de ofício ficam imunes à preclusão¹³⁵.

Sobre o ponto, Antonio do Passo Cabral cita caso concreto de ação de cobrança de IPTU movida por município que tramita por longos anos perante a justiça federal (incompetente,

residem no campo da liberdade, que as omissões poderão sinalizar para a criação de expectativas. A omissão em si não gera vício, preclusão ou sanção, mas se torna vinculante quando cria uma expectativa para outros sujeitos de manutenção daquele comportamento anterior, proibindo e tronando preclusa qualquer conduta logicamente incompatível com ela”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 328.

¹³⁰ Precisamos ressaltar que não estaremos tratando aqui de omissões judiciais ligadas a deveres funcionais que podem, pela lei que dispõe sobre crimes de abuso de autoridade (Lei 13.869/2019), configurar delitos por parte do julgador.

¹³¹ Para o referido professor, a decisão de saneamento “produz a preclusão: (a) de todas as questões decididas, *ex officio* ou mediante provocação da parte, pelo juiz (...) (b) das questões não decididas – desde que antes suscitadas ou simplesmente suscetíveis, ou apreciáveis de ofício – cuja solução cabia na decisão de saneamento”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 53.

¹³² E, ainda, concordamos com o afastamento do Enunciado da Súmula 424 do STF, segundo o qual “transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença”. Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 336.

¹³³ O conceito é emprestado da obra de Paula Costa e Silva para defender que a preclusão é uma consequência natural ao avanço do procedimento, de modo que faculdades e poderes de praticar condutas no processo, por princípio, devem precluir. COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo*. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 287-292.

¹³⁴ Em sentido contrário: MAZZOLA, Marcelo. *Silêncio do juiz no processo civil: inércia, omissão stricto sensu e inobservância*. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 114-118.

¹³⁵ “Ainda que se admita existir interesse público por trás da pronúncia de nulidade, relevante também é o interesse público na proteção da confiança e da boa-fé. (...) Ou seja, as nulidades absolutas, na verdade, nem sempre podem ser conhecidas a qualquer tempo. Podem, e principiologicamente devem, precluir. Em verdade, a própria classificação (nulidades absolutas, nulidades relativas, anulabilidades) é inadequada e deve ser abandonada. Quaisquer espécies de defeitos podem ser sanadas, inclusive e especialmente pela preclusão lógica”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 338-340.

considerando que a cobrança de IPTU pelo município deveria ter sido feita pela justiça estadual). Nesse caso, tendo havido quitação da dívida por parte do devedor, o juiz federal, mesmo percebendo sua incompetência, proferiu sentença extintiva, superando a sua incompetência e priorizando a resolução do mérito¹³⁶.

Analizando esse caso específico, poderia ser alegado que é fácil perceber a convalidação do vício de competência na hipótese, uma vez que o devedor já havia reconhecido o direito do autor, pagando a dívida espontaneamente. Ora, por uma questão de eficiência e até mesmo cooperação judiciária, se houve pagamento, é realmente mais célere proferir sentença de extinção com resolução do mérito do que deslocar competência para a justiça estadual.

No entanto, na maior parte das vezes, a questão é litigiosa e a impossibilidade de reconhecimento de incompetência é menos por uma questão de eficiência, e mais por uma necessária vedação do comportamento contraditório judicial, o que demanda que investiguemos o elemento por trás da omissão judicial no saneador que acarreta a preclusão lógica da incompetência absoluta, por exemplo.

No nosso entender, apenas haverá uma *omissão conclusiva* capaz de provocar preclusão lógica de ato comissivo posterior ao despacho saneador se tiver havido provocação da parte. No caso da incompetência absoluta, da ilegitimidade ou de qualquer outro requisito de admissibilidade do processo que pode ser conhecido *de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição*, nos termos do art. 485, §3º, apenas haverá *omissão conclusiva* capaz de gerar preclusão lógica se essa questão for suscitada pelas partes e, claro, não for apreciada pelo juiz no despacho saneador. Caso a questão não tenha sido suscitada, não houve criação de legítima expectativa, aplicando-se o art. 485, §3º, do CPC, que permite que ela seja decidida na sentença, mesmo não tendo sido apreciada no saneador¹³⁷.

Dito de modo diverso, a decisão saneadora é o momento em que o juiz declara a regularidade do processo. Portanto, caso as partes tenham suscitado a incompetência absoluta em contestação ou réplica, por exemplo, e tal questão não for decidida no saneamento, o julgador está impedido de decidir posteriormente pela incompetência absoluta, por preclusão lógica decorrente de sua *omissão conclusiva* na decisão saneadora. Isso porque, no nosso

¹³⁶ Afinal, “se todos os órgãos jurisdicionais são plenamente detentores dos poderes jurisdicionais, devem cooperar entre si e não apenas exigir colaboração dos demais sujeitos do processo. Assim, os cânones de efetividade do processo e do formalismo-valorativo sugerem a comunicabilidade das jurisdições”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 337.

¹³⁷ Trataremos especificamente do art. 485, § 3º, do CPC no item 2.2.5 a seguir, sobre as exceções à preclusão judicial, no sentido de que apenas se aplica caso essas questões de regularidade do processo estejam pendentes de apreciação, uma vez que não há qualquer referência nesta norma às questões *já decididas*.

entender, uma vez sendo omissa com relação à incompetência absoluta suscitada, a decisão saneadora que não tratou da matéria criou a legítima expectativa nas partes de que não seria decidida no futuro.

É o que se extrai, inclusive, do § 1º do art. 357 do CPC, que dispõe que as partes têm o prazo de cinco dias após a decisão de esclarecimento para pedir esclarecimentos ou ajustes, “findo o qual a decisão se torna estável”. Não se trata de embargos de declaração, dado que podem ser alegados outros vícios além de *contradição*, *erro material*, *obscuridade e omissão* que podem comprometer a adequada prestação jurisdicional. Ou seja, trata-se de um expresse exemplo de cooperação (art. 6º do CPC), em que o legislador possibilita às partes, sob pena de a decisão se tornar *estável*, o esclarecimento da decisão saneadora¹³⁸.

Veja-se que, nesse exemplo de incompetência absoluta não apreciada, a decisão saneadora é *citra petita*, pois, sendo ela o momento processual adequado para tratar da matéria, foi omissa, e, pela regra do art. 494 do CPC, apenas pode ser corrigida se forem opostos embargos de declaração. Não sendo agravável de plano (art. 1.015 do CPC), a decisão apenas poderá ser impugnada em preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação (art. 1.009, §1º, do CPC), restando precluso o poder do juiz de declarar a incompetência em sede de sentença.

Ressalta-se, ainda, que não se trata de “decisão implícita” sobre a competência, e sim de uma omissão judicial dentro da decisão efetivamente proferida (decisão saneadora), que criou legítima expectativa nas partes no sentido de que não foi acolhida, uma vez que suscitada por elas a questão, e que é, portanto, vinculante.

Concluimos, portanto, no sentido de que, para haver preclusão judicial lógica a partir de omissão judicial no despacho saneador, é preciso que (i) a matéria tenha sido trazida pelas partes; (ii) tenha havido a efetiva *omissão conclusiva* do julgador, que deixou de se manifestar sobre o ponto; (iii) por conta dessa *omissão conclusiva*, tenha sido criada legítima expectativa de que a questão trazida não iria ser decidida posteriormente; (iv) tenha havido decisão posterior que, em contradição com essa *omissão conclusiva*, enfrentou a matéria.

De outro lado, caso a ilegitimidade, incompetência, ou quaisquer das outras matérias do art. 485, §3º, do CPC, não tenham sido trazidas pelas partes e não tenham sido decididas no saneador, poderão ser apreciadas pelo juiz posteriormente, já que, como veremos no item 2.2.5 a seguir tais matérias apenas não precluem se ainda não tiverem sido decididas.

¹³⁸ Nesse sentido: ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [E-book]; e SCARPINELLA BUENO, Cassio. Comentários ao art. 357. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 562.

2.2.5 Exceções à preclusão judicial

Como antecipado, há casos em que, muito embora já tenha havido manifestação judicial a respeito de determinada questão, ou tenha transcorrido o momento adequado para tanto – e não tendo havido alteração fática ou jurídica que autorize a superação do entendimento –, não se pode falar em preclusão¹³⁹.

Para a correta compreensão das próximas linhas, adiantamos desde logo nosso entendimento de que as exceções à preclusão para o juiz se operam nas modalidades consumativa e temporal. Não vislumbramos, no processo, nenhuma hipótese de exceção à preclusão lógica do juiz.

Para tanto, é necessário relembrar o que foi defendido no item 2.2.3 acima e deixar muito bem esclarecido que preclusão consumativa e preclusão lógica judiciais são distintas e, ao contrário do que entende parte da doutrina sobre o tema, a segunda não decorre logicamente da primeira¹⁴⁰. A preclusão judicial lógica se refere à contradição entre duas decisões por serem incoerentes em sua interpretação/conteúdo, e não pelo fato de decidirem diversamente a idêntica mesma matéria, hipótese – essa, sim – de preclusão consumativa.

Deixando de fazer essa distinção entre os dois tipos de preclusão, parte da doutrina entende que as hipóteses legais de autorização do juízo de retratação pelo julgador prolator da decisão recorrida seriam uma autorização da contradição judicial¹⁴¹, e, portanto, uma exceção

¹³⁹ Heitor Sica entende que, em determinados casos, “se o juiz equivoca-se ao enfrentar pela primeira vez tais questões, não se poderia dizer que ‘exauriu’ sua função nesse mister, pois o ordenamento – ao conferir-lhe poder(-dever) de desconsiderar a iniciativa da parte e agir *ex officio* – toma por premissa a ideia de que, para restabelecimento da ordem jurídica, aquela determinada questão deve ser corretamente resolvida mesmo se o litigante interessado ficou inerte. Somente depois de ter dado à questão (de ordem processual sobretudo) uma decisão confirme o direito objetivo é que o juiz terá restabelecido a integridade do ordenamento”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 250.

¹⁴⁰ Larissa Gaspar Tuna, por exemplo, entende que é desnecessário falar em preclusão lógica para o juiz, pois, antes mesmo de proferir decisão contraditória, já é vedado a ele rediscutir a matéria pela preclusão consumativa. “Assim, entender a preclusão consumativa como a responsável por vedar a reapreciação de questões pelo juiz torna desnecessário se falar em preclusão lógica, porquanto em momento anterior ao risco da contradição o juiz já perdeu o por-dever de se manifestar novamente sobre a mesma questão”. TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. 2014. 281 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014. p. 180.

¹⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 167; TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. 2014. 281 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014. p. 254-255; e SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 183.

à preclusão para o juiz na sua modalidade lógica¹⁴². Concordamos com o fato de o juízo de retratação ser uma exceção à preclusão judicial, mas não em sua modalidade lógica, e sim, consumativa.

Isso porque, entendemos que as hipóteses legais de retratação não significam propriamente contradição, já que a decisão anterior e a nova – reconsiderada – não coexistem no processo. O que ocorre é que a decisão posterior (entendida como contraditória por essa parte da doutrina) supera e substitui a decisão anterior, já que autorizada a sua reavaliação após a interposição do recurso pela parte que sucumbiu¹⁴³.

Diferente seria, por exemplo – usando como analogia a contradição verificada no REsp 1.306.463 citado no item 2.2.3 acima –, se o diploma processual autorizasse a prolação de decisões com abertura de determinados prazos processuais independentemente da suspensão do processo anteriormente deferida. Esse caso hipotético seria uma contradição judicial admitida (exceção à preclusão lógica), uma vez que as decisões, embora contraditórias entre si, não são mutuamente excludentes.

Em todo caso, vislumbramos o juízo de retratação como uma exceção à preclusão consumativa do juiz, e não lógica, o que servirá também para a explicação das demais hipóteses de exceções à preclusão para o juiz (temporal e consumativa).

Existem, ainda, situações que admitem a modificação e a revogação, pelo mesmo julgador prolator, de decisões anteriormente proferidas no curso do processo, e que, diferentemente das hipóteses de retratação, independem de provocação das partes, representando exceções à preclusão judicial¹⁴⁴.

Dividiremos essas possíveis exceções em cinco grupos que comumente são vislumbrados pela doutrina: (i) controle dos pressupostos processuais e condições da ação; (ii)

¹⁴² Heitor Sica divide as exceções à preclusão judicial em dois grupos: o primeiro, no qual se enquadra o juízo de retratação, é de exceções admitidas pela lei independentemente do conteúdo da decisão, mas condicionadas à interposição de recurso pela parte; e o segundo é o de exceções admitidas, em razão do conteúdo da decisão, e independentemente da provocação das partes. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 183.

¹⁴³ São os casos de apelação contra sentença que indefere a petição inicial (art. 331), que julga improcedente liminarmente o pedido (art. 332, §3º), que não resolve o mérito (art. 485, §7º). Ou, ainda, nas hipóteses de interposição de agravo interno (art. 1.021, §2º), de recurso especial e extraordinário (art. 1.030, inciso II) e de agravo em recurso especial e extraordinário (art. 1.042, § 2º).

¹⁴⁴ Em todos esses casos, repita-se, o pressuposto é de que não tenha havido alteração superveniente nas condições fáticas ou jurídicas da questão decidida, uma vez que, havendo, a reconsideração/revogação incidental é admitida por ter sido alterada a própria questão decidida.

controle da regularidade formal do processo; (iii) poderes instrutórios do juiz; (iv) revogação e alteração de tutelas provisórias; (v) poderes administrativos do juiz.

O grupo “v”, é facilmente identificável como de exceções à preclusão judicial. É, por exemplo, a determinação de complementação de custas e despesas processuais, como preparo recursal, custas para distribuição da ação, entre outros, por terem sido recolhidos a menor anteriormente.

Quanto ao grupo “iv” – dividido em tutela de urgência, dentro da qual estão a tutela antecipada e a tutela cautelar, e em tutela de evidência –, a possibilidade de revogação ou modificação está prevista no artigo 296 do CPC. Assim como o juízo de retratação, autorizado expressamente pelo CPC no caso de interposição de determinados recursos, a tutela provisória poderá ser revogada ou alterada, representando também uma exceção à preclusão consumativa judicial, uma vez que o próprio caráter provisório da tutela, marcado pela cognição sumária da matéria decidida, justifica essa possibilidade. Evidente, ressalte-se, que essa alteração/modificação da tutela provisória não poderá estar desacompanhada da devida fundamentação, que impede arbitrariedades do órgão julgador, em respeito aos artigos 9º, 10 e 489, §1º, todos do CPC¹⁴⁵.

Com relação grupo “iii” de exceções, referente à preclusão judicial em matéria de prova, vale análise mais detida, em razão das dúvidas que se colocam a respeito da preclusão relativa à decisão de saneamento do processo¹⁴⁶.

Com exceção da possibilidade de determinação de produção de outras provas após a decisão saneadora, que é prevista expressamente no artigo 370 do CPC¹⁴⁷, e, portanto,

¹⁴⁵ Ainda na vigência do CPC/73, Humberto Theodoro Jr. já afirmava ser “característica da medida cautelar, como provimento emergencial de segurança, a possibilidade de sua *substituição* (art. 805), *modificação* ou *revogação*, a qualquer tempo (art. 807). (...) A revogação ou modificação, todavia, não são atos livres de forma nem decisões de mero arbítrio do juiz”. THEODORO JÚNIOR., Humberto. *Processo cautelar*. 24. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008. p. 54-55.

¹⁴⁶ Tratando da matéria, Fredie Didier Jr. elenca cinco perguntas, dentre as quais, para fins deste estudo, interessam as quatro primeiras, por serem direcionadas à manifestação judicial: “a) proferida a decisão de organização da atividade instrutória, com a definição das provas a serem produzidas, preclui a possibilidade de determinar a coleta de outras provas? b) proferida a decisão de organização da atividade instrutória, em que se defere a produção de determinada prova, pode o juiz retroceder, rejeitando-a? c) proferida a decisão de organização da atividade instrutória, em que se indefere a produção de determinada prova, pode o juiz arrepender-se e determinar a sua realização? d) determinada a produção de prova de ofício, pode o juiz dela desistir? e) determinada a produção da prova a requerimento da parte, pode a própria parte requerente desistir dessa produção?”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12. ed. Salvador. JusPodivm, 2017. p. 151-152.

¹⁴⁷ A possibilidade de determinação de produção de prova a qualquer tempo é, aliás, corroborada pelas hipóteses de conversão do julgamento em diligência (CPC, art. 12, § 4º) e produção de prova em sede recursal (CPC, art. 938, §3º).

representa, sem dúvidas, uma exceção à preclusão judicial, interessa-nos saber se o juiz pode, em decisão posterior, (a) revogar decisão anterior em que deferiu a produção de determinada prova; (b) modificar decisão que indeferiu o pedido de determinada prova, concedendo a sua produção; (c) desistir de prova cuja produção determinou de ofício¹⁴⁸.

Quanto ao primeiro caso, entendemos que não se trata de exceção à preclusão judicial, pois, a partir do momento em que o juiz determinou a produção de determinada prova, é direito da parte ver a sua produção^{149,150}. Pensamos, portanto, que, nesse caso, há preclusão consumativa, de modo que a prova apenas não deverá ser produzida se a parte que a requereu desistir de sua produção¹⁵¹.

Já no caso de decisão posterior que, alterando o entendimento anterior de indeferimento do pedido de prova, concede a sua produção, entendemos ser, sim, uma hipótese de exceção à preclusão judicial, considerando os amplos poderes instrutórios do juiz visando a adequada solução do litígio. Afinal, se pela regra do artigo 370 do CPC, pode o juiz determinar provas de ofício, da mesma forma, pode voltar atrás e determinar a produção de prova que anteriormente indeferiu.

Concordamos com o posicionamento de Daniel Amorim Assumpção Neves sobre a matéria, no sentido de que, nesse caso, não há que se falar em eventual “perda do direito da outra parte em não ver aquela prova ser trazida aos autos, já que tal direito não pode prevalecer quando comparado com a busca pela melhor e mais perfeita prestação jurisdicional”¹⁵².

¹⁴⁸ Não é a pretensão deste estudo esgotar todas as profundas discussões sobre o sistema de estabilidades em matéria probatória, o que, decerto, desafia estudo específico e detalhado. De todo modo, para fins de clareza com relação ao estudo da preclusão judicial, ousamos concentrar algumas hipóteses controvertidas nesses três grupos.

¹⁴⁹ No mesmo sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12. ed. Salvador. JusPodivm, 2017. p. 153; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 269.

¹⁵⁰ O TJTO, em julgamento de apelação, já anulou sentença contraditória sob o mesmo fundamento: “em um primeiro momento o juiz deferiu a realização da prova e, posteriormente, desconsiderando a própria decisão, julgou o feito de forma antecipada, o que acarreta manifesto cerceamento de defesa e comportamento contraditório do juízo, surpreendendo a parte pela frustração da expectativa de que seria possível a produção da mencionada prova, o que é vedado pelo ordenamento jurídico (*venire contra factum proprium*)”. TJTO, *Ap. Cív. 0039421-38.2017.8.27.2729*, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Eurípedes Lamounier, julg. 15.2.2023.

¹⁵¹ Nesse mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 269.

¹⁵² *Ibid.* p. 270.

Por fim, com relação à desistência de prova cuja produção foi determinada de ofício, entendemos, assim como no caso da prova anteriormente deferida, que não há espaço para revogação, sob o mesmo fundamento de impactar o direito à prova da parte. Contudo, em respeito ao contraditório, uma vez consultadas as partes a respeito de seu interesse nessa prova anteriormente determinada de ofício, havendo manifestação no sentido de seu desinteresse, pode e deve o juiz revogar seu entendimento, atendendo à razoável duração do processo¹⁵³.

Em resumo e concluindo a análise do grupo “iii” de exceções à preclusão judicial (poderes instrutórios do juiz): no nosso entender, por força do art. 370 do CPC, são exceções à preclusão judicial, as decisões que determinam a produção de determinada prova após o saneamento do processo e as decisões que, voltando atrás em entendimento anterior, determinam a produção de determinada prova.

Trataremos dos grupos “i” e “ii”, respectivamente, controle dos pressupostos processuais e condições da ação e controle da regularidade formal do processo, de forma conjunta, por serem as chamadas questões de ordem pública, cognoscíveis a qualquer tempo.

O posicionamento predominante da doutrina e da jurisprudência é pela não sujeição das questões de ordem pública aos efeitos da preclusão¹⁵⁴. Para aqueles que assim entendem, o fundamento seria extraído também da norma contida no § 3º do art. 485 do CPC, que dispõe que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado, das matérias relativas a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (inciso IV), existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada (inciso V), ausência de legitimidade ou de interesse processual (inciso VI).

Há, contudo, entendimento diverso a respeito do tema, segundo o qual mesmo as nulidades absolutas poderiam ser convalidadas¹⁵⁵. Veja-se que, no artigo 485, §3º, não há

¹⁵³ Seguindo esse raciocínio, foi editado o Enunciado 514 do FPPC, segundo o qual “O juiz não poderá revogar a decisão que determinou a produção de prova de ofício sem que consulte as partes a respeito”.

¹⁵⁴ Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “As questões ligadas aos pressupostos processuais e às condições da ação, bem como todas as demais que, sendo de ordem pública, devem ser conhecidas de ofício pelo Juiz, não podem sofrer os efeitos da preclusão temporal”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, v. 784, p. 11-28. fev. 2001.

¹⁵⁵ Antonio do Passo Cabral defende que mesmo as questões de ordem pública estão sujeitas à preclusão. Para tanto, cita como exemplo o julgamento do Mensalão, em que o STF entendeu estar preclusa a apreciação da competência da Corte Suprema em razão do foro por prerrogativa de função, matéria que poderia levar à incompetência absoluta do juízo. CABRAL, Antonio do Passo. Questões processuais no julgamento do mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matéria de ordem pública. *Revista dos Tribunais*, v. 933, p. 131, jul. 2013.

menção a *questões já decididas* e que, portanto, não estariam sujeitas à preclusão consumativa. Desse modo, filiamo-nos ao posicionamento de que, mesmo estas questões, uma vez decididas, estão, sim, sujeitas à preclusão, independentemente de serem questões de ordem pública¹⁵⁶. O §3º do art. 485 se aplica nas hipóteses em que tais questões ainda estejam pendentes de apreciação¹⁵⁷.

Aliás, essa é a *ratio* da norma contida no art. 278 do CPC, que, em atenção à boa-fé e à cooperação no processo, estabelece que as nulidades devem ser alegadas no primeiro momento, sob pena de preclusão, evitando o que se denomina de “nulidade de algibeira”¹⁵⁸. Ao nosso entender, as nulidades precluem, independentemente de poderem ser cognoscíveis de ofício e de serem relativas ou absolutas, como a doutrina clássica costuma diferenciar¹⁵⁹.

Sobre o ponto, discordamos também do posicionamento de que a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória sobre questões de admissibilidade (art. 966 do CPC) refletiria a inviabilidade de preclusão sobre a matéria¹⁶⁰. O argumento é frágil, pois, como bem ressalta Fredie Didier Jr., “o fato de a questão ser decidida no processo originário não impede a

¹⁵⁶ O próprio STJ já se posicionou sobre a matéria, entendendo que “as questões de ordem pública também estão sujeitas à preclusão consumativa se já tiverem sido objeto de manifestação jurisdicional anterior e não houver insurgência quanto à matéria no momento oportuno”. STJ, *AgInt no REsp 2007442*, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 27.6.2022. E, ainda, que “Uma vez que tenham sido objeto de análise, as matérias de ordem pública, como é o caso da legitimidade ad causam e do interesse de agir, não podem ser novamente apreciadas, operando-se a preclusão pro judicato”. STJ, *REsp 2019150*, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 14.2.2023. Indo além, também já se manifestou no sentido de que a preclusão se opera “inclusive em autos ou recurso diverso, mas relativos à mesma causa”. STJ, *AgInt no REsp 1285886*, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 2.10.2018.

¹⁵⁷ Sobre o ponto, Fredie Didier Jr. explica que não se pode confundir possibilidade de exame de ofício com possibilidade de revisão do que já foi decidido: “Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, e a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade *ex officio* de tais questões significa, tão somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocation das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há para o reexame”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Comentários ao art. 485. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 485.

¹⁵⁸ Aquela que é guardada como “trunfo” pela parte para ser invocada no momento que mais lhe convém.

¹⁵⁹ Tal raciocínio, aliás, é corroborado, por exemplo, pela própria necessidade de prequestionamento nos recursos excepcionais, como o recurso extraordinário e especial. Mesmo as nulidades consideradas absolutas ou as “matérias de ordem pública” precisam ser alegadas (prequestionadas) para que sejam conhecidas pelo STF e pelo STJ.

¹⁶⁰ TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. 2014. 281 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014. p. 204-206.

propositura da ação rescisória”¹⁶¹. Aliás, não faz sentido permitir, pela suposta regra do art. 485, § 3º, do CPC, a discussão da questão processual a qualquer tempo, mas não se proibir o ajuizamento da rescisória.

No nosso entender, portanto, são exceções à preclusão judicial as decisões relativas a (i) juízo de retratação; (ii) tutelas provisórias; (iii) poderes administrativos do juiz; (iv) reconsideração de indeferimento de pedido de produção de prova; e (v) determinação de produção de prova após o saneamento do processo.

2.3 *Venire contra factum proprium* do julgador: delimitação de sua incidência

No item 2.2.3 anterior, tratamos do fenômeno da preclusão judicial em suas três modalidades: temporal, consumativa e lógica. Em matéria de contradição judicial, interessa a preclusão lógica, que, como visto, decorre de decisão incoerente com manifestação judicial anterior, frustrando a legítima confiança depositada nos sujeitos processuais.

A preclusão ocorre dentro das barreiras do mesmo processo. Contudo, há casos em que o julgador é contraditório com relação a manifestação anterior proferida em processo distinto, mas que, mesmo assim, é criadora de legítima expectativa de manutenção de seu sentido no processo em que é invocada.

A massificação das relações contemporâneas tornou cada vez mais comum a existência casos idênticos submetidos ao Poder Judiciário. Essa proliferação de demandas, trouxe consigo uma crise judiciária brasileira crescente marcada por decisões díspares sobre idênticas controvérsias de direito material ou processual, o que mostrou necessária a adoção de medidas para dar uniformidade às causas idênticas.

Assim, o CPC/15, prezando pela *estabilidade, integridade e coerência* da jurisprudência (art. 926 do CPC), inovou ao instituir um microsistema de precedentes vinculantes (art. 927, do CPC) e outros institutos¹⁶² que atribuem força normativa a determinadas decisões judiciais brasileiras. Dentre os precedentes formalmente vinculantes, estão, por exemplo, o Incidente de

¹⁶¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Comentários ao art. 485. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 693.

¹⁶² Merecem destaque, para além dos artigos 926 e 927, os artigos 311, inciso II; art. 332; art. 489, §1º, incisos V e VI; art. 496, § 4º, incisos I a III e 932, incisos IV e V.

Resolução de Demandas Repetitivas (“IRDR”) e os recursos especial e extraordinário repetitivos, cuja função é precisamente fixar, de forma isonômica, entendimentos vinculantes às questões de direito controvertidas e repetitivas¹⁶³.

Tais precedentes não demandam a análise da tutela da confiança do jurisdicionado, pois já criam uma vinculação dos julgadores a partir do momento em que a tese jurídica é fixada. Há casos, contudo, de comportamento contraditório judicial a partir de decisões pretéritas que não são precedentes vinculantes, mas que, mesmo assim, criaram legítima expectativa nas partes processuais a partir do momento em que são conhecidas.

Diante dessa situação de contradição cujos efeitos se projetam para fora do processo, interessa-nos saber se existe também um dever de coerência, impedindo o comportamento contraditório judicial. A resposta, diga-se desde logo, parece-nos positiva. Também nesse sentido são os enunciados 376¹⁶⁴, 377¹⁶⁵ e 378¹⁶⁶ do FPPC.

2.3.1 Requisitos para aplicação da figura ao julgador

Como exposto, o *venire contra factum proprium* é aplicado ao Direito Processual Civil, seja por seu fundamento constitucional, seja por constituir uma das figuras parcelares da boa-fé objetiva, que está expressamente prevista no art. 5º do CPC, e projeta efeitos sobre todos aqueles que participam do processo, inclusive o julgador.

Partindo-se dessas premissas, passa-se agora a analisar o *venire contra factum proprium* do julgador à luz dos requisitos de aplicação definidos pela doutrina civilista e mirando as

¹⁶³ “A prestação jurisdicional dispar a casos idênticos constitui se não a maior, uma das mais graves violações ao princípio da isonomia. A isonomia, por sua vez, está intimamente ligada com a previsibilidade e com a estabilidade da prestação jurisdicional, que concretizam a segurança jurídica. Ao fixar uma tese jurídica aplicável às mesmas questões, o Judiciário consolida seu entendimento e possibilita o estabelecimento de padrões de conduta confiáveis aos jurisdicionados”. TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 40.

¹⁶⁴ FPPC, Enunciado 376. (art. 5º) A vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional. (Grupo: Normas fundamentais);

¹⁶⁵ FPPC, Enunciado 377. (art. 5º) A boa-fé objetiva impede que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos. (Grupo: Normas fundamentais);

¹⁶⁶ Enunciado 378. (arts. 5º, 6º, 322, §2º, e 489, §3º) A boa fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a reprimenda do abuso de direito processual e das condutas dolosas de todos os sujeitos processuais e veda seus comportamentos contraditórios. (Grupo: Normas fundamentais).

decisões contraditórias do mesmo órgão julgador, em processos distintos, sobre a mesma questão de direito controvertida.

Ou seja, se, o mesmo órgão julgador, monocrático ou colegiado, em determinado caso envolvendo partes diversas, deu outra solução à mesma questão, foi inegavelmente contraditório. Nesse caso, embora não estejamos falando em preclusão lógica judicial, estaremos diante de uma incoerência que não pode ser autorizada no processo.

Relembrem-se, portanto, os quatro pressupostos de aplicação da figura: (i) um *factum proprium*, ou seja, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; e, (iv) um dano ou um potencial de dano a partir da contradição.

2.3.1.1 O *factum proprium*

O *factum proprium* é a conduta inicial que não é originariamente vinculante à luz do direito positivo, mas que se torna vinculante por despertar legítima confiança em outrem na manutenção de seu sentido objetivo.

Aplicando-se a definição ao direito processual, interpreta-se, para os fins deste estudo, o *factum proprium* como a decisão ou conjunto de decisões pretéritas do mesmo julgador a respeito de determinada questão de direito controvertida. Trata-se aqui, ressalte-se, de todos os pronunciamentos judiciais que estão à margem do art. 927 do CPC, que geraram legítima expectativa no jurisdicionado, repercutindo em sua esfera jurídica. É sobre essas decisões que deve incidir o *venire contra factum proprium* como ferramenta de tutela da confiança do jurisdicionado.

Como tratado no início da presente dissertação, a contradição, muitas vezes, atende aos avanços da sociedade e, portanto, é desejável. No entanto, na qualidade de prestador da jurisdição, está o julgador autorizado a alterar o seu entendimento em dias ou até mesmo em horários diferentes?

Veja-se, por exemplo, o art. 489 do CPC, que trata dos elementos essenciais a qualquer decisão. Em seu parágrafo 1º, são elencados os casos em que uma decisão não pode ser considerada fundamentada, como por exemplo aqueles do inciso VI, quando a decisão “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Jurisprudência é o conjunto de decisões dos tribunais ou de determinado tribunal no mesmo sentido a respeito de uma mesma questão. Precedente, por sua vez, conforme a definição de Ronaldo Cramer, é “todo jugado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos”¹⁶⁷. Por fim, enunciado de súmula é o extrato dos fundamentos determinantes do precedente.

Mas e quanto aos demais pronunciamentos de um mesmo juiz ou órgão julgador que não são enunciados de súmula, precedentes ou “jurisprudência”? Se a parte foi diligente, buscou decisões pretéritas daquele mesmo juiz ou órgão julgador sobre o tema, trazendo-as aos autos, este órgão julgador não está obrigado a “demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”?

Especificamente com relação ao termo “precedente” contido no dispositivo, Freddie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga entendem que “a obrigatoriedade de que fala o inciso VI somente se aplica aos precedentes obrigatórios; não se aplica aos precedentes persuasivos”¹⁶⁸.

Da mesma forma, entendeu, a Terceira Turma do STJ, que, por unanimidade, seguiu o voto da Ministra Nancy Andrighi no sentido de que “o art. 489, §1º, VI, do CPC/15, possui, em sua essência, uma indissociável relação com o sistema de precedentes tonificado pela nova legislação processual”, de modo que “limita-se às súmulas e aos precedentes de natureza vinculante, mas não às súmulas e aos precedentes apenas persuasivos”¹⁶⁹.

Ousamos discordar dos exímios professores e do posicionamento do Egrégio STJ, uma vez que interpretamos que tanto os precedentes persuasivos como os vinculantes devem ser objeto de distinção ou superação pelo órgão julgador quando invocados pela parte¹⁷⁰. Isso porque, dentro da categoria “precedentes persuasivos” não estão compreendidos apenas os precedentes de outros tribunais, que, sem dúvida, não vinculam, mas também o julgado daquele

¹⁶⁷ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 86.

¹⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 385.

¹⁶⁹ STF, *AI 529.733/RS*, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 17.10.2006.

¹⁷⁰ No mesmo sentido, entende Ronaldo Cramer: “Para não aplicar o precedente persuasivo, o juiz deverá, apenas no caso de esse precedente ter sido invocado por uma das partes, justificar de forma específica sua decisão, revelando os motivos pelos quais discorda do precedente, entende que há distinção no caso concreto ou verifica a superação do precedente”. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 140.

órgão julgador que criou uma norma jurídica a partir da interpretação da lei, mas que não foi reiteradamente aplicado e, portanto, não constitui “jurisprudência”.

Dito de modo diverso, se determinada Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proferir acórdão criando norma jurídica sobre determinada matéria e, em caso futuro, esse julgado for invocado por uma das partes, nos autos de recurso perante essa mesma Câmara Cível, tal órgão julgador também está obrigado, pelo art. 489, § 1º, VI, do CPC, a fazer *distinguishing* e *overruling*, caso não venha a aplicar o precedente. Ou seja, não se trata de precedente vinculante, pois não é uma das decisões contidas no art. 927, mas também deve ser enfrentado, caso seja invocado pela parte.

Também por esse motivo, acompanhamos o entendimento de Ticiano Alves e Silva, no sentido de que, caso essa Câmara Cível não mantenha o mesmo entendimento pretérito, são cabíveis embargos de declaração por contradição externa¹⁷¹, conforme será mais bem tratado adiante.

Quanto aos demais pronunciamentos judiciais que não constituem precedentes, também devem ser enfrentados pelo órgão julgador que os prolatou, quando invocados pelas partes. Trata-se, pois, de proteção da confiança do jurisdicionado na coerência do órgão julgador decorrente da cláusula geral de boa-fé objetiva. Esse é justamente o teor do enunciado 377 do FPCC¹⁷².

Significa dizer que, exceto se houver alteração significativa de circunstâncias fáticas ou jurídicas, o juiz ou órgão julgador deve manter o entendimento externado anteriormente. Caso contrário, estará sendo contraditório, e, portanto, ferindo a legítima confiança das partes a respeito do dever de coerência a partir daquele *factum proprium*¹⁷³.

¹⁷¹ Tal posicionamento se contrapõe ao entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que “a contradição que rende ensejo a embargos de declaração é a *interna*, aquela havida entre trechos da decisão embargada”, conforme veremos adiante no item 3.1. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal*. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 297.

¹⁷² Enunciado 377. (art. 5º) A boa-fé objetiva impede que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos. (Grupo: Normas fundamentais).

¹⁷³ Esse também é o entendimento de Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa e Fábio Lindoso e Lima: “O que informa, especificamente, a vedação ao comportamento contraditório do juízo é a função de controle da boa-fé objetiva processual. Esta funcionalidade do princípio coloca a boa-fé objetiva como adjetivação, como limite ao dever de prestar jurisdição. Com arrimo nesta funcionalidade é que se desenvolveu a doutrina da vedação ao comportamento contraditório. Com este dever, há um afunilamento da margem de discricionariedade do juízo. A cláusula geral de boa-fé objetiva processual impõe ao juízo um dever de lealdade para com as partes. Assim, além de todas as amarras legais, aquele se vincula também às suas próprias decisões pretéritas”. BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso. A contradição externa e o venire contra factum proprium do juízo. *Revista de Processo*, v. 245, p. 79-118. jul. 2015. p. 13.

2.3.1.2 A legítima confiança

Para que reste configurado *venire contra factum proprium* do órgão julgador em caso de contradição externa não basta o *factum proprium*, ou seja, a decisão ou as decisões pretéritas daquele mesmo órgão julgador sobre o tema. É preciso que haja legítima confiança da parte na manutenção daquele entendimento¹⁷⁴.

Eis aqui a importância de os tribunais disponibilizarem em seus sítios eletrônicos não apenas os acórdãos, mas também as sentenças, decisões interlocutórias e monocráticas com possibilidade de filtro por magistrado e por órgão julgador.

A mesma preocupação que o legislador teve com a publicidade dos precedentes vinculantes (art. 927, §5º, do CPC) deve alcançar também as demais decisões não vinculantes por força de lei. Todos os pronunciamentos judiciais acessíveis ao público em geral criam legítima expectativa nos jurisdicionados. Portanto, tornar públicas as decisões para que o acesso a seu conteúdo se dê de maneira ampla e democrática atende a todos. Os valores de *estabilidade*, *integridade* e *coerência* presentes no art. 926 do CPC devem se espalhar para todas as instâncias em que são tomadas decisões.

Defender a existência de uma base de dados sólida de consulta às decisões tomadas em todas as instâncias não significa tolher a liberdade decisória dos magistrados. Pelo contrário. Todos ganham com a ampla divulgação das decisões. Seja por uma questão de boa-fé objetiva, segurança jurídica ou isonomia, a manutenção da coerência deve ser um *standard* de conduta de todo e qualquer órgão julgador.

¹⁷⁴ Em uma perspectiva abrangente do *venire contra factum proprium* aplicado às relações processuais, Antonio do Passo Cabral afirma que “no processo, a confiança pode ser demonstrada a partir de declarações, documentos, pareceres, alegações (orais ou escritas) etc”. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 162.

2.3.1.3 A contradição ao *factum proprium*

A contradição é o terceiro requisito de aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* e se verifica pela incompatibilidade entre dois comportamentos: a decisão ou decisões pretéritas e a decisão posterior contraditória.

No direito civil, Anderson Schreiber faz referência ao abuso de direito no caso de contradição, uma vez que, à luz da função da boa-fé objetiva de limitação de direitos subjetivos, o *venire contra factum proprium* configura abuso de direito por violação da cláusula geral¹⁷⁵.

Aplicando o raciocínio ao órgão julgador, não seria possível falar em abuso de direito, uma vez que prestar jurisdição é um poder. Mas, assim como no Direito Civil, em que a figura do abuso não está restrita apenas a direitos, podendo ser verificada em qualquer situação jurídica subjetiva¹⁷⁶, da mesma forma, aplica-se o abuso ao poder de prestar jurisdição.

A expectativa de coerência do jurisdicionado por parte do Estado-juiz impõe limites à atividade judicante, de modo que agir contrariamente às suas próprias decisões configura abuso do poder de prestar a jurisdição¹⁷⁷.

Nesse sentido, Rafael Vinheiro Monteiro e Fábio Lindoso e Lima vão além e sustentam que a decisão com contradição externa seria uma espécie de decisão-surpresa, ou seja, não aquela que invocou fundamento que não foi submetido ao contraditório das partes (art. 10 do

¹⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 114 e ss.

¹⁷⁶ “Quer se trate de liberdades, faculdades, direitos potestativos ou poderes, todos constituem vantagens, cuja configuração depende, em última análise, da estrutura qualificativa da norma jurídica. Logo, em relação a qualquer situação subjetiva será admitida a figura do abuso de direito, visto que nenhuma delas será jamais desprovida de fundamento axiológico”. CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 440.

¹⁷⁷ “O raciocínio é corroborado por Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa e Fábio Lindoso e Lima: ‘A função de controle da boa-fé objetiva originária, oriunda do direito civil, emprega a boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos. A diferença, aqui, é que a atividade judicante não é direito do juízo, seja singular, seja colegiado. A atividade judicante é dever, correlato ao direito do jurisdicionado de obter uma sentença de mérito rápida e eficaz, uma vez preenchidas as condições da ação. Desta feita, o princípio da boa-fé objetiva processual, na função-controle, atua não como um limite ao exercício de um direito subjetivo, mas como uma qualificação, uma adjetivação do dever de prestar jurisdição. Trata-se, portanto, de um sobredever ou de um dever secundário, de uma norma metajurídica: incide sobre o dever de prestar jurisdição, limitando ainda mais o espectro de discricionariedade do juízo e vinculando-o ao seu comportamento pretérito’”. BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso. A contradição externa e o *venire contra factum proprium* do juízo. *Revista de Processo*, v. 245, p. 79-118. jul. 2015. p. 6.

CPC), mas que “revela, sem nenhuma justificativa plausível, uma guinada brusca na jurisprudência ou em anterior decisão do juiz ou do juízo onde o julgador exerce atribuição”¹⁷⁸.

Reitera-se, assim como defendem os referidos autores, que aplicar a vedação ao *venire contra factum proprium* ao órgão julgador não significa defender a imutabilidade¹⁷⁹. A contradição à decisão anterior sobre a mesma questão, em outras palavras, o *venire contra factum proprium*, deve ser vedada quando a decisão posterior, sem fundamentar a distinção do caso ou a superação do entendimento, for imotivada e arbitrária; fruto das paixões do momento do órgão julgador^{180,181}.

2.3.1.4 O dano efetivo ou potencial

Embora controvertido na doutrina civilista, o dano efetivo ou potencial é considerado como um dos requisitos para a aplicação da figura segundo a qual *nemo potest venire contra factum proprium*. Para essa parte da doutrina, trata-se de pressuposto de aplicação, pois sem prejuízo não haveria motivo para se tutelar a confiança alheia.

¹⁷⁸ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso. A contradição externa e o *venire contra factum proprium* do juízo. *Revista de Processo*, v. 245, p. 79-118. jul. 2015. p. 9.

¹⁷⁹ “A mudança jurisprudencial não deve ser encarada como um mal, na medida em que mais das vezes ela representa a própria evolução do direito. O aspecto negativo consiste na sua mudança abrupta, injustificada, relacionada mais de perto com casuísmos, contingências e deformações sistêmicas. Há – isso sim – sempre uma necessidade de o julgador justificar a não adoção da mesma baliza utilizada numa decisão anterior, ou seja, da não manutenção da ‘coerência jurisprudencial’, seja porque os casos não são idênticos e as diferenças reclamam a distinção, seja porque a decisão anterior, por não ser a melhor, merece ser suplantada, i.e., substituída por outra mais adequada. De uma forma ou de outra, o dever de coerência estabelece que esta (a coerência) apenas poderá ser quebrada quando o julgador indicar, de maneira precisa, as razões adequadas que justifiquem a não continuidade da cadeia”. LIMA, Fábio Lindoso. A contradição externa e o *venire contra factum proprium* do juízo. *Revista de Processo*, v. 245, p. 79-118. jul. 2015. p. 10-11.

¹⁸⁰ Sobre o tema da fundamentação das decisões judiciais, Teresa Arruda Alvim leciona que “uma das funções da fundamentação é o controle do arbítrio. O Estado de Direito Contemporâneo é o Estado que presta contas, que se justifica (*Rechtfertigungstaat*). (...) A regra de que as decisões judiciais têm de ser motivadas, em seu sentido mais profundo, expressa, como dissemos há pouco, a exigência ampla de controlabilidade da atividade dos órgãos do Estado, inerente à ideia de Estado Democrático de Direito”. ALVIM, Teresa Arruda. Acesso à justiça, contraditório e fundamentação da sentença. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et al.. (coord.). *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019. p. 976.

¹⁸¹ Fazendo uso das palavras de Ticiano Alves e Silva, “decidir em dias (às vezes em horários) diferentes, não é critério razoável para tratar desigualmente os jurisdicionados, se o ato decisório não vem acompanhado de devida fundamentação”. SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e contradição externa. *Revista de Processo*, v. 238, p. 199-211, dez. 2014. p. 3.

Aplicando o raciocínio à dinâmica processual, entendemos que o dano deve ser analisado tanto em uma perspectiva sistêmica, ou seja, o dano à segurança jurídica, como em uma perspectiva endoprocessual, às partes que invocaram a decisão anterior, o *factum proprium*.

Nessa perspectiva endoprocessual, para além do dano potencial de ruptura da confiança, há também o dano efetivo, que se verifica notoriamente nas despesas que a parte terá em decorrência da mudança de posicionamento do órgão julgador, que podem ser desde o preparo recursal, até a efetiva condenação, incluindo também o pagamento de custas processuais e honorários de sucumbência¹⁸².

2.3.1.5 A questão da “identidade de sujeitos” e o problema da identidade física do juiz

O *factum proprium*, no caso de contradição entre decisões de processos distintos, é a decisão ou conjunto de decisões pretéritas do mesmo órgão julgador sobre a mesma questão de direito controvertida que despertou a confiança do jurisdicionado. Assim, o *factum proprium* muitas vezes não envolve as mesmas partes do processo em que é invocado, a despeito de tratar da mesma questão jurídica controvertida.

No que diz respeito ao sujeito ativo da conduta, Larissa Gaspar Tunala, ao tratar da figura aplicada em uma perspectiva endoprocessual, defende que pouco importa se determinado juiz foi substituído por outro, uma vez que atuam como um todo unitário¹⁸³. Da mesma forma,

¹⁸² Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral acrescenta que “a confiança pode ficar caracterizada, na prática, pela realização de gastos e despesas, pelo anúncio público de adesão às consequências do comportamento inicial, pela adoção ou abstenção de atos por conta da primeira conduta, pela ausência de sinalização de mudança futura de comportamento etc. Nesse quadro, a existência de um prejuízo financeiro geralmente sugere que o sujeito prejudicado aderiu ao comportamento do *alter* e havia confiança”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 318.

¹⁸³ “Não importa qual a identidade física do juiz que exerceu conduta inicial e posterior contradição, uma vez que eles não atuam com pessoalidade e sim como representantes do Estado como um todo. Assim, perante os demais sujeitos processuais, representam um único polo, desinteressado e imparcial, agindo, pois, com unidade de identidade sempre. Dessa forma, é irrelevante se um magistrado proferiu decisão inicial e outro analisou questão diversa e, nessa análise, agiu em contradição com expectativa anterior: perante o jurisdicionado, houve atuação de um único órgão, a quem é imputada indistintamente a contradição”. TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. 2014. 281 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014. p. 239.

Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa e Fábio Lindoso e Lima também tratam dessa unidade ao defenderem “uma vinculação do juízo e do juiz às suas decisões e às decisões do juízo”^{184,185}.

Tendemos a discordar da vinculação do juízo ou do órgão julgador desconsiderando-se sua composição. No nosso entender, se, na vara “x” de determinado tribunal, o juiz “y” é substituído pelo juiz “z”, a vinculação estará relacionada à pessoa (identidade física) do novo juiz “z”, e não às decisões tomadas pelo juiz “y”, quando era titular da vara “x”. A vinculação acompanha a pessoa, e não o órgão em si.

Traçando um paralelo com a dinâmica dos tribunais superiores, compostos por Turmas (órgãos fracionários colegiados), a lei processual, visando a uniformização da questão de direito, autoriza a interposição de embargos de divergência entre acórdãos do mesmo órgão fracionário, “desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros” (CPC, art. 1.043, § 3º). A lógica, portanto, é fixar um entendimento uniforme, partindo-se da premissa de que a alteração dos ministros que compõem a mesma Turma pode, sim, provocar a contradição entre suas decisões, como se órgãos julgadores distintos fossem.

Quanto ao sujeito ativo, portanto, entendemos que, em matéria de *venire contra factum proprium*, estaremos falando do mesmo julgador (pessoa física), ou do mesmo órgão julgador, quando sua composição não sofrer alteração de mais da metade de seus membros.

Já em relação à identidade do sujeito passivo da contradição, como já adiantado no item 2.3.1.5, seguimos a interpretação de Anderson Schreiber, no sentido de que a “confiança pode ser despertada não apenas naquele frente a quem o ato é diretamente praticado, senão em qualquer um sobre quem o ato venha a, de alguma forma, repercutir”¹⁸⁶.

¹⁸⁴ “Em grandes linhas significa tão somente que o julgador não pode descurar do fato de que ele representa um todo incindível (o Poder Judiciário), possuidor de presente, porém mais importante que isso, de passado e futuro”. BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso. A contradição externa e o *venire contra factum proprium* do juízo. *Revista de Processo*, v. 245, p. 79-118. jul. 2015. p. 10.

¹⁸⁵ Sobre o tema da aplicação do *venire contra factum proprium* à atividade jurisdicional, Anderson Schreiber entende que “não se poderia invocar uma confiança legítima na uniformidade de decisões quando o direito positivo garante liberdade de convencimento do juiz e, consequentemente, a eventual divergência entre decisões judiciais”. Acrescenta ainda que a eventual divergência por conta do sistema de recursos e a uniformização de jurisprudência “não representa mais violação à legítima confiança e à boa-fé objetiva, mas à previsão normativa específica que no sentido da uniformidade dispõe. LIMA, Fábio Lindoso. A contradição externa e o *venire contra factum proprium* do juízo. *Revista de Processo*, v. 245, p. 79-118. jul. 2015. p. 248. Concordamos com o aplaudido professor no sentido de que, em ambos os casos citados, não há que se falar em contradição. No entanto, o que se defende no presente estudo não é a contradição entre instâncias ou em casos de vinculação prevista em lei, mas sim nos casos de decisões de órgãos julgadores a respeito de determina questão que não são vinculantes por força de lei mas que geraram legítima expectativa no jurisdicionado na manutenção de seu entendimento.

¹⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 156.

Em outras palavras, significa dizer que a decisão pretérita, à luz do que se defende nesta dissertação, é aquela proferida pelo mesmo órgão julgador, em processo distinto e sem a necessidade de que uma das partes tenha integrado o processo. Trata-se tanto das decisões que foram proferidas em processos em que uma das partes integrou um dos polos da demanda, como das decisões proferidas em processos sem qualquer identidade de partes¹⁸⁷. Explica-se.

Imagine-se o caso em que determinada operadora de telefonia invoca decisão pretérita daquele órgão julgador proferida em outro processo do qual participou e em que se questionava a mesma cláusula contratual de contrato de adesão firmado com outro consumidor. Nesse caso, a operadora de telefonia invoca a decisão pretérita com o fim de que seja mantida a mesma interpretação a respeito daquela cláusula contratual.

Outro caso, por exemplo, é quando essa operadora de telefonia invoca decisão pretérita daquele órgão julgador em outro processo em que se discute cláusula contratual idêntica, mas em contrato de adesão elaborado por outra empresa de telefonia.

Em ambos os casos, aplica-se a vedação ao comportamento contraditório, pois o que se deve preservar é a interpretação da cláusula contratual dada por aquele órgão julgador, ou seja, o *factum proprium*.

2.3.2 Mudança de entendimento e dever de motivação da decisão: limites à discricionariedade

O juiz, como se sabe, é dotado de função criativa. Ao apreciar o caso concreto submetido à sua jurisdição, o julgador não apenas aplica o texto legal, como também o interpreta à luz das

¹⁸⁷ Nos casos em que há identidade de ambas as partes discutindo novamente a mesma questão de direito não se fala em contradição, mas sim, em litispendência e coisa julgada.

circunstâncias concretas¹⁸⁸, dado que o legislador não é capaz de prever todas as condutas tipificáveis, nem as vicissitudes e particularidades das relações humanas¹⁸⁹.

Havendo essa margem interpretativa, invariavelmente, o julgador atuará com espaço para discricionariedade, que, é claro, está limitada pelas próprias regras do ordenamento jurídico^{190,191}. A cognição judicial, contudo, não deve, como vimos, estar aberta a contradições que prejudiquem não apenas a confiabilidade no sistema de justiça, mas a própria atividade judicante, que deve atender aos reclamos de estabilidade, isonomia e coerência¹⁹².

O direito brasileiro se sustenta por um tripé de normas jurídicas (dentro das quais estão as regras jurídicas e os princípios), doutrina e jurisprudência. Ou seja, a decisão judicial, como fonte do direito que é, tem a capacidade de orientar decisões posteriores sobre casos iguais. Consciente disso, o intérprete deve atuar com responsabilidade decisória não apenas por sua

¹⁸⁸ Em matéria de interpretação e aplicação normativa, Fernanda Vogt ressalta que “a norma é um produto da interpretação, uma reconstrução do texto; com ele, portanto, não se confundindo. A atividade de interpretar o texto legal assume papel criativo, tornando o texto ponto de partida para os sentidos que construirão a norma. Em outras palavras, o texto (enunciado linguístico) é diferente do resultado (a norma). Textos são, nas palavras de Humberto Ávila, “núcleos de sentido”, importantes principalmente porque limitariam a plena liberdade do intérprete, assim como fazem os valores do ordenamento jurídico – num bom exemplo, os princípios constitucionais. Na verdade, o texto seria apenas mais um elemento a ser combinado às circunstâncias do caso concreto (fatos) e ao sistema jurídico como um todo. VOGT, Fernanda. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 89.

¹⁸⁹ Na clássica lição de Giuseppe Chiovenda, “a atividade dos juízes dirige-se, pois, necessariamente a dois distintos objetos: exame da norma como vontade abstrata da lei (questão de direito), exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de fato)”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. n. 11. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 80.

¹⁹⁰ Humberto Santarosa define a discricionariedade judicial como “a zona de penumbra existente na norma positivada, na qual se verifica uma inexatidão e/ou incerteza do texto legal, seja na hipótese de incidência, seja na consequência normativa, conferindo ao magistrado uma margem de liberdade para complementar o direito no caso concreto”. OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e discricionariedade: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial*. 2014. 188 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 51.

¹⁹¹ Fazendo um contraponto ao uso da palavra, Teresa Arruda Alvim prefere usar o termo “liberdade de investigação crítica”, já que, segundo seu entendimento, não haveria diversas soluções possíveis ao julgador, como ocorre na esfera administrativa (discricionariedade administrativa), e sim uma melhor solução, com a subsunção do fato à norma: “Na esfera judicial, a norma que contém o conceito vago e que enseja ao intérprete (no caso, ao Juiz) exercício de atividade mental mais complexa que o mero esquema subsuntivo, é marcadamente tendente a dar origem a uma única solução, pois foi mesmo concebida com o fito de gerar um só resultado, à luz dos mesmos fatos e sob a mesma circunstância histórico-espacial-temporal”. ARRUDA ALVIM, Teresa. Existe a “discricionariedade” judicial. *Revista de Processo*. v. 70, p. 232-234. abr./jun. 1993.

¹⁹² Afinal, reprovase-se que, “sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância -, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécie semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. v. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 4.

projeção no caso que está julgando, mas também sobre todos os outros que podem ser impactados pela solução a que lhe foi dada¹⁹³.

Nesse contexto, a motivação das decisões judiciais tem especial relevância. Ao juiz, atribui-se não apenas o poder de criar e interpretar o direito, mas também, e anexo a ele, o dever de justificar suas decisões, evitando-se, assim, arbitrariedades, subjetivismos e autoritarismos.

Essa é, afinal, a norma do art. 93, IX, da CRFB/88, que eleva a direito fundamental a motivação das decisões judiciais, demonstrando sua importância não apenas pela sanção de nulidade à decisão imotivada, com impacto endoprocessual, mas também por sua repercussão para fora das barreiras do processo em que proferidas, atendendo à sociedade como um todo, sendo inerente à própria ideia de Estado Democrático de Direito¹⁹⁴.

A motivação das decisões traz também consigo o respeito ao contraditório. Significa dizer que é intrínseco à adequada motivação o respeito ao diálogo entre partes e órgão julgador, o que está insculpido nos artigos 9º e 10 do CPC, que prestigiam a manifestação das partes antes da tomada de decisão, inclusive aquelas que podem ser proferidas de ofício.

Acrescenta ao dever de motivação o art. 489, §1º, do CPC, ao estabelecer um rol não taxativo¹⁹⁵ de decisões que não podem ser consideradas fundamentadas. Isso porque uma decisão nula não é apenas a desprovida completamente de fundamentação – o que é raro –, mas também aquela que contém fundamentação deficiente, equivalendo, portanto, a uma não-fundamentação¹⁹⁶.

¹⁹³ Nas palavras de Teresa Arruda Alvim, “vê-se, portanto, que reconhecer-se na decisão judicial a função de precedente – e, portanto, a capacidade de orientar e mesmo determinar decisões posteriores sobre casos iguais – transforma-a em norma jurídica. Como norma, deve ser a mesma para todos, sob pena de se ver ignorada ou menosprezada a necessidade de isonomia (...) Quanto maior a liberdade de decisão do juiz, mais exacerbada se revelará a função de ‘norma’ de sua decisão, abrangendo, também, a função orientadora dos demais órgãos, sob pena de se ver ferido de morte o princípio da isonomia”. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?*. 5. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020. [E-book]

¹⁹⁴ “A concepção extraprocessual da motivação surge com este intuito, apresentar uma forma de a sociedade poder controlar e resguardar o ordenamento jurídico e impor aos magistrados um senso de responsabilidade ao decidir um caso sob sua apreciação. (...) Esta norma, presente no art. 93, IX, da CRFB/88, é uma das previsões mais importantes da Carta Magna brasileira, pois consagra não apenas uma diretriz jurídica, mas também política, afinal é ela quem permite sanar o abismo que existia entre a sociedade e o Poder Judiciário”. OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e discricionariedade: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial*. 2014. 188 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 127-128.

¹⁹⁵ FPPC, Enunciado 303: “As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 489 são exemplificativas”.

¹⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Comentários ao art. 489. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 710.

Trazendo este dever de motivação aos contornos do presente estudo, é evidente que a mudança de entendimento do julgador pressupõe a devida fundamentação, evitando-se e corrigindo-se contradições judiciais. O Direito, seja o legislado ou julgado, não é estático e, portanto, está sujeito a alterações considerando o tempo e contexto em que aplicado. Quando um julgador altera a sua interpretação a respeito de determinada questão de direito controvertida, deve mostrar as razões pelas quais mudou o seu entendimento, que não pode variar de acordo com subjetividades desprovidas de racionalidade e imparcialidade.

Por isso, conforme exposto no item 2.3.1.1 acima, defendemos que também deve ser considerada não fundamentada a decisão, monocrática ou colegiada, que altera diametralmente entendimento anterior daquele juiz ou órgão julgador, mesmo que essa decisão anterior não seja *enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente* (art. 489, § 1º, VI, do CPC).

Interessante exemplo de mudança de entendimento devidamente motivada pelo julgador foi com relação à matéria que, atualmente, está sendo julgada no STJ, pelo rito dos recursos repetitivos, a respeito da possibilidade de o julgador, diante de fortes indícios de prática de litigância predatória, determinar a emenda da petição inicial com documentos que comprovem a regularidade da demanda, sob pena de seu indeferimento¹⁹⁷.

Essa questão de direito se tornou controvertida, uma vez que foi objeto de diversos acórdãos em sentidos opostos perante o TJMG, suscitando, inclusive, a instauração de IRDR no âmbito do referido tribunal¹⁹⁸.

A controvérsia consistia no fato de que, enquanto algumas câmaras cíveis do TJMG negavam provimento a recurso de apelação contra a sentença que indeferiu a petição inicial, outras câmaras cíveis do mesmo tribunal davam provimento ao recurso sob o fundamento de que os documentos exigidos em primeira instância não consistiriam *documentos indispensáveis à propositura da ação* (art. 320 do CPC) e, portanto, sua não apresentação não poderia levar ao indeferimento da petição inicial previsto no parágrafo único do art. 321 do CPC.

Sabendo da ampla controvérsia e repetitividade a respeito da matéria e, claro, antes da instauração do IRDR, com a determinação de suspensão de todos os processos (art. 982, I, do

¹⁹⁷ STJ, REsp 2021665/MS (Tema Repetitivo 1198), cuja questão controvertida é “Possibilidade de o juiz, vislumbrando a ocorrência de litigância predatória, exigir que a parte autora emende a petição inicial com apresentação de documentos capazes de lastrear minimamente as pretensões deduzidas em juízo, como procuração atualizada, declaração de pobreza e de residência, cópias do contrato e dos extratos bancários”. Esse REsp Repetitivo é oriundo de IRDR sobre a mesma matéria, suscitado perante o TJMS, IRDR nº. 0801887-54.2021.8.12.0029/50000, Tema nº. 12, cujo acórdão fixando a tese jurídica e julgando o caso-piloto foi objeto de REsp, levando a discussão até a Corte Superior.

¹⁹⁸ TJMG, IRDR nº. 1.0000.18.111565-0/002, Tema nº. 66.

CPC), o relator da 12ª Câmara Cível do TJMG, cujo voto foi acompanhado por unanimidade pelos demais membros, deu provimento à apelação, reconhecendo expressamente que estava proferindo voto contraditório com suas manifestações anteriores, em que negava provimento à apelação, mas fundamentando a alteração:

Analizando os autos, noto que o Juízo de primeiro grau indeferiu a petição inicial, sob o fundamento de que a autora deixou de cumprir as diligências por ele determinadas, para carrear aos autos cópia de todas as iniciais ajuizadas no PJE e processos físicos, envolvendo as mesmas partes, a fim de verificar a existência de conexão, litispendência e coisa julgada.

Entretanto, apesar de em julgamento anterior ter me posicionado no sentido de manter a sentença neste sentido, tenho agora entendimento diverso, no sentido de que a sentença deverá ser cassada, isso porque, noto que no caso em tela, a conduta do Juízo sentenciante não se mostrou perfeitamente cabível ao exigir a comprovação da existência de outras demandas envolvendo as mesmas partes. De fato, é atribuição do escrivão do Juízo certificar nos autos a existência ou inexistência de outros processos envolvendo os litigantes, razão pela qual entendo que a autora não possui esse ônus¹⁹⁹.

Veja-se que, nesse caso, a mudança de entendimento é assumida e fundamentada ao longo do acórdão, permitindo que a decisão colegiada seja mais clara e completa, inclusive possibilitando que se perceba a controvérsia de direito a respeito do tema, o que, não por outro motivo, resultou na instauração posterior de IRDR no TJMG.

Eis aqui, portanto, a importância da motivação das decisões judiciais. O julgador pode alterar o seu entendimento anterior, mas, se o fizer, deve fundamentar essa mudança, uma vez que a regra é a coerência, com a proteção das legítimas expectativas criadas a partir de entendimento pretérito, sendo exceção a mudança de entendimento (sempre fundamentada).

¹⁹⁹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. DETERMINAÇÃO PARA JUNTADA DE DOCUMENTOS E DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE. COMARCA DE VARGINHA. PARTICULARIDADES. EXTINÇÃO DO PROCESSO. SENTENÇA CASSADA. De acordo com o Enunciado 1, do FONAJE, “O exercício do direito de ação no Juizado Especial Cível é facultativo para o autor”. O art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal prevê que a necessidade dos benefícios da justiça gratuita deve ser comprovada pela parte que a requer. Comprovando a parte a insuficiência de capacidade econômica para arcar com o pagamento das custas judiciais e das despesas do processo, sem prejuízo da própria subsistência e de sua família, deve ser concedida gratuidade de justiça. O descumprimento da determinação feita pelo Juiz para que a parte cumpra o disposto no art. 321, e seu parágrafo único do CPC, apresentando cópia da petição inicial de outras ações em curso, mesmo diante de certidão emanada pelo escrivão do Juízo afirmando inexistir outras demandas envolvendo as mesmas partes, não enseja o indeferimento da inicial. TJMG, *Ap. Cív. 1.0000.19.011127-8/001*, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. José Augusto Lourenço dos Santos, jul. 12.12.2019, grifou-se.

2.4 Contradição interna x contradição externa: uma proposta de diferenciação

Com base no que foi exposto até então, conclui-se que a contradição judicial pode ser verificada tanto em relação a decisões proferidas pelo julgador dentro do mesmo processo, como em relação a decisões que proferiu em processos distintos sobre a mesma questão.

Expostas as semelhanças e diferenças entre ambas, para a correta compreensão do próximo capítulo, propõe-se uma diferenciação entre os conceitos de contradição interna e de contradição externa que frequentemente são empregados pela doutrina e pela jurisprudência para explicar o tipo de contradição autorizadora de embargos de declaração previstos no art. 1.022 do CPC.

Ao longo das próximas páginas, chamaremos de contradição interna dois grupos de situações: aquela entre atos (comissivos e omissivos) praticados em um mesmo processo, à qual se aplica a preclusão lógica, e a contradição entre os elementos de uma mesma decisão. Esse último caso é a clássica contradição autorizadora de oposição de embargos de declaração pela regra do art. 1.022, I, do CPC, conforme será exposto no capítulo a seguir.

De outro lado, chamaremos de contradição externa a incompatibilidade entre decisões proferidas em processos distintos, mas pelo mesmo julgador, a respeito da mesma questão de direito controvertida. Por “mesmo julgador”, repita-se, considera-se a mesma pessoa (identidade física do juiz), quando se tratar de decisão monocrática, e, tratando-se de decisão colegiada, o órgão julgador que não teve alteração de mais da metade de seus membros²⁰⁰.

3 MEIOS IMPUGNATIVOS E PREVENTIVOS DO COMPORTAMENTO JUDICIAL CONTRADITÓRIO

Conforme tratado anteriormente, no direito civil, a principal consequência que a doutrina nacional e estrangeira atribui ao *nemo potest venire contra factum proprium* é a

²⁰⁰ Para Ticiano Alves e Silva, é verificada contradição externa quando “(i) um mesmo órgão julgador (identidade subjetiva) profere (ii) decisões diferentes (iii) sobre uma mesma questão de direito, (iv) sem justificar a mudança de entendimento”. SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e contradição externa. *Revista de Processo*, v. 238, p. 199-211, dez. 2014.

impeditiva, ou seja, de evitar o comportamento contraditório²⁰¹. No âmbito do Direito Processual Civil, da mesma forma, a vedação ao comportamento judicial contraditório tem por papel principal inibir a contradição que atenta contra o sistema processual.

Essa função preventiva, contudo, não é suficiente, uma vez que, na prática, os julgadores, como seres humanos que são, acabam se contradizendo. Deve haver, portanto, não apenas estímulos para evitar a contradição, mas também mecanismos de eliminá-la ou esclarecê-la quando se aperfeiçoa. Trataremos, em primeiro lugar, dos meios impugnativos.

3.1 Embargos de declaração: o clássico recurso contra a contradição

Com raízes constitucionais²⁰², os embargos de declaração se prestam a possibilitar que a prestação jurisdicional está sendo garantida aos jurisdicionados por meio de decisões “claras, completas, e coerentes *interna corporis*”²⁰³.

Os embargos de declaração são recurso²⁰⁴ de *fundamentação vinculada*, o que significa dizer que possuem como pressuposto de cabimento contra determinada decisão a alegação de existência de requisitos específicos previstos em lei, que, no seu caso, são os vícios contidos no art. 1.022 do CPC²⁰⁵. O entendimento é de que esses vícios comprometem a fundamentação da

²⁰¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 167.

²⁰² Tratando da função constitucional dos embargos de declaração à luz da legislação processual e do modelo cooperativo de processo, Rodrigo Mazzei ressalta que “garantias inseridas no seio da Constituição Federal de 1988 podem ser protegidas e concretizadas através do manejo dos embargos de declaração, como é o caso, por exemplo, do direito à motivação decisória (artigo 93, IX e X), da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, LXXXV) e da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII)”. MAZZEI, Rodrigo. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Londrina: Thoth, 2021. [E-book]

²⁰³ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?*. 5. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020. [E-book]

²⁰⁴ Não descuidamos do fato de que há posicionamento no sentido de que os embargos de declaração não têm natureza jurídica de recurso, dado que se prestariam a mero esclarecimento da decisão pelo próprio órgão prolator (por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 187). Em que pese as divergências, considerando o fato de que os embargos de declaração estão expressamente previstos no rol do art. 994 do CPC, que elenca os *recursos cabíveis*, entendemos que trata-se, sim, de recurso.

²⁰⁵ Significa dizer que o recurso sequer será conhecido se não for alegado algum desses vícios, o que, ressalta-se, é comum na prática forense, em que as partes buscam, com a oposição de embargos de declaração, verdadeira reconsideração da decisão ou, ao menos, dilação do seu prazo para interposição do recurso cabível (apelação ou agravo de instrumento, conforme o caso), considerando que os embargos de declaração, uma vez opostos, interrompem o prazo recursal (art. 1.026). Nesse sentido, é pacífico o entendimento do STJ de

decisão²⁰⁶, de modo que os embargos de declaração são a alternativa recursal adequada para *esclarecer* obscuridade, *eliminar* contradição, *suprir* omissão ou *corrigir* erro material.

O parágrafo único do art. 1.022 do CPC elenca as hipóteses em que uma decisão pode ser considerada omissa. Contudo, a respeito da contradição, não há texto legal definindo especificamente o que seria uma decisão contraditória que possa ser impugnada pela via dos embargos de declaração²⁰⁷.

Desse modo, coube à doutrina e à jurisprudência interpretar sistematicamente a norma para definir qual ou quais seriam as contradições a que faz referência. A conclusão foi de que a contradição impugnável pela via dos aclaratórios seria aquela entre elementos da própria decisão judicial – composta por relatório, fundamentação e dispositivo (art. 489 do CPC) –, ou seja, decorrente de conclusões racionalmente inconciliáveis entre si²⁰⁸, o que passou a ser denominado de contradição interna²⁰⁹.

que “Os embargos de declaração somente não interrompem o prazo para outros recursos quando intempestivos, manifestamente incabíveis ou nos casos em que oferecidos, com pedido de aplicação de efeitos infringentes, sem a indicação, na peça de interposição, de vício próprio de embargabilidade (omissão, contradição, obscuridade ou erro material)”. STJ, *AgInt no AREsp 2348108*, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 23.10.2023.

²⁰⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal*. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 294; e BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. [E-book]

²⁰⁷ No CPC/73, o art. 535 dispunha que caberiam embargos de declaração quando “houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição”, o que, pelo menos em uma primeira leitura, induzia à conclusão de que essa contradição seria referente ao conteúdo da própria decisão ou acórdão. No CPC de 2015, o termo “no acórdão” foi suprimido, passando a constar, no dispositivo referente ao recurso, tão somente que cabem embargos de declaração para *eliminar contradição*.

²⁰⁸ “O ponto nuclear para se aferir se existe contradição (ou não) é o exame da lógica das premissas do ato judicial, dentro de uma análise interna do que foi decidido sequencialmente para se verificar a existência de proposições díspares, sem encadeamento racional”. MAZZEI, Rodrigo. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Londrina: Thoth, 2021. [E-book]

²⁰⁹ Nesse sentido, a doutrina cita exemplos: “Existirá contradição nos fundamentos do ato quando o juiz declarar o autor parte legítima e, ao mesmo tempo, reconhecer a sua ilegitimidade para postular perante o réu. Ocorrerá contradição entre a motivação e o dispositivo se o juiz, reconhecendo a ilegitimidade de uma das partes, nada obstante julgar procedente o pedido formulado pelo autor. (...) Também pode ocorrer contradição entre a ementa e o corpo do acórdão ou entre proposições da própria ementa. (...) Finalmente, contradição ocorrerá entre o resultado do julgamento, proclamado pelo presidente da sessão e constante da tira ou minuta, e o acórdão lavrado.140 Às vezes, a discussão da causa no colegiado provoca a alteração do voto escrito do relator que, todavia, na oportunidade de redigir e assinar o acórdão, desatendendo à mudança, utiliza o projeto anteriormente elaborado”. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. [E-book]

Assim, convencionou-se não ser cabível a oposição dos embargos de declaração em caso de contradição externa, entendida como aquela entre a decisão e algum ou alguns dos argumentos, precedentes ou leis invocados pela parte em suas peças ao longo do processo^{210,211}.

Nesse contexto, na vigência do CPC/73, costumava-se afirmar que os embargos de declaração não poderiam resultar na alteração da decisão, mas tão somente na sua integração, corrigindo-se o(s) vício(s) alegado(s).

Contudo, a prática mostrou que não se pode ignorar o fato de que, certas vezes, ao *esclarecer* obscuridade, *eliminar* contradição, *suprir* omissão ou *corrigir* erro material, o julgador, invariavelmente, irá alterar conclusão da própria decisão embargada^{212,213}. É o que se denomina de *efeitos modificativos* ou *infringentes* dos embargos de declaração, que, aliás, com a entrada em vigor do CPC/15, passaram a ser expressamente previstos no § 2º do art. 1.023 e no § 4º do art. 1.024 do CPC²¹⁴.

²¹⁰ Já que, nesse caso, representa mero inconformismo, e não busca por integração da decisão. Nesse sentido: RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [E-book]

²¹¹ O entendimento pacífico do STJ é de que, “a contradição passível de ser sanada na via dos embargos declaratórios é a contradição interna, entendida como incoerência existente entre os fundamentos e a conclusão do julgado em si mesmo considerado, e não a contradição externa, relativa à incompatibilidade do julgado com argumento, tese, lei ou precedente tido pela parte embargante como acertado”. STJ, *EDcl no AgInt nos EDcl na Rcl 43275*, 1ª Seção, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, julg 18.4.2023. No mesmo sentido: “A contradição sanável por aclaratórios é aquela interna ao julgado embargado, a exemplo da grave desarmonia entre a fundamentação e as conclusões da própria decisão, capaz de evidenciar uma ausência de logicidade no raciocínio desenvolvido pelo julgador, ou seja, o recurso integrativo não se presta a corrigir contradição externa, bem como não se revela instrumento processual vocacionado para sanar eventual error in judicando”. STJ, *EDcl no EREsp 1213143*, 1ª Seção, Rel. Min. Regina Helena Costa, julg. 8.2.2023.

²¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal*. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 322-323.

²¹³ Esse é também o entendimento do STJ: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que os Aclaratórios, em regra, não permitem rejugamento da causa, e de que a atribuição de efeito modificativo somente é possível em hipóteses excepcionais, quando previamente identificada e constatada a existência de omissão, obscuridade ou contradição, assim como de erro material ou de adoção de premissa equivocada. Precedentes: REsp 1.702.014/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/11/2018; EDcl nos EDcl no AgInt na PET no REsp 1.685.054/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 28/2/2019”. STJ, *REsp 1792100*, 2ª Turma, Rel., Min. Herman Benjamin, julg. 4.6.2024.

²¹⁴ Pela regra de tais dispositivos, respectivamente, (i) o juiz deve, em respeito ao contraditório, intimar a parte embargada para se manifestar em 5 dias, caso o eventual acolhimento dos embargos de declaração *implique a modificação da decisão embargada*; e (ii) a parte que já tiver interposto recurso contra a decisão posteriormente modificada por embargos tem o direito de complementar suas razões recursais *nos exatos limites da modificação*.

Muito embora o referido recurso tenha função especialmente relevante não apenas para o processo em que interposto, mas também para a sociedade como um todo, não tem recebido o devido tratamento, seja pelas partes, seja pelos julgadores.

Quanto às partes, não é rara a oposição de embargos de declaração com caráter meramente protelatório, para se valerem do benefício da interrupção do prazo recursal previsto no art. 1.026 do CPC²¹⁵, bem como a oposição pretendendo, pela via inadequada, a reforma da decisão sem que tenha havido propriamente algum dos vícios autorizadores do art. 1.022 do CPC²¹⁶. Nesse último exemplo, revela-se a capacidade criativa das partes – leia-se de seus representantes legais – quando travestem de omissão, contradição, erro material e obscuridade determinado *error in iudicando* em seu favor²¹⁷.

De outro lado, com relação ao julgador, são frequentes as decisões genéricas de embargos de declaração, seja de rejeição, seja de não conhecimento. Aliás, não é raro ouvir a crítica de que juízes, desembargadores e ministros desgostam de decidir embargos de declaração, pois, na qualidade de revisores de suas próprias decisões, tendem a não reconhecer que seus pronunciamentos foram *omissos*, *contraditórios*, *obscuros* ou contiveram *erro material*²¹⁸.

Seja ou não por orgulho, fato é que muitas vezes a decisão que julga os embargos de declaração não é devidamente fundamentada, acarretando, inclusive, novos embargos de declaração contra a decisão que rejeitou o recurso sob o fundamento genérico de “estarem ausentes quaisquer dos vícios ensejadores dos aclaratórios”.

²¹⁵ Os parágrafos 2º a 4º do referido preveem expressamente a aplicação de multa por embargos de declaração protelatórios e reiterados, bem como a impossibilidade de admissão de novos embargos de declaração após dois outros anteriores manifestamente protelatórios.

²¹⁶ Sobre a aplicação de multa em caso de embargos de declaração protelatórios, Teresa Arruda Alvim pontua: “Compreende-se porque a preocupação do legislador tenha sido mais intensa no que diz respeito aos embargos de declaração protelatórios e não aos outros recursos. É que, embora se trate de um recurso de fundamentação vinculada, as possíveis razões que levam à interposição dos embargos de declaração – omissão, contradição, obscuridade e correção de erro material – podem significar, para o litigante malicioso, uma porta aberta para malabarismos verbais em que se pretende, por exemplo, demonstrar a existência de obscuridade, onde não há sequer suave e insignificante traço de falta de clareza”. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?*. 5. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020. [E-book]

²¹⁷ Bom retrato do inconformismo das partes com relação à decisão é a reiterada oposição de embargos de declaração sobre sucessivas decisões em embargos de declaração. A título de exemplo: STJ, *EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no Agrg no REsp 1168247*, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, jul. 17.8.2017.

²¹⁸ Tamanha é a desvirtuação do recurso, que também não é incomum ouvir de advogados que preferem não suscitar contradições em embargos de declaração, preferindo enquadrar o vício como omissão, sob o argumento de que os julgadores não recebem bem os vícios de contradição.

É preciso resgatar o valor desse recurso cujo conteúdo está sendo esvaziado de sentido perante os tribunais, evitando-se, assim, jurisprudência defensiva e atribuindo poder de alteração da decisão ao próprio órgão prolator.

Diante desse cenário, à luz das reflexões acima, pretendemos resgatar o valor dos embargos de declaração e ressignificar o seu cabimento em caso de contradição interna e externa.

3.1.1 Ressignificando o cabimento do recurso

A contradição judicial deve ser evitada e, como expressamente previsto no art. 1.022, I, do CPC, *eliminada*, quando for verificada. Fazendo uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, entendemos que são cabíveis embargos de declaração contra decisão que foi contraditória com pronunciamento anterior proferido no mesmo processo.

Se, por exemplo, foi proferida sentença julgando antecipadamente o mérito sob o entendimento de que o autor não provou os fatos constitutivos de seu direito, sendo que, anteriormente, foi indeferido seu pedido de produção de prova testemunhal por estarem devidamente comprovados documentalmente os fatos, são cabíveis embargos de declaração para *eliminar* essa contradição, que consiste em preclusão lógica.

Ou, ainda, no caso de omissão conclusiva tratada no item 2.2.4 acima, se determinada sentença extinguiu o processo por ilegitimidade ativa ou incompetência absoluta que havia sido suscitada anteriormente pela parte e não foi decidida no saneamento, houve preclusão lógica sobre a matéria, cabendo embargos de declaração para que o vício seja corrigido.

Entendemos que a contradição presente no conteúdo da preclusão lógica autoriza a oposição de embargos de declaração, dando ao julgador prolator da decisão contraditória a chance de modificá-la – o que, aliás, só pode mesmo ser feito via embargos de declaração (art. 949, II, do CPC) –, atribuindo-lhe efeitos infringentes.

Caso se interprete que a única contradição do art. 1.022, I, do CPC é aquela contida na própria decisão, estar-se-á prolongando o vício até o julgamento do recurso de apelação pelo Tribunal, impedindo que o próprio órgão julgador efetue essa correção, o que não parece ser a lógica do regramento processual, que preza por uma justiça eficiente, célere e menos custosa.

Dito de modo diverso, não parece lógico autorizar embargos de declaração com efeitos modificativos para *eliminar* contradição no conteúdo da própria decisão e não autorizar a

interposição do recurso para *eliminar* contradição do julgador entre suas próprias manifestações ao longo do processo.

A razão para a possibilidade de embargos de declaração nas duas hipóteses de contradição interna é a mesma: coerência e racionalidade do julgador com seus pronunciamentos no processo, seja na mesma decisão, seja em decisões distintas. O processo é um caminhar para a frente de atos, que devem ser considerados como um todo unitário e coerente. Os embargos de declaração são a via adequada para se pleitear coerência de quem mais se espera e em quem se espelha: o Estado-juiz²¹⁹.

Indo além, entendemos ser cabível a oposição de embargos de declaração em caso de contradição externa²²⁰.

Nesse caso, a contradição resulta em *venire contra factum proprium* do órgão julgador, como vimos no item 2.3, e, portanto, deve possibilitar a oposição de embargos de declaração. Sobre o tema, Ticiano Alves e Silva defende a possibilidade do recurso sob o fundamento de que a mudança de entendimento sobre determinada questão jurídica, seja do juiz de primeiro grau, seja do STF, deve ser fundamentada²²¹.

²¹⁹ Sob a perspectiva da função de saneamento das decisões atribuída aos embargos de declaração, que possibilita a prolação de pronunciamentos mais claros, completos e não contraditórios (sob pena de nulidade), Rodrigo Mazzei reforça que “o exame constitucional demonstra, em outro aspecto, que garantias inseridas no seio da Constituição Federal de 1988 podem ser protegidas e concretizadas através do manejo dos embargos de declaração, como é o caso, por exemplo, do direito à motivação decisória (artigo 93, IX e X), da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º. LXXXV) e da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII)”. MAZZEI, Rodrigo. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Londrina: Thoth, 2021. [E-book]

²²⁰ De forma semelhante, para Ticiano Alves e Silva, a contradição externa consiste na “incoerência decisória não justificada de determinado órgão julgador”, que, nas suas palavras, “qualifica-se como conduta contrária à boa-fé objetiva, porque o órgão julgador, sem sinalizar ou justificar, altera o seu entendimento anteriormente assumido sobre determinada questão de direito, surpreendendo as partes e traindo a confiança do jurisdicionado depositada na continuidade da interpretação do direito (...) Os embargos de declaração podem, nessa linha, desempenhar importante função no sistema precedentalista que se quer ter: estável, íntegro e coerente (art. 520 do NCPC). É que a oposição dos aclaratórios contra contradição externa tem o condão de constranger o próprio órgão julgador que nega a força de seus precedentes judiciais. O recurso, dessa maneira, tem finalidade verdadeiramente educativa, demonstrando que decidir corretamente é também decidir coerentemente e que responsabilidade decisória se tem com continuidade interpretativa, e não com fissuras decisórias”. SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e contradição externa. *Revista de Processo*, v. 238, p. 199-211, dez. 2014.

²²¹ “Seguir (os próprios) precedentes é questão de ética. É despertar no jurisdicionado o sentimento de confiança. A incoerência decisória trai essa confiança e viola, portanto, a boa-fé objetiva processual. O órgão julgador, ao decidir determinada questão, se autovincula, criando uma expectativa legítima no jurisdicionado em relação à continuidade daquela postura. Não pode voltar atrás ou mudar de entendimento sem justificação; esta justificação, uma vez apresentada, se sujeita a controle em grau recursal. (...) Curiosamente, no processo jurisdicional, com exceção dos tribunais uniformizadores de jurisprudência, não se tem essa preocupação de fazer com que o órgão julgador, seja de que instância for, obedeça a seus próprios precedentes, como se os juízes, assim como os administradores, não devessem proceder com lealdade e boa-fé, adotando-se posturas impessoais. (...) O direito à igualdade, o direito à motivação das decisões, o princípio da boa-fé objetiva, o direito à segurança jurídica e o sistema de precedentes são os fundamentos

Concordamos com o referido posicionamento no sentido de que devem ser admitidos embargos de declaração no caso dessa contradição externa. Ressalvamos, contudo, que essa hipótese já está prevista no art. 1.022, mas como *omissão*²²². Nesse caso, a contradição externa está no conteúdo da *omissão*, que ocorreu justamente porque a decisão embargada não enfrentou a decisão anterior invocada como *factum proprium* criador de legítima expectativa.

Isso porque, o próprio inciso II do parágrafo único do art. 1.022 dispõe que se considera omissa a decisão que *incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º*, que é, precisamente, o artigo que, tratando da necessidade de fundamentação das decisões, em seu inciso VI, dispõe que não se considera fundamentada a decisão que *deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte*. E, conforme defendido no item 2.3.2 acima, entendemos que tal dispositivo deve se aplicar a toda e qualquer decisão judicial.

Significa dizer que se, ao longo do processo, a parte invocou decisão pretérita do julgador na esperança de que o mesmo entendimento seria mantido, e posteriormente, foi dada outra solução àquela mesma questão jurídica, essa decisão contraditória é embargável, por força do, art. 1.022, PU, II, do CPC, considerando a *omissão* do julgador.

Outra hipótese é aquela em que, pela primeira vez, em embargos de declaração, a parte suscita contradição do julgador com decisão anterior de sua lavratura. Nesse caso, também são cabíveis embargos de declaração, mas por *contradição*, nos termos do art. 1.022, I, do CPC. Não se trata de *omissão*, já que a decisão anterior em sentido oposto não havia sido suscitada antes, mas, sim, de *contradição*, que se materializou a partir do momento em que invocada.

Nesse caso, mesmo tendo sido conhecida posteriormente, pode-se falar em *venire contra factum proprium*, pois, como entende Anderson Schreiber no âmbito do direito civil, a confiança que se pretende tutelar “não se forma no momento de prática da conduta, mas no momento de sua repercussão sobre o titular desta confiança”²²³.

normativos de tal entendimento. Afinal, decidir corretamente é também decidir coerentemente; responsabilidade decisória se tem com continuidade interpretativa. Qualquer mudança de entendimento sobre determinada questão jurídica, seja do juiz de primeiro grau, seja do Supremo Tribunal, deve ser precedida de justificação, de devida fundamentação, a fim de preservar a confiança depositada no órgão jurisdicional e manter-se a coerência decisória”. SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e contradição externa. *Revista de Processo*, v. 238, p. 199-211, dez. 2014.

²²² Acompanhando esse entendimento, Fredie Didier Jr. ressalta que “quando o juiz ou tribunal não dialoga com seus próprios precedentes, descumprindo o dever de referência, há omissão, prevista, aliás, no inciso I do parágrafo único do art. 1.022 do CPC”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal*. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 297.

²²³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 151. Para explicar a assertiva, Anderson Schreiber defende a possibilidade de *venire contra factum proprium* entre comportamentos simultâneos. Como

Ou seja, no caso da decisão contraditória com anterior que foi invocada pela parte em embargos de declaração, a contradição repercutiu na esfera jurídica do embargante antes de a decisão contraditória ser concluída, uma vez que a decisão que julga os embargos de declaração integra a própria decisão embargada, representando, uma única pronúncia. Há, portanto, *venire contra factum proprium* que autoriza a oposição de embargos de declaração.

Em ambos os casos de contradição externa, estar-se-á dando ao julgador prolator da decisão a chance de corrigir os vícios. No caso da omissão a respeito da contradição invocada pela parte, deverá o julgador fundamentar a alteração de seu entendimento, motivando a superação ou distinção (art. 489, § 1º, VI, do CPC) ou modificar a decisão (efeitos infringentes), *eliminando* a contradição. Da mesma forma, no caso dessa contradição ser invocada nos próprios embargos de declaração, estará o julgador obrigado a fundamentar a alteração do entendimento, caso preserve a contradição por distinção do caso ou superação do entendimento, ou corrigir essa incoerência, atribuindo efeitos infringentes aos embargos de declaração.

Em síntese, interpretamos que, em matéria embargos de declaração, a contradição autorizadora do recurso deve ser entendida da seguinte forma:

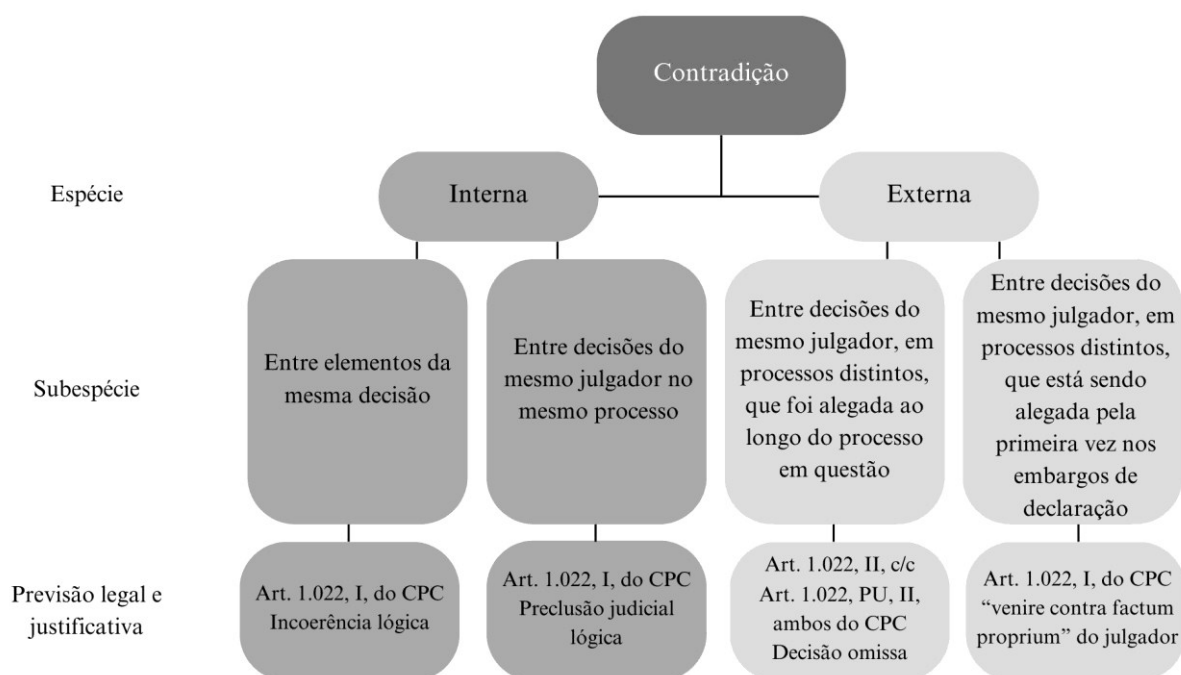


Figura 1 – Representação gráfica das contradições judiciais enfrentadas neste estudo

exemplo, o referido professor cita o caso de a Administração Pública proceder, simultaneamente, à licitação para alienação de um terreno e à ação declaratória de nulidade do processo licitatório. Nesse caso, o particular que tomou conhecimento da licitação e, só depois, veio a ser informado da ação declaratória de nulidade, é titular de uma legítima expectativa.

Todas essas hipóteses de contradição devem integrar o conteúdo daquela prevista como autorizadora de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022 do CPC. Essa interpretação não ofende a ordem jurídica. Muito pelo contrário. Ela decorre não apenas do próprio racional do recurso, que preza pela clareza, completude e coerência da decisão, mas também da própria boa-fé objetiva contida no art. 5º do CPC, que, como norma fundamental, orienta as condutas dos sujeitos processuais e a interpretação do texto normativo a partir dessas condutas.

Consultando os dados disponibilizados pelo CNJ no relatório do Justiça em Números 2024, referente ao ano de 2023, é possível constatar que, nos últimos seis anos, os embargos de declaração representaram entre 6% a 12% das decisões e sentenças firmadas em primeira instância²²⁴.

Analisando-se, ainda, o índice de recorribilidade interna, muito embora seja muito maior em segundo grau – isso se dá não apenas por haver outras hipóteses recursais, como, por exemplo, o agravo interno, mas também por ser o segundo grau a instância encarada como decisiva –²²⁵, a recorribilidade interna em primeira instância, com o manejo dos embargos de declaração, não assusta. Vejamos:

Série histórica dos índices de recorribilidade interna:

²²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 15 jul. 2024.

²²⁵ Significa dizer que, uma vez julgado o recurso de apelação, por exemplo, as demais hipóteses recursais, como recurso especial e extraordinário constituem recurso de fundamentação vinculada, em que só serão analisadas as eventuais violações à Constituição e à legislação federal.

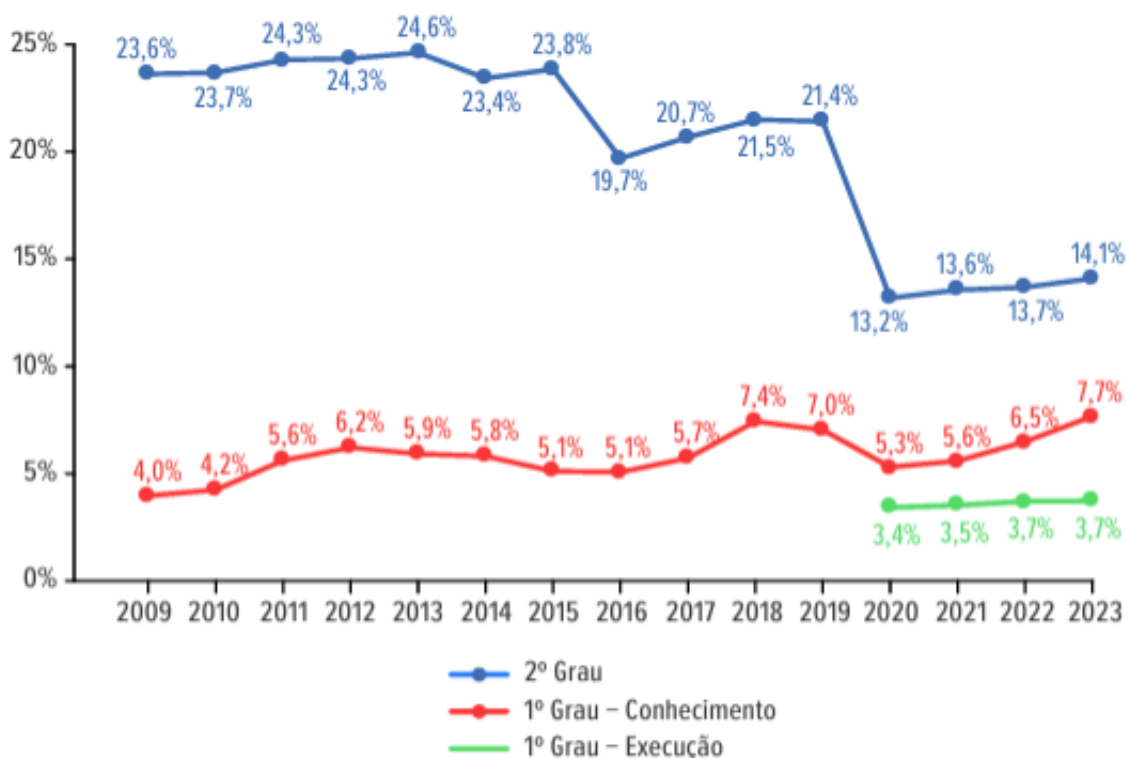


Figura 2 – Série histórica dos índices de recorribilidade interna.
Fonte: Justiça em números 2024.

Defender a ampliação das hipóteses de contradição previstas no CPC como autorizadora dos embargos de declaração não parece provocar uma crise no sistema processual, aumentando sobremaneira a interposição dos recursos.

Em primeiro lugar, pois, na prática, as partes já tendem a utilizar os embargos de declaração para suscitar contradições do julgador que não são a contradição entre elementos da própria decisão, casos que, para os fins estatísticos acima, foram considerados.

Em segundo lugar, pois os embargos de declaração não alteram o fato de que, ainda assim, contra a decisão impugnada, podem ser interpostos os recursos “externos”, como a apelação, o agravo de instrumento e os recursos especial e extraordinário, cada qual com sua hipótese de admissibilidade.

Por fim, e partindo dessa premissa de recorribilidade externa da decisão, os embargos de declaração podem e devem ser o recurso que municia as partes, o julgador e, sendo o caso, o juízo *ad quem* de elementos para que seja entregue a prestação jurisdicional adequada. Quanto mais bem fundamentada a decisão – sendo ela alterada ou não pela via aclaratórios – mais qualificada será a prestação jurisdicional. E esse é o maior papel dos embargos de declaração.

3.1.2 Consequências recursais da constatação do comportamento judicial contraditório

Vimos que existem quatro tipos de situações que devem autorizar a oposição de embargos de declaração por contradição: (a) a decisão com elementos (relatório, fundamentação e dispositivo) incoerentes entre si; (b) a decisão de matéria sobre a qual operou-se a preclusão judicial lógica; (c) a decisão que não enfrentou contradição externa invocada pela parte e que, portanto, é omissa; (d) a decisão que incorreu em contradição externa suscitada pela parte em embargos de declaração. Vejamos, agora, as consequências de cada uma delas.

No primeiro caso, trata-se de contradição que compromete a compreensão da própria decisão, como no exemplo de sentença que fundamenta a responsabilidade objetiva do réu, condenando-o a indenizar o autor pelos prejuízos a que deu causa, mas, em dispositivo, julga *improcedentes* os pedidos autorais.

Nesses casos, raras serão as vezes em que o julgador não corrigirá o seu próprio erro. Mesmo assim, na eventualidade de interposição do recurso de apelação pelo autor, seu pedido será de anulação da sentença, por *error in procedendo*, remetendo apenas esse vício ao tribunal, que, nos limites do que lhe foi devolvido e respeitando o princípio da *non reformatio in pejus*²²⁶, irá dar provimento à apelação para que seja mantido o entendimento da fundamentação da sentença, eliminando a contradição no dispositivo.

Na hipótese de configuração de preclusão judicial lógica, a consequência, após a oposição de embargos de declaração, deve ser o acolhimento do recurso com a atribuição de efeitos infringentes, para *eliminar* a contradição.

Lembremos o exemplo da decisão que extinguiu o processo por incompetência absoluta sem que essa matéria, ao ser trazida pelas partes, tivesse sido resolvida na decisão saneadora. Nesse caso, o julgador deverá acolher os embargos com efeitos infringentes e enfrentar o mérito. Desse modo, estará proferindo nova decisão, reconhecendo que a incompetência absoluta não poderia ter sido decidida por ele em sentença, já que operou a preclusão lógica.

Se, contudo, tais embargos de declaração forem indevidamente rejeitados, caberá apelação. O tribunal, por sua vez, deverá anular a sentença para determinar o retorno dos autos ao juiz de primeira instância para que enfrente o mérito, proferindo nova sentença, uma vez que

²²⁶ Nesse caso hipotético, estamos assumindo que o réu não interpôs apelação, apenas o autor. Evidente que, se o réu também recorre da sentença, poderá o tribunal exercer cognição sobre toda a matéria devolvida (art. 1.013 do CPC), dando, eventualmente, provimento ao recurso do réu para julgar improcedentes os pedidos autorais, sem que isso represente *reformatio in pejus* para o autor, já que houve recurso de ambas as partes.

a extinção do processo por incompetência absoluta, diante não reconhecimento da preclusão lógica judicial sobre a matéria, configura *error in procedendo*. Recebendo os autos novamente, o juiz, então, proferirá nova sentença, que, é claro, uma vez enfrentando o mérito, estará sujeita a nova apelação.

É o que ocorreu, por exemplo, nos julgados citados no item 2.2.3 acima, sobre preclusão lógica judicial, em que (i) a 3ª Câmara Cível do TJRJ anulou a sentença para determinar a análise das impugnações ao laudo pericial pela perita, já que, em decisão anterior, a determinação judicial foi de depósito dos 50% dos honorários periciais após o fim da perícia, não podendo o seu pagamento ser posteriormente entendido como condição para a análise das impugnações ao laudo²²⁷; (ii) a 1ª Câmara Cível do TJRJ entendeu pela anulação da sentença recorrida, determinando-se o retorno dos autos à primeira instância, sob o fundamento de que “ao considerar, em um primeiro momento, a desnecessidade de produção de novas provas e, em seguida, julgar improcedente a pretensão autoral em razão da ausência de prova, o Juízo de primeira instância adotou condutas diametralmente incompatíveis entre si”²²⁸; (iii) a Segunda Turma do STJ determinou o novo julgamento da apelação pelo Tribunal *a quo*, uma vez que tendo havido a determinação de suspensão do processo, não poderia ter havido publicação da decisão que julgou os embargos de declaração contra a sentença e, portanto, a inadmissibilidade do recurso de apelação por intempestividade²²⁹.

Por fim, nos casos “c” e “d”, em que é constatada a contradição externa do julgador, há duas consequências, uma vez opostos embargos de declaração: ou o julgador fundamenta a alteração de seu posicionamento, nos termos do art. 489, § 1º, VI, do CPC, integrando a decisão embargada com a devida motivação; ou o julgador, atribuindo efeitos infringentes aos embargos de declaração, *elimina* a contradição, proferindo nova decisão, alinhada com seu entendimento pretérito (*factum proprium*).

Caso isso não ocorra, é cabível a interposição de recurso de apelação, conforme o caso, mas, diferentemente do caso de reconhecimento de preclusão judicial lógica, em que a providência correta é a anulação da decisão recorrida, em caso de *venire contra factum proprium* do julgador, o tribunal deverá julgar o mérito, mantendo ou revertendo o entendimento.

²²⁷ TJRJ, *Ap. Cív.* 0190379-02.2014.8.19.0001, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Renata Machado Cotta, julg. 19.12.2019.

²²⁸ TJRJ, *Ap. Cív.* 0189205-79.2019.8.19.0001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Fabio Dutra, julg. 19.8.2021.

²²⁹ STJ, *REsp* 1.306.463, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 4.9.2012.

Na hipótese de a decisão continuar não se manifestando sobre a contradição invocada, sendo, portanto, *omissa*, nos termos do art. 1.022, PU, inciso II, do CPC, a necessária análise do mérito pelo tribunal sem a necessidade de remessa dos autos ao juízo *a quo* decorre do próprio reconhecimento de ausência de fundamentação da sentença, previsto no art. 1.013, § 3º, IV, do CPC. Ou seja, o tribunal irá reconhecer o vício de fundamentação da sentença, anulando-a por *error in procedendo*, mas prosseguirá com a apreciação do mérito²³⁰.

De outro lado, caso o juízo *a quo*, após a oposição dos aclaratórios, mantenha a sua decisão fundamentando a alteração de seu entendimento, nos termos do art. 489, § 1º, VI, do CPC, terá havido o enfrentamento do vício, cabendo ao Tribunal enfrentar o mérito, mantendo ou reformando a sentença. Nesse caso, diferentemente do anterior, em que houve vício de fundamentação, se o tribunal entender que a questão jurídica deve ser resolvida da mesma forma que a decisão anterior do juízo *a quo* (*factum proprium*) ou até mesmo de uma terceira forma, estará reformando a sentença por *error in iudicando*.

3.2 Tutelando a legítima expectativa: incentivo à publicidade das decisões judiciais

Para que sejam configurados tanto o *venire contra factum proprium* do julgador quanto a preclusão judicial lógica, que dele decorre, é necessária a criação de legítima expectativa pelas partes. Significa dizer que, tanto em casos de contradição dentro do processo, como em casos de contradição entre processos distintos, o julgador criou nas partes, a partir de uma conduta anterior, a confiança de que o mesmo sentido objetivo seria mantido²³¹.

Nas hipóteses de preclusão lógica, verifica-se a criação de legítima expectativa a partir da própria decisão pretérita. Ou seja, ao emitir determinado pronunciamento em uma decisão judicial, o julgador se comunica com as partes e estabelece com elas um diálogo nesse procedimento composto por atos sucessivos, coordenados e, claro, coerentes entre si.

Ora, se o julgador entendeu que os fatos estavam devidamente comprovados documentalmente, indeferindo pedidos de produção de provas, não poderá, na sequência, julgar

²³⁰ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Comentários ao art. 1.013. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1515-1516.

²³¹ “Ora, sob o prisma funcional, sabe-se que uma das missões precípuas do Direito consiste em estabilizar e assegurar expectativas, como, aliás, acontece com qualquer ordenamento que pretenda ter como efeito a estabilidade e a previsibilidade das acções”. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 425.

antecipadamente o mérito entendendo que o autor não comprovou os fatos constitutivos de seu direito.

As decisões judiciais criam nas partes uma expectativa de coerência, de *integridade*, e, mesmo aquelas que não são vinculantes por força de lei, a partir do momento em que criam essa legítima expectativa, tornam-se vinculantes pela boa-fé objetiva, que deve orientar todos aqueles que participam do processo (art. 5º do CPC).

Dentro do processo, nesse canal de diálogo, portanto, é mais fácil de visualizar a criação de legítima expectativa pelas partes. Fora do processo, contudo, ela só é aferível a partir do momento em que as partes demonstram conhecer posicionamento divergente anterior daquele julgador.

Se, por exemplo, após a interposição de recurso de apelação, a parte que sucumbiu alega que localizou sentença do mesmo magistrado que sentenciou seu caso e em sentido diametralmente oposto, pouco valerá essa constatação em termos práticos. Isso porque a matéria já foi remetida ao Tribunal por meio de apelação com ampla devolutividade, permitindo ao juízo *ad quem* que reforme ou não a sentença no mérito, tendo ou não havido contradição do juízo *a quo*. Significa dizer que a contradição posteriormente constatada não é capaz de provocar a anulação da sentença.

De outro lado, caso essa parte tivesse localizado esse posicionamento contraditório anteriormente à sentença ou após a sua prolação, mas ainda em prazo para embargos de declaração, poderia invocá-lo para fins de atribuição de efeitos infringentes aos aclaratórios, ou, ao menos, para impulsionar o julgador a motivar a alteração de seu entendimento, contribuindo, dessa forma, para uma prestação jurisdicional mais coerente e fundamentada.

Sendo assim, para que eventualmente se verifique a contradição externa, é de suma importância a atuação diligente dos advogados na pesquisa de decisões pretéritas, que, decerto, têm o papel mencionado de criar legítima expectativa. Assim, torna-se especialmente relevante a ampla divulgação das decisões judiciais por parte dos sítios eletrônicos dos tribunais de justiça.

E, por decisão judicial, leia-se todas elas: monocráticas, colegiadas, sentenças, decisões interlocutórias, e sempre com filtro por magistrado (pessoa física). Afinal, o art. 93, IX, da CRFB/88 (o mesmo que prevê a motivação das decisões judiciais) é expresso ao determinar que *todos* os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos.

Como exposto no item 2.3.1.2 acima, todos ganham com a ampla divulgação das decisões judiciais: as partes, pois podem verificar se há posicionamento daquele julgador sobre a questão de direito controvertida em seu processo. Os juízes de primeira instância,

desembargadores e ministros, pois, além de poderem garantir uniformidade de julgamento, podem consultar como seus pares estão decidindo sobre determinada matéria. E a sociedade, que aumentará seu grau de confiança no Poder Judiciário, evitando-se, assim, que o processo seja uma verdadeira “loteria judiciária”, em que ganhar ou perder deixa de ser uma questão de sorte²³².

Nesse sentido, permitimo-nos sugerir que o CNJ, como instituição aperfeiçoadora do Poder Judiciário brasileiro, regulamente a necessidade de os tribunais publicizarem, por meio de ferramenta de busca semelhante à de pesquisa jurisprudencial, as sentenças e decisões interlocutórias dos magistrados de primeira instância, assim como já fazem em relação aos acórdãos dos órgãos colegiados.

A partir do momento em que se reconhece que toda decisão judicial pode e deve criar legítima expectativa e que o comportamento judicial contraditório é uma realidade à qual todo e qualquer ser humano está sujeito, deve-se encarar com menos resistência os mecanismos de prevenir, esclarecer e corrigir a contradição judicial no processo.

CONCLUSÃO

O comportamento contraditório é inerente ao próprio estar em sociedade. Ao longo do primeiro capítulo, foi possível verificar a influência que a contradição exerce sobre as ciências, desde os raciocínios lógico-matemáticos até o desenvolvimento das dinâmicas sociais e políticas. No direito processual, a conclusão não é diferente. A contradição e o comportamento contraditório que a provoca são uma realidade à qual todos aqueles que participam do processo estão sujeitos. Dentre eles, é claro, o julgador.

Admitir a possibilidade de contradição judicial não significa, contudo, tutelá-la. Pelo contrário. Como titular do poder de prestar a jurisdição, o juiz assume o papel não apenas de coordenador da dinâmica processual, mas também de *standard* de conduta em termos de coerência, boa-fé processual e cooperação. Assim, a afirmação de que o julgador deve ser coerente em seus pronunciamentos decorre da própria concepção de Estado Democrático de

²³² BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso. A contradição externa e o venire contra factum proprium do juízo. *Revista de Processo*, v. 245, p. 79-118. jul. 2015. p. 30. No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador. JusPodivm, 2018. p. 1392.

Direito, em que o Estado-juiz é autoridade, mas é também partícipe do devido processo legal (leal), tutelando a confiança do jurisdicionado, fundamentando suas decisões, rumando, enfim, ao lado das partes, em direção à solução do objeto litigioso.

Ao longo do primeiro capítulo, resgatando a origem da vedação ao comportamento contraditório no direito civil, mais especificamente, na figura do *venire contra factum proprium*, concluímos que também se aplica ao direito processual e, por consequência, ao julgador. Nesse sentido, investigamos as normas processuais que admitem e vedam o comportamento processual contraditório, concluindo que, nas que vedam, a razão de ser está precisamente na proteção das legítimas expectativas oriundas da boa-fé processual (objetiva).

Avançando para o segundo capítulo, explorou-se a figura da preclusão para o juiz ou preclusão judicial, comprovando-se que, desde sua concepção originária em Chiovenda, se aplica não apenas às faculdades, mas também aos poderes. Ainda nessa matéria, diferenciou-se o conceito de preclusão judicial do de preclusão *pro iudicato*, utilizado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência para tratar do mesmo fenômeno de perda de poderes processuais.

Na sequência, avançamos para a análise detida das espécies de preclusão aplicadas ao julgador, concluindo que, assim como as partes processuais, também está sujeito a prazos preclusivos (preclusão temporal), não pode praticar novamente um ato já consumado (preclusão consumativa) e, no que é mais relevante ao presente estudo, não pode praticar atos contraditórios entre si (preclusão lógica).

Enfrentamos também o tema da preclusão a partir da omissão judicial, concluindo que, nos casos de *omissão conclusiva*, opera-se também o fenômeno preclusivo. Como exemplo, entendemos que precluem as nulidades absolutas não decididas no despacho saneador, mas suscitadas anteriormente pelas partes processuais, em contestação ou réplica, dado que a omissão quando do saneamento criou a legítima expectativa de que a questão não seria decidida no futuro.

Com relação às exceções à preclusão judicial, ou seja, aos casos em que não é possível falar em perda de poder decisório, concluímos que se aplicam às decisões relativas a (i) juízo de retratação; (ii) tutelas provisórias; (iii) poderes administrativos do juiz; (iv) reconsideração de indeferimento de pedido de produção de prova; e (v) determinação de produção de prova após o saneamento do processo.

Ultrapassando as barreiras do mesmo processo, âmbito em que a preclusão encontra limite, investigamos a possibilidade de aplicação do *venire contra factum proprium* ao julgador para vedar a contradição externa, ou seja, aquela proferida pelo mesmo julgador, em processos

distintos, a respeito da mesma questão de direito controvertida, e sem a devida motivação para alteração.

Após a aplicação dos requisitos da doutrina civilista, concluímos que a figura também deve incidir sobre o julgador, entendido como a mesma pessoa física, no caso de sentenças e decisões monocráticas, e, no caso de decisões colegiadas, órgão julgador que não teve sua composição alterada em mais da metade de seus membros.

A partir do que foi exposto, defendemos a oposição de embargos de declaração em caso de contradição interna e externa, dado que, pela própria lógica do sistema processual, a contradição a que o art. 1.022, I, do CPC faz referência não é apenas a contradição entre elementos da própria decisão embargada.

Chegamos, então, a quatro tipos de situações que devem autorizar a oposição de embargos de declaração por contradição: (a) a decisão com elementos (relatório, fundamentação e dispositivo) incoerentes entre si; (b) a decisão de matéria sobre a qual operou-se a preclusão judicial lógica; (c) a decisão que não enfrentou contradição externa invocada pela parte e que, portanto, é omissa; (d) a decisão que incorreu em contradição externa suscitada pela parte em embargos de declaração.

Assim, propusemos resgatar o valor desse recurso que não apenas tutela a clareza, a coerência e a completude das decisões, mas também dá ao órgão prolator da decisão contraditória a chance de *eliminar* a sua própria contradição, atribuindo efeitos infringentes aos aclaratórios.

Analisadas a doutrina e a jurisprudência em matéria de comportamento judicial contraditório, investigamos as consequências recursais de anulação ou reforma a partir da constatação do comportamento judicial contraditório pelo juízo *ad quem*.

Por fim, a partir da noção de que o comportamento judicial contraditório só é reprovável porque viola a legítima expectativa criada a partir de uma conduta anterior, fica clara a necessidade de criar, cada vez mais nos jurisdicionados e no Poder Judiciário como um todo, uma cadeia de vinculação a partir da boa-fé objetiva.

Dito de modo diverso, é preciso incentivar a criação de legítima expectativa e, para tanto, a publicidade das decisões judiciais; não apenas as colegiadas, mas também as sentenças e decisões interlocutórias capazes de produzir contradição, o que justifica o desenvolvimento de uma base de pesquisa sólida perante os sítios eletrônicos dos tribunais de justiça brasileiros.

O processo é um diálogo entre as partes e para as partes e a sociedade. Nessa comunicação, mesmo que, em certas hipóteses, seja facultado ao juiz reconsiderar certos

posicionamentos, o caminho é sempre para frente, em atos sucessivos, coordenados, fundamentados e, claro, coerentes.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. Acesso à justiça, contraditório e fundamentação da sentença. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et al.. (coord.). *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

_____. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?*. 5. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020. [E-book]

_____. Existe a “discrecionalidade” judicial. *Revista de Processo*. v. 70, p. 232-234. abr./jun. 1993.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. [E-book]

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

BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, a. 52, n. 158, mar./abr. 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. v. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Temas de direito processual: segunda série*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2023.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso. A contradição externa e o venire contra factum proprium do juízo. *Revista de Processo*, v. 245, p. 79-118. jul. 2015.

BARTLE, Robert Gardner. *The elements of real analysis*. v. 2. Nova York: Wiley, 1964.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 12, p. 169-225, out./dez. 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. [E-book]

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, v. 126, p. 59-81, ago. 2005.

_____. Questões processuais no julgamento do mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matéria de ordem pública. *Revista dos Tribunais*, v. 933, p. 131, jul. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Comentários ao art. 1.013. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. n. 11. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 15 jul. 2024.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo*. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

COSTA, Susana Henriques da. Comentários ao art. 331. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2012. [E-book].

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Comentários ao art. 485. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Comentários ao art. 489. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. v. 1. Salvador. JusPodivm, 2017.

_____. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no Processo Civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, a. VI, n. 32, p. 32-42, set./out. 2009.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12. ed. Salvador. JusPodivm, 2017.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal*. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

FACCI, Lucio Picanço. A proibição do comportamento contraditório no âmbito da administração pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas. *Revista da EMERJ*, v. 14, n. 53, p. 197-229, 2011.

FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional*: em busca de um modelo de juiz leal. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GOTTLIEB, Paula Louise. Aristotle on Non-contradiction, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/aristotle-noncontradiction/>>. Acesso em: 2 out. 2023.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: Repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, p. 217-236, abr./jun. 2012.

_____. Princípios Contratuais e Exigência de Fundamentação das Decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opin. Jur.*, Fortaleza, a. 14, n. 19, p. 33-57, jul./dez. 2016.

LARENZ, Karl. *Derecho civil – parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Boa-fé no processo civil*: um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio. 2023. 316 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARX, Karl. *O capital*. Livro 1. v. 1 e 2: O processo de produção do capital. José Olympio, 2016.

MAZZEI, Rodrigo. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Londrina: Thoth, 2021. [E-book]

MAZZOLA, Marcelo. *Silêncio do juiz no processo civil: inércia, omissão stricto sensu e inobservância*. São Paulo: JusPodivm, 2023.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et al.. (coord.). *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2013.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, p. 83-97, jul./dez. 2015.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador. JusPodivm, 2018.

_____. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium. *Revista de Processo*, v. 168, p. 331-346. fev. 2009.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Motivação e discricionariedade: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial*. 2014. 188 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. 2. ed. Barcelona: J. M Bosch Editor, 2012.

PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 4, v. 16, p. 135-182, out./dez. 2003.

RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [E-book]

ROMEU, Talita Macedo. *A proibição do comportamento contraditório aplicada ao direito processual civil*. 2012. 124 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2012.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; COITINHO, Jair Pereira. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do estado democrático de direito e sua incidência sobre o novo código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 254, p. 45-71, abr. 2016.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Comentários ao art. 357. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e contradição externa. *Revista de Processo*, v. 238, p. 199-211, dez. 2014.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____; _____. *Fundamentos do Direito civil*. 1. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, v. 784, p. 11-28. fev. 2001.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Processo cautelar*. 24. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. 2014. 281 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014.

VOGT, Fernanda. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2021.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

STF, *AI 529.733/RS*, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 17.10.2006.

STJ, *AgInt no AREsp 2348108*, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 23.10.2023.

STJ, *AgInt no REsp 1285886*, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 2.10.2018.

STJ, *AgInt no REsp 1892684*, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 20.3.2023.

STJ, *AgInt no REsp 2007442*, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 27.6.2022.

STJ, *EDcl no AgInt nos EDcl na Rcl 43275*, 1ª Seção, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, julg. 18.4.2023.

STJ, *EDcl no EREsp 1213143*, 1ª Seção, Rel. Min. Regina Helena Costa, julg. 8.2.2023.

STJ, *EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1168247*, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julg. 17.8.2017.

STJ, *REsp 1.306.463*, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 4.9.2012.

STJ, *REsp 1792100*, 2ª Turma, Rel., Min. Herman Benjamin, julg. 4.6.2024.

STJ, *REsp 2019150*, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 14.2.2023.

STJ, *REsp 2021665/MS* (Tema Repetitivo 1198).

TJCE, *Ap. Cív. 0171572-52.2018.8.06.0001*, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maria do Livramento Alves Magalhães, julg. 28.3.2023.

TJMG, *Ap. Cív. 1.0000.19.011127-8/001*, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. José Augusto Lourenço dos Santos, julg. 12.12.2019.

TJMG, *Ap. Cív. 1.0056.14.006889-3/001*, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Versiani Penna, julg. 14.11.2019.

TJMG, *IRDR nº. 1.0000.18.111565-0/002*, Tema nº. 66.

TJMS, *IRDR nº. 0801887-54.2021.8.12.0029/50000*, Tema nº. 12.

TJPE, *Ap. Cív. 0000122-14.2019.8.17.2260*, 1ª Turma da Câmara Regional de Caruaru, Rel. Des. Silvio Neves Baptista Filho, julg. 12.2.2021.

TJRJ, *Ap. Cív. 0005105-27.2017.8.19.0205*, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes, julg. 13.2.2020.

TJRJ, *Ap. Cív.* 0189205-79.2019.8.19.0001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Fabio Dutra, julg. 19.8.2021.

TJRJ, *Ap. Cív.* 0190379-02.2014.8.19.0001, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Renata Machado Cotta, julg. 19.12.2019.

TJSP, *AI n.º* 2201291-22.2020.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Moreira Viegas, julg. 5.10.2020.

TJTO, *Ap. Cív.* 0039421-38.2017.8.27.2729, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Eurípedes Lamounier, julg. 15.2.2023.