

A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – REFLEXOS NA ATUAÇÃO DOS ADVOGADOS PÚBLICOS – NECESSIDADE DE UMA ATUAÇÃO JUDICIAL COERENTE¹

Rafael Santos de Barros e Silva²

Introdução 1. A Teoria dos Atos Próprios 1.1 *VCFP*, Princípio da Boa-fé e Princípio da Legítima Confiança 1.2 Pressupostos para aplicação do *vcfp* 2. Aplicação aos atos da Administração Pública 3. Aplicação da teoria dos atos próprios aos atos processuais 4. Aplicação da teoria na contradição entre atos judiciais e extrajudiciais – necessidade de uma postura coerente dos advogados públicos em relação aos atos da Administração 5. Efeitos da aplicação do *vcfp*. Conclusões

Introdução

O objetivo do presente artigo é analisar a aplicação da Teoria dos Atos Próprios, sintetizada no brocardo *venire contra factum proprium*, aos atos da Administração Pública e a consequência que isso traz para a atuação dos advogados públicos, representando, em certa medida, uma restrição, legítima, à independência técnica dos procuradores.

A Teoria dos Atos Próprios apresenta-se como uma manifestação do Princípio da Segurança Jurídica, na medida em que busca conferir coerência e confiabilidade ao tráfego jurídico e deve ser aplicada, também aos da Administração Pública, sejam eles extrajudiciais e ou processuais (judiciais).

A expressão *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição de contradição com um comportamento assumido anteriormente pelo exercente. A ninguém é permitido se valer de um direito em contradição com sua conduta anterior, quando esta,

¹ Artigo aprovado no XXXIX Congresso Nacional dos Procuradores de Estado promovido pela ANAPE, 2013.

² Procurador do Distrito Federal desde 2008. Mestre em Direito (2012). Professor de Direito (desde 2005).

Advogado da União (2005-2008). Assessor de Ministro do STJ (2007-2008).

interpretada objetivamente, nos termos da lei, dos bons costumes ou da boa-fé, leva à conclusão de que seria mantida.

Na medida em que a Fazenda Pública adota uma determinada postura administrativa, não lhe cabe contraditá-la em juízo simplesmente com o objetivo de sair vencedora em uma determinada demanda.

A postura judicial do ente público deve estar em consonância com seus atos e orientações internas e a imagem que o seu órgão de representação judicial constrói perante o Poder Judiciário muito decorre da postura que é adotada em juízo quando surgem situações de contradição.

Ainda que tenha a Teoria dos Atos Próprios uma origem privatista, o dever de coerência decorre de um compromisso ético que por todos deve ser assumido, não havendo razões para dele excluir os agentes públicos, ao contrário.

Assim, não obstante a independência técnica ínsita à função institucional dos advogados públicos, suas atuações devem mostrar-se coerentes com os atos pretéritos da Administração e dos quais tenham decorrido legítimas expectativas à contraparte.

No presente escrito, far-se-á uma explanação a respeito da teoria, sua aplicação aos atos da Administração Pública e, especificamente, aos seus atos judiciais/processuais que são praticados por procuradores públicos.

1. A Teoria dos Atos Próprios

A base da teoria está no fato de que a adoção de uma determinada conduta justifica determinada conclusão ou crença de que não se exercitará um determinado direito ou, ao contrário, que será ele exercitado nos termos da postura anterior.

A teoria, ou também chamada de doutrina, dos atos próprios impõe a inadmissibilidade ou vedação de ir contra seus próprios atos, representando, tecnicamente, um limite ao exercício de um direito reconhecido àquele que pretende mudar seu comportamento. Paralisa a atuação de uma pessoa sem que ela tenha manifestado a vontade de renunciar direitos.

O que se busca com a Teoria dos Atos Próprios é proteger a legítima confiança³ que fora depositada por alguém nos atos praticados por outrem. Essa teoria, com diferentes

³ O Princípio da Confiança Legítima também se afirma como um postulado independente e distinto do *vcfp*, apesar de possuírem um mesmo sustento jurídico. A doutrina aponta como distinção o fato de o PCL não exigir um ato concreto sobre o qual deva recair, não exigir a existência de uma relação jurídica entre o sujeito prejudicado e o órgão violador da confiança e pelo fato de o PCL ser direcionado especificamente à atuação da

fórmulas e pronunciamentos, é uma derivação direta do Princípio da Boa-Fé Objetiva, uma vez que agir incoerentemente viola as expectativas da outra parte de uma relação, daí a conduta contraditória é uma violação ao princípio.

O *vcfp* exige dois comportamentos lícitos de uma mesma pessoa que, diferidos no tempo, mostram-se contraditórios. Assim, busca-se proteger os cidadãos de situações de surpresa ou, mesmo, emboscada.

A teoria dos atos próprios funciona como uma expressão da confiança na relação jurídica, concretizando a cláusula geral da boa-fé. Essa teoria não representa uma vedação específica de dolo, pois ambos os atos praticados são, em si, lícitos, a ilicitude está na contradição entre eles existente.

A proibição do *vcfp* é uma reprovação de exercícios de direitos e posições jurídicas inconciliáveis, por serem incoerentes. A preocupação não é a de manter o *status* gerado pela primeira posição, mas, antes, proteger aqueles que nela confiaram e pautaram suas condutas.

O rol de manifestações que configuram *vcfp* é, por demais, extenso, diante da multiplicidade de casos que surgem no seio da sociedade.

A origem do instituto está no Direito Romano onde, apesar de inexistir uma regra geral que vedasse o *vcfp*, havia uma singularidade de casos onde esse tipo de comportamento era proscrito. Assim, a vedação era aplicada para situações como a da servidão ineficaz, por não ter sido confirmada por todos os co-proprietários do prédio serviente na sua constituição, não pode ser invalidada por aqueles que com ela consentiram; a aceitação de cumprimento de obrigação inválida por falta de forma que não poderia contrariada; a impossibilidade do *pater* impugnar, por incapacidade, o testamento da filha morta que não fora emancipada, mas que sempre por ele fora tratada como sendo⁴.

1.1 VCFP, Princípio da Boa-fé e Princípio da Legítima Confiança

O *vcfp*, o Princípio da Boa-fé e o Princípio da Legítima Confiança, são institutos correlatos que buscam concretizar a segurança jurídica conferindo previsibilidade e estabilidade às relações jurídicas, mas possuem peculiaridades próprias.

A máxima do *vcfp* expressa de forma imediata a essência da obrigação de o sujeito comportar-se de acordo com a boa-fé para não se admitir efeitos jurídicos aos atos que

Administração Pública. PITTATORE, Pamela. **El Principio Jurídico de La Legítima Confianza y La Interpretación Judicial Del Decreto de Desregulación Económica a Nueve Años de su Dictado** in Actualidad en el Derecho Público, Volumen 12. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 177

⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2007. p. 743.

contradizem com condutas anteriores que geraram legítima confiança em terceiros. WIEACKER afirma que a partir do *vcfp* todo o Princípio da Boa-fé seria iluminado.⁵ De fato, a exigência de coerência imposta pelo *vcfp* poderia abarcar todas as situações que representam violação ao Princípio da Boa-fé, nada obstante, tendo em vista a multiplicidade dessas, o *vcfp* acabou por restar especialmente caracterizado, distinguindo-se de outras manifestações do PBF.

O PBF representa um enunciado geral, sendo o *vcfp* uma de suas manifestações. Assim, quando se fala em Princípio da Boa-fé, tem-se um preceito geral do direito que impõe a todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade o dever de comportar-se de boa-fé⁶ em suas relações recíprocas, com lealdade não só na fase prévia, mas também no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas. Tal princípio possui um alcance absoluto, no sentido de irradiar sua influência em todas as esferas, em todas as situações e em todas as relações jurídicas.⁷ Daí o caráter abrangente do Princípio da Boa-fé que deve dominar todo o tráfego jurídico, não estando restrito à órbita do direito privado, estando também incluso no direito público.⁸

O Princípio da Proteção da Confiança, por seu turno, está relacionado à exigência dirigida especificamente aos agentes públicos de não frustrar, mediante decisões contraditórias, uma expectativa daqueles que se relacionam com o Estado. Ou seja, diversamente do Princípio da Boa-fé e do *vcfp* que podem ser invocados tanto pelo Poder Público quanto pelo particular, o Princípio da Proteção só oferece proteção em um único sentido: Em favor do particular que se relaciona com o Estado.⁹ Ademais, essa proteção pode se dar, inclusive, frente a atos ilegais praticados pela Administração.¹⁰

Dentro dessas acepções, poder-se-ia enquadrar o PBF como o enunciado mais abrangente e o *vcfp* e o Princípio da Proteção da Confiança como manifestações específicas dele. Nada obstante, há quem entenda que o PBF apenas poderia ser aplicado para relações jurídicas concretas, enquanto que o Princípio da Proteção da Confiança poderia ser aplicado tanto para as concretas quanto para as abstratas e então, nesse ponto, o último é que seria mais

⁵ WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. 2ª edição. Cuadernos Civitas. Madrid: Editorial Civitas, 1982. p. 60-61.

⁶ Não se deve confundir Boa-fé – conceito aberto e indeterminado consistente em uma noção psicológica, intelectual, de convicção de estar atuando conforme o direito - com o Princípio da Boa-fé.

⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos propio – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009. p. 63.

⁸ CAMPS, Carlos Enrique; NOLFI, Luis María; NOLFI, Martín Miguel. **La doctrina de los propios actos como garantía de La solidaridad social in La Ley**. Buenos Aires: 1996-B, p. 781.

⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 36-37.

¹⁰ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001. p. 31

abrangente.¹¹ Alguns apontam, também, a aplicação restrita do PBF às relações privadas¹², com o que não se concorda diante da ausência de razões que justifiquem afastar o agir de boa-fé das ações estatais.

Tendo em vista que a aplicação de qualquer desses enunciados sempre vai exigir a presença de um caso concreto, não há porque fazer distinção em face do tipo de relação jurídica encartada – se concreta ou abstrata – daí porque se prefere adotar o PBF como gênero e os outros dois institutos representando manifestações específicas dele.

O Princípio da Segurança Jurídica funciona como fundamento para qualquer uma dessas manifestações, representando cada um a proteção de uma das diversas “seguranças jurídicas”, nos dizeres de CALMES, para a qual não existe segurança jurídica no singular, mas diversas manifestações dessa para a proteção de situações específicas.¹³

1.2 Pressupostos para aplicação do *vcfp*

1º Que uma pessoa tenha observado, dentro de uma determinada situação jurídica, certa conduta juridicamente relevante e eficaz;

Esse é o *factum proprium*. Essa conduta tem que ser inequívoca no sentido de criar, definir, fixar, modificar, extinguir ou esclarecer uma determinada situação jurídica. Deve, também, ter sido realizada de forma plenamente livre e voluntária, sem qualquer espécie de coação e, ainda, não tendo sido questionada de qualquer forma quando de sua prática.

Não se pode aplicar a doutrina quando a primeira conduta do sujeito foi inválida, estando afetada por um vício de consentimento ou de vontade¹⁴. Do contrário, estar-se-ia negando todo o regime de nulidade previsto no ordenamento, impedindo que alguém alegue a existência de vícios incidentes sobre sua vontade. Daí o Tribunal Supremo da Espanha já ter afirmado que as ações rescisórias e de nulidade naturalmente implicam a invalidade de atos

¹¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. Cit. p. 35.

¹² CALMES, Sylvia. Op. Cit. p. 242 onde são citados doutrinadores alemães que teriam essa concepção, dentre eles PETTENKOFER H., *Der Vertrauensschutz i behördlichen Auskünften und Zusagen*.

¹³ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001. p.5-6.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. **La Doctrina de Los Propios Actos. Un Estudio sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo**. Barcelona: BOSCH, 1963. p. 201. Ver, também, BIANCHI, Enrique Tomás; IRIBARNE, Héctor Pedro. **El principio general de la buena fe y la doctrina. "Venire contra factum proprium non valet"** in *El Derecho*, tomo 106, Buenos Aires, 1984. p. 858.

anteriores, o que leva à conclusão de que o Princípio da Coerência nunca deve amparar atos que por sua ilicitude nunca deveriam ter existido¹⁵.

Do primeiro ato – o *factum proprium* - emana uma legítima expectativa a qual, ainda que não esteja expressamente enunciada, é perfeitamente deduzida como sendo um dever lateral de coerência.

A teoria não é um empecilho à mudança de postura, por si só. A retratação é algo concebível e plenamente eficaz. A incoerência que se busca sancionar com essa doutrina é aquela que destrói a confiança que havia surgido na contraparte, ou seja, a partir do momento em que houve o comportamento adotado por um dos sujeitos e o outro passou a acreditar (confiar) que em um segundo momento a conduta a ser seguida seria no mesmo sentido da primeira, coerente com ela e, então, essa crença vem a ser destruída pelo comportamento contraditório, aí sim, há incidência da teoria.

Importante reforçar que não se busca com essa teoria reprimir a má-fé do sujeito contraditório, até porque, muitas das vezes, essa não existe. Não se questiona o dolo na prática do *venire*, pois não há busca de punição à má-fé, mas sim proteção à boa-fé do outro sujeito.

A incoerência por si só é irrelevante, a preocupação é com o elemento externo que tenha sido produzido pelo primeiro ato, a confiança, até porque, se essa não foi gerada, não há se falar em aplicação da teoria, pois nada haverá de ser protegido.

Esta legítima confiança estará caracterizada diante de uma situação na qual, qualquer pessoa mediana, naquelas mesmas condições, também confiaria nas consequências jurídicas do negócio em questão, não podendo decorrer da ingenuidade ou do excesso de credulidade do confiante, bem como não pode ser decorrente de sua negligência em ter deixado de tomar os cuidados necessários para celebração dos negócios jurídicos daquela espécie.¹⁶

Esse aspecto é importante para assinalar que com a teoria não se busca impedir a inovação e a evolução das ideias e das práticas, mas apenas preservar as expectativas daquele que possui uma legítima confiança gerada pelo ato primário. Caso assim não fosse, estar-se-ia utilizando a teoria como um engessamento às práticas inovadoras, no dizer de MENEZES CORDEIRO: “poderíamos transformar a sociedade num colete de forças, que prejudicasse as

¹⁵ LOPEZ MESA, Marcelo J.; DEL CARRIL, Juan Antonio Vergara; **La Doctrina de Los Actos Propios – Apuntes sobre La Fijación Jurisprudencial de sus Contornos** in *El Derecho*, Vol. 168, 1996. Buenos Aires: UCA, p. 917.

¹⁶ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**, Curitiba: Juruá, 2007. p. 367.

iniciativas individuais necessárias para dar corpo à liberdade e para possibilitar a inovação e o progresso”¹⁷.

Exige-se, também que essa conduta seja vinculante. Aqui, por vinculante, há de entender-se aquela conduta que surte algum efeito jurídico, juridicamente relevante e que transcenda no mundo do direito. Carecem de força vinculante meras expressões de desejos ou meras opiniões. Daí, declarações em *obiter dicta* ou com fins meramente pedagógicos não estão inseridas na doutrina dos atos próprios.

Por fim, cabe sinalizar que essa conduta, em regra, será um ato ou uma série de atos comissivos, contra os quais posteriormente se intenta uma contradição. Nada obstante, há quem entenda que nada obsta o ato antecedente de também ser uma omissão. Desde que essa postura, no caso concreto, seja geradora de uma confiança razoável e fundada, poderá o sujeito passivo do ato de *venire* invocar a teoria para obter o rechaço deste¹⁸.

2º Que posteriormente essa mesma pessoa intente exercitar um direito subjetivo ou uma faculdade, criando uma situação litigiosa e formulando dentro dela uma determinada pretensão;

Aqui se está diante do ato contraditório, o ato de *venire*, aquele que se contrapõe ao *factum proprium*. Em relação a esse é importante destacar que o elemento temporal evidenciado no intervalo entre a prática de um e de outro é um elemento de peso (ainda que não seja o único) para a caracterização da legítima confiança gerada ao sujeito passivo.

Dessa maneira, mais bem caracterizado estará o comportamento contraditório como sendo abusivo se a parte, durante longo tempo se comportou de certa forma e, subitamente, mudou o seu comportamento.

3º Que entre a conduta anterior e a pretensão posterior exista uma incompatibilidade ou uma contradição, em relação ao sentido que, de boa-fé, poderia ser atribuído à conduta anterior;

Essa contradição entre os atos deve ser patente, não sendo suficientes meras contradições implícitas que deixem margem a dúvidas ou interpretações dúbias.

¹⁷ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 51.

¹⁸ Sobre o silêncio e a Teoria dos Atos Próprios: BORDA, Alejandro. **Teoría de Los Actos Propios y Abuso Del Derecho** in *Doctrina Judicial*. Buenos Aires: La Ley, Volumen: 2008-1. Suplemento 14- 3/4/2008 - Nota a fallo. p. 844

Ademais, como já dito, essa contradição deve, necessariamente, quebrar a confiança que foi gerada com a prática do primeiro ato, pois, a pura contradição, por si só, não é objeto de repulsa pela teoria dos atos próprios.

4º Que, em ambos os momentos, conduta anterior e contradição posterior, exista perfeita identidade de sujeitos.

Aqui a doutrina, em sua maioria, exige que haja uma relação jurídica estabelecida entre aquele que age de forma contraditória e aquele que tem violada sua legítima confiança no ato primeiro. Dessa forma, emissor e receptor devem ser os mesmos¹⁹.

Nada obstante, essa exata identidade entre os sujeitos nem sempre se fará imprescindível para a aplicação da teoria.

A identidade daquele que busca alterar seu comportamento, sem dúvida, tem sempre que existir. Entretanto, podem ser indicadas situações em que estará caracterizada violação à doutrina do *vcfp* quando há apenas um sujeito em comum entre duas relações.

Da doutrina, extrai-se o exemplo no qual um indivíduo contrata seguro de automóvel, fixando determinado valor para seu veículo para fins de estipular o prêmio a ser pago. Posteriormente, o mesmo sujeito, em litígio contra um particular com o qual se envolveu em acidente, reclama como indenização o dobro do valor pelo qual está segurado carro, sem que tenha havido alteração das circunstâncias fáticas ou dos valores de mercado dos veículos. Assim, tem-se um exemplo no qual um mesmo sujeito participa de relações jurídicas distintas e aplica-se a teoria dos atos próprios em razão da contradição entre os atos praticados em cada uma delas.²⁰

Outro caso apontado por LÓPEZ MESA é a situação do motorista de ônibus que ajuíza ação indenizatória contra uma das empresas para a qual trabalha alegando incapacidade laborativa total em decorrência microtraumatismos repetitivos em sua coluna, os quais teriam sido causados devido ao deficiente sistema de amortecimento do veículo e de seu assento. Após a instrução probatória, com realização de perícia, foi proferida sentença concedendo indenização de duzentos mil dólares. Posteriormente, o mesmo motorista de ônibus ajuíza

¹⁹ “Para aplicar La teoría que estudiamos, La doctrina hace hincapié en La necesaria identidad de los sujetos relacionados por La situación jurídica em cuestión, La cual debe vincular a los mismos sujetos em lãs conductas contradictorias.” BERRO, Federico. **La Relevância Jurídica de La Conducta Anterior (Teoría de los Actos Propios)**. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1989. p. 72.

²⁰ LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos próprio – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009. p. 123.

idêntica demanda contra outra empresa para a qual também tenha trabalhado e realiza idêntico pedido²¹.

Esses exemplos servem para demonstrar a aplicação da doutrina do *vcfp* como forma de impedir que quem tenha realizado duas alegações incompatíveis entre si, mesmo que em relações jurídicas distintas, possa pleitear ou usufruir de direitos que contrariem sua conduta anterior.

Dessa forma, afirma-se que a doutrina é aplicável quando se tem atuação voluntária de uma mesma pessoa ainda que voltada para destinatários diversos.

5º A contradição é aferida objetivamente

Também identificando a Teoria da Aparência como um dos fundamentos para a proteção da confiança tutelada na Teoria dos Atos Próprios, a doutrina afirma que, independentemente da vontade do sujeito, deve tutelar-se a situação do terceiro que se viu afetado pela manifestação contraditória. Daí por que a jurisprudência especializada já ter afirmado:

*Lo decisivo en el venire contra factum no es tanto la existencia de una voluntad en el comportamiento antecedente, cuanto el no separarse del valor de significación que a la propia conducta puede serle atribuído por la outra parte.*²²

A caracterização do *vcfp* ocorre quando alguém exerce um direito de forma objetivamente incompatível com sua conduta anterior, não importando o grau de consciência/intenção que o agente tinha ao realizar essa contraposição. Assim, a criação de falsas expectativas por erro não afasta a aplicação da Teoria, uma vez que a intenção do sujeito não é perquirida.

Entretanto, esse caráter objetivo da teoria deve ser melhor esclarecido para que se evitem equívocos. Quando se fala em objetividade da teoria isso não significa que devam ser desconsiderados vícios existentes nos atos para fins de aplicar a doutrina do *vcfp*. Não se quer dizer que é possível aplicar a teoria ainda que o *factum proprium* esteja viciado por dolo, coação ou erro essencial e escusável, por exemplo.

²¹ LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos propio – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009. p. 123.

²² LOPEZ MESA, Marcelo J.; DEL CARRIL, Juan Antonio Vergara. **La Doctrina de Los Actos Propios – Apuntes sobre La Fijación Jurisprudencial de sus Contornos** in *El Derecho*, Vol. 168, 1996. Buenos Aires: UCA, p. 909.

Caso a objetividade da aplicação da Teoria significasse fechar os olhos para os vícios dos atos jurídicos isso implicaria uma verdadeira “ditadura do passado”²³ onde os jurisdicionados estariam irremediavelmente atados aos seus atos anteriores quaisquer que fossem as circunstâncias, motivações e características desses. Não se pode utilizar a Teoria para convalidar um ato insanavelmente nulo por ilicitude ou imoralidade do seu objeto, fazendo com que ele adquira efeitos jurídicos por via transversa.

Assim, reforça-se a característica de que a proteção é dirigida à confiança gerada por uma conduta juridicamente relevante e plenamente eficaz e o caráter objetivo aqui tratado é aquele relacionado à contradição verificada entre as posturas A (*factum proprium*) e B (*venire*) sendo prescindível a intenção do agente se contraditar.

6º A Doutrina dos Atos Próprios é de aplicação subsidiária

Com efeito, por representar um princípio geral, a Teoria dos Atos Próprios só deve ser invocada na ausência de uma regra ou de um instrumento específico capaz de sanar os efeitos maléficos da contradição. Aqui cabe o conselho de ROBINSON reproduzido por diversos autores: “não usar jamais uma regra geral quando o mesmo resultado possa ser obtido com a aplicação de outra mais específica.”²⁴

Então, não se deve aplicar a Teoria quando a lei aponta uma solução expressa para o ato contraditório, seja impedindo ou admitindo sua prática.

Em certas ocasiões a contradição de uma postura é justificada pelas circunstâncias do caso concreto existindo, por vezes, interesses sociais prevalecentes que levam o legislador a autorizar retrocessos, nesses casos, por óbvio, não se aplica a doutrina.²⁵

Igualmente não se aplica a Doutrina quando a própria legislação já sanciona ou veda a contradição, como por exemplo, a impossibilidade de repetição de pagamento de dívida prescrita (art. 882, do CC).

Por fim, tecnicamente a doutrina é inaplicável nos casos em que o dano é causado em razão da própria torpeza do reclamante. Pois, como já afirmado antes, a teoria pressupõe a licitude dos atos.

2. Aplicação da teoria aos atos da administração pública

²³ LOPEZ MESA, Marcelo J.; DEL CARRIL, Juan Antonio Vergara. Op. Cit. p. 910.

²⁴ ROBINSON, Edward Stevens. **Law and the Lawyers**. New York: The Macmillan company, 1935, p. 227.

²⁵ LOPEZ MESA, Marcelo J.; DEL CARRIL, Juan Antonio Vergara; **La Doctrina de Los Actos Proprios – Apuntes sobre La Fijación Jurisprudencial de sus Contornos** in El Derecho, Vol. 168, 1996. Buenos Aires: UCA, p. 905.

O Princípio da Boa-fé domina todo o tráfico jurídico, não só dentro da estrita órbita do direito privado, mas também no âmbito do direito público, da mesma forma a sua manifestação expressa no *vcfp*. Assim, cabe pontuar que esse dever de agir em correspondência com seus atos anteriores também é imputado à Administração Pública, do contrário, não se pode mesmo afirmar estar-se diante de um Estado de Direito.

Diversos precedentes de tribunais estrangeiros e também de cortes pátrias aplicam a teoria dos atos próprios aos atos do Estado. De outra forma não poderia ser, pois o dever de coerência deve ser ínsito aos atos da Administração sob pena de transformar-se o Poder do Estado em mero ato de força.

O tema, inclusive, possui obra inteiramente dedicada a análise da questão,²⁶ mas aqui cabe pontuar apenas os fundamentos e os aspectos pragmáticos dessa aplicação.

Na Argentina, a Suprema Corte de Justiça de Buenos Aires já afirmou que não se pode admitir os atos próprios como Fatos do Príncipe, para assim a Administração escapar de suas obrigações contratuais.²⁷ Dessa forma, a Teoria dos Atos Próprios funciona como um óbice ao mau uso do Poder de Autotutela da Administração, representando um limite deste.

Não há se fazer distinção entre o direito público e o privado para fins de aplicação da teoria, nada obstante, algumas adaptações são necessárias. Assim, não é aplicável para atos preliminares ou outros que não implicam uma declaração de vontade válida por parte da Administração, daí porque atos praticados por funcionários incompetentes podem ser revistos, sem que haja violação à Teoria dos Atos Próprios.

Desse modo, a competência do agente público para exarar a vontade do Estado é pressuposto indispensável para a aplicação da doutrina aos atos administrativos²⁸. Não só a falta de competência do agente público, mas qualquer outro vício que impeça o ato administrativo de ser válido será impeditivo da aplicação da teoria, uma vez que nessa situação não haveria *factum proprium* plenamente eficaz.

Apesar de a doutrina apontar tal situação como sendo uma exceção para aplicação da teoria aos atos da Administração Pública, discorda-se desse ponto de vista, pois a validade do ato anterior é requisito essencial para qualquer caso no qual se busque aplicar a

²⁶ MAIRAL, Héctor A. **La Doctrina de Los Propios Actos y La Administración Pública**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.

²⁷ LOPEZ MESA, Marcelo J.; DEL CARRIL, Juan Antonio Vergara; **La Doctrina de Los Actos Propios – Apuntes sobre La Fijación Jurisprudencial de sus Contornos** in *El Derecho*, Vol. 168, 1996. Buenos Aires: UCA, p. 915.

²⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos propios – Doctrina y jurisprudencia**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009. p. 136.

vedação ao *vcfp*, se o *factum proprium* não era válido não se pode aplicar a doutrina, daí ser errado falar-se em exceção, pois nem mesmo seria o caso de sua incidência.

A grande peculiaridade que existe na aplicação da teoria à Administração Pública é a questão relacionada ao Poder de Autotutela do Estado, uma vez que, salvo disposição em contrário, pode o Poder Público revogar seus atos por motivos de oportunidade e conveniência ou anulá-los quando eivados de ilegalidade.

Para essa situação, a doutrina tem entendido que a aplicação da teoria cede diante do interesse público no desfazimento do ato. Nada obstante, aponta-se como dever do Estado ressarcir os danos causados ao particular cujos direitos foram afetados por tais considerações de interesse geral.²⁹ Tem-se, então, um caso de responsabilidade civil do Estado por ato lícito, permitindo-se a postura contraditória, mas impondo o dever de indenizar aqueles que sofreram danos decorrentes da frustração de suas legítimas expectativas.

Interessante observar que a jurisprudência brasileira tem aplicado a vedação ao *vcfp* para considerar que a ineficácia da conduta posterior também aos atos da Administração Pública, de modo que ela não pode vir contra suas próprias condutas, não sendo acolhida a ideia de permitir a contradição e, em compensação, conceder-se uma indenização ao administrado. Nesse sentido, impedindo a eficácia da postura contraditória adotada pela Administração tem-se os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. MATRÍCULA POR FORÇA DE LIMINAR. MÉRITO JULGADO IMPROCEDENTE. MANUTENÇÃO NA ACADEMIA, INGRESSO E PROMOÇÃO NA CARREIRA POR ATOS DA ADMINISTRAÇÃO POSTERIORES À CASSAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL. TRANSCURSO DE MAIS DE CINCO ANOS. ANULAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ OBJETIVA VULNERADOS. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONSTATAÇÃO DE QUE O CANDIDATO PREENCHIA O REQUISITO CUJA SUPOSTA AUSÊNCIA IMPEDIRA SUA ADMISSÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS PARA INGRESSO E EXERCÍCIO DO CARGO DE OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR.

1. Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados.

2. À luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verifica-se que o Recorrente, em sentido material, preenchia os requisitos editalícios para admissão no Curso de Formação, inclusive aquele cuja ausência formal constituía obstáculo

²⁹ LÓPEZMESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. Op. Cit. p. 141-142.

inicial à sua matrícula e que ensejou o ajuizamento da ação judicial em cujo bojo obteve a liminar.

3. Hipótese em que, embora a liminar que autorizara a matrícula do Recorrente no Curso de Formação tivesse sido cassada, expressamente, em 18 de fevereiro de 1997 e não houvesse nenhum outro título judicial que determinasse sua permanência na carreira militar, não tomou a Administração nenhuma atitude no sentido de afastá-lo. Pelo contrário, além de permanecer matriculado até a conclusão do Curso de Formação, findada em 05 de dezembro de 1997, ingressou na carreira e, ainda, foi promovido, em 05 de outubro de 1998, à patente de 2º Tenente, vindo a ser anulados esses atos tão-somente em 21 de maio de 2002.

4. A ausência de atos administrativos tendentes a excluir o Recorrente das fileiras militares após a cassação da liminar, corroborada pela existência de atos em sentido contrário (manutenção no Curso, promoção), além da instauração de processo administrativo, pela Academia de Polícia Militar, de ofício, para tornar definitiva a matrícula que fora efetivada, inicialmente, em razão de liminar, fez criar uma certeza de que a questão do seu ingresso na carreira militar estava resolvida.

5. Os atos de admissão e promoção do Recorrente praticados pela Administração, bem como o longo tempo em que eles vigoraram, indicavam, dentro da perspectiva da boa-fé, que o seu ingresso na carreira militar já havia se incorporado, definitivamente, ao seu patrimônio jurídico, pelo que sua anulação, com base em fato anterior à prática dos atos anulados (cassação da liminar), feriram os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, tendo sido infringida a cláusula *venire contra factum proprium* ou da vedação ao comportamento contraditório.

6. Hipótese concreta que não cuida da aplicação da teoria do fato consumado para convalidar ato ilegal, o que é rechaçado por esta Corte, mas de fazê-la incidir, juntamente com os princípios da segurança jurídica e boa-fé, para tornar sem efeito atos praticados com ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

7. Recurso ordinário provido para conceder a segurança e anular o ato que cassou a promoção do Recorrente à patente de 1º Tenente, bem como o ato que determinou sua exclusão dos quadros da Polícia Militar, determinando seu imediato retorno à função ocupada, com todos os consectários jurídico-financeiros dele decorrentes.

(RMS 20.572/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 15/12/2009)

Identifica-se, assim, que a jurisprudência pátria quando decide por aplicar o *vcfp* à Administração Pública o faz, inclusive, em detrimento do Poder de Autotutela.

3. Aplicação da teoria dos atos próprios aos atos processuais

A proibição de atos contraditórios por parte do Poder Público também é analisada quando este age em juízo, como parte num processo, e aí destaca-se a atuação dos procuradores públicos.

Sobre a aplicação da proibição do *vcfp* na seara processual civil, algumas valiosas observações devem ser feitas.

Primeiramente, a doutrina deve ser aplicada de ofício pelo magistrado sempre que verificado um prejuízo ao direito de defesa. Basta que a parte haja denunciado a mudança de postura da outra parte para que se proceda a aplicação de ofício da teoria.

Os juízes como diretores dos processos têm o dever de manter a ordem e a igualdade entre as partes. Por isso, devem qualificar como uma infração aos deveres de lealdade, probidade e boa-fé a conduta da parte que trata de buscar a vitória fazendo o que não se espera que faça à luz de uma conduta própria e prévia. Daí por que a postura observada pelas partes durante o transcurso do processo poderá constituir um elemento de convicção corroborante das provas para julgar a procedência das respectivas pretensões. Nesse sentido, interessante o teor o disposto no art. 163, V, do Código de Processo da Argentina:

La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.

No Direito Brasileiro o art. 14 do Código de Processo alberga, sem dúvida, a possibilidade de aplicação da doutrina no ordenamento processual pátrio:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

...
II - proceder com lealdade e boa-fé;

Outro aspecto processual relevante é o de que a Doutrina dos Atos Próprios é utilizada antes como defesa, exceção processual, do que como argumento de pretensão, impondo limites que impeçam uma contravenção à boa-fé que não possa ser evitada pelas normas legais positivadas, atuando, assim, como norma subsidiária.³⁰

De todo modo, isso não impede sua utilização para fundamentar um requerimento contra quem haja atuado de forma cambiante, funcionando, também, como base para uma pretensão. Do contrário, os efeitos práticos da utilização da teoria seriam reduzidos se apenas pudesse ser invocada para afastar uma pretensão contraditória, mas, não, para fundar uma pretensão contra que atuou de maneira contraditória³¹.

A proibição do *venire* no processo civil já foi alvo de algumas ponderações na doutrina brasileira, devendo ser destacadas as contribuições de ANDERSON SCHREIBER, ALDEMIRO REZENDE DANTAS JR. e FREDIE DIDIER JR. que dedicaram

³⁰ “*Its use is a shield, and not as a sword.*” CABABE, Michael. **The Principles of estoppel: An Essay**. Aurora, Illinois: Gale Making of Modern Law publisher, 2012.

³¹ “*Es invocable tanto como excepción o defensa, cuanto para fundar en ella la existencia de um derecho.*” ALTERINI, Atilio Anibal; CABANA, Roberto Lopez. **La doctrina de los propios actos em el Código Civil. Jurisprudência Argentina** in *Doctrina Judicial*. Buenos Aires: La Ley, 1987. Vol. II, p.405.

uma parte de seus escritos para tratar do tema. Na doutrina estrangeira, também especificamente sobre sua aplicação no processo civil, existem diversas obras, valendo destacar MENEZES CORDEIRO, ALEJANDRO BORDA, ALFREDO GOZAÍNI, ISIDORO EISNER e MARCELO LÓPEZ MESA³².

Aplicando o princípio aos atos processuais praticados pelas partes, DANTAS JR. o relaciona com a litigância de má-fé praticada por um dos demandantes:

À guisa de simples exemplo pode-se apontar o disposto no Código de Processo Civil brasileiro, que, de modo expresso, determina às partes litigantes o dever de se comportarem com lealdade e boa-fé (art. 14, II), condenando o pagamento de perdas e danos aquele que litigar pleiteando de má-fé (art. 16). E veja-se que o diploma processual pátrio, ao esclarecer que se deve considerar como litigante de má-fé, tanto se vale de aspectos subjetivos (por exemplo, ao dizer que litigante de má-fé é quem interpõe recurso com intuito manifestamente protelatório – art. 16, VI) quanto de considerações objetivas, referentes ao comportamento da parte (por exemplo, no caso de quem deduz pretensão contra texto expresso de lei – art. 16, I).³³

Essa visão segue o pensamento de MENEZES CORDEIRO:

A aplicação geral do instituto do abuso do direito no campo do Direito Processual Civil surge, hoje, indiscutível. Nenhuma posição jurídico-subjetiva está imune a uma sindicância, no momento do seu exercício, feita à luz dos valores fundamentais do ordenamento em causa. Não há alternativa: o direito subjectivo imune ao sistema – e, como tal, susceptível de um exercício ilimitado – acabaria por se colocar fora do próprio ordenamento, tornando-se irreconhecível. Estas considerações não poderiam deixar de se aplicar ao direito de acção judicial...³⁴

A abordagem de DIDIER JR. se baseia na conduta dos litigantes durante o processo judicial com vistas a afastar a ocorrência de nulidades processuais, aplica-a, também, para identificar a preclusão lógica e vai um pouco mais além, afirmando sua aplicação igualmente em relação ao magistrado:

³² DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**, Curitiba: Juruá, 2007. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil** in *Leituras Complementares de Direito Civil*. Farias, Cristiano Chaves de – coord. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007. SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007. BORDA, Alejandro. **La teoría de los actos propios**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. EISNER, Isidoro. **La Doctrina de los propios actos compromete también al obrar del tribunal** in LL, tomo 1987-C, Buenos Aires. p. 820-827. GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO. **Temeridad y Malicia em El Proceso**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos propios – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, Argentina, 2009. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”**. Coimbra: Almedina, 2006.

³³ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**, Curitiba: Juruá, 2007. p.139.

³⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”**, Coimbra: Almedina, 2006.p. 85.

No sistema de invalidades processuais, vige a regra que proíbe o comportamento contraditório (vedação ao *venire contra factum proprium*). Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender os princípios da lealdade processual (*princípio da confiança* ou *proteção*) e da boa-fé objetiva.

...

O CPC consagra a regra no art. 243: 'Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa'. O enunciado normativo aplica-se, segundo a maioria da doutrina, apenas aos casos em que o defeito do ato processual não permite a invalidação a qualquer tempo (*nulidades relativas* ou *anulabilidades processuais*);

...

Não parece razoável, de fato, defender que a ilicitude derivada do comportamento contraditório deva ficar restrita ao campo das chamadas *anulabilidades* ou *nulidades relativas* processuais.

...

Importante que se perceba que a preclusão lógica está intimamente ligada à vedação do *venire contra factum proprium*, inerente à cláusula geral de proteção da boa-fé. Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender os princípios da lealdade processual (*princípio da confiança* ou *proteção*) e da *boa-fé* objetiva.

Quando a parte ou o magistrado adota um comportamento que contrarie comportamento anterior, atua de forma desleal, frustrando expectativas legítimas de outros sujeitos processuais. Comportando-se o sujeito em um sentido, cria fundada confiança na contraparte – confiança essa a ser averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico social do negócio -, não podendo, depois, adotar um comportamento totalmente contraditório, o que quebra a confiança gerada e revela ardil, deslealdade, evasão. Trata-se de lição velha, embora aplicada, aqui, com outros termos.³⁵

Dessa maneira, atuando a Administração Pública como parte em uma demanda judicial, deve ela manter-se coerente com seus atos pretéritos sejam eles judiciais ou extrajudiciais - como se verá no tópico seguinte - e aí ganha relevo a atuação dos advogados públicos que representam o Poder Público em juízo.

4. Aplicação da teoria na contradição entre atos judiciais e extrajudiciais – necessidade de uma postura coerente dos advogados públicos em relação aos atos da Administração

Não há distinção na sua aplicação aos atos judiciais ou extrajudiciais.

Classicamente a doutrina identificava a necessidade de um processo para que houvesse a aplicação da Doutrina:

*“para nuestra jurisprudência la aplicación de La regla que impide venir contra los actos propios presupone siempre una situación processal... Es en El proceso donde no se puede venir contra los actos propios.”*³⁶

³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil** in Leituras Complementares de Direito Civil. Farias, Cristiano Chaves de – coord. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007. p. 199-207.

³⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. **La Doctrina de Los Propios Actos. Un Estudio sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo**. Barcelona: Bosch, 1963. p. 108.

Atualmente, essa não tem sido a posição majoritária.

Decerto, a discussão judicial acerca da existência ou não de um ato caracterizador do *venire* geralmente ocorrerá no bojo de uma ação, mas isso, de modo algum, significa que só se possa apontar como violadores desta teoria os atos processuais, muito pelo contrário, na maioria dos casos as condutas contraditórias são extrajudiciais e acabam sendo levadas a juízo diante de uma lide que vem a ser instaurada.

Uma das mais valiosas aplicações da teoria vem a ser impedir a adoção de um determinado comportamento na esfera extrajudicial e, quando a questão venha a ser judicializada, haja uma mudança na postura adotada, situação, infelizmente, muito comum em nosso País. Nesses casos, tem-se que o *factum proprium* é um ato extrajudicial e *venire* um ato processual, o qual, no caso da Administração Pública, estaria sendo praticado por um procurador.

Sobre o tema, na Argentina, a CSJN tem aplicado a teoria para os casos em que se pretende em sede judicial reverter posturas adotadas em sede administrativa. Decidiu a Corte que, se a postura sustentada na instância judicial contradiz-se com a adotada em sede administrativa, deve-se rejeitar o recurso com fundamento da doutrina dos atos próprios.³⁷

Ainda na Argentina, a Suprema Corte de Buenos Aires tem aplicado a teoria para os casos de confissões e reconhecimentos extrajudiciais, vedando a modificação em juízo de uma postura assumida em sede administrativa ou extrajudicial³⁸.

No Brasil, temos dois interessantes julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais, ainda que não tenham feito referência à teoria, rejeitaram a posição contraditória que estava sendo adotada pela União, por meio de sua Procuradoria da Fazenda Nacional, em demandas que relacionadas à tributação federal e que já tinham uma jurisprudência administrativa consolidada em favor dos contribuintes.

Em um dos casos a Administração estava a adotar uma postura nos processos administrativos – reconhecendo a redução da base de cálculo para prestadores de serviços hospitalares ainda que não realizassem internação de pacientes – e outra no âmbito judicial – apenas admitindo que os prestadores que realizassem internação de pacientes teriam direito ao benefício fiscal.

³⁷ CSJN 1º.05.1992, “Astilleros Costaguta S.A. x Estado Nacional” Julgado 315:890. Citado por LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos propio – Doctrina y jurisprudencia**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009. p. 127.

³⁸ SCBA, 22.02.94, Orellana, Miguel Isidro c. Gargarello, Angel S.A.C. y outro, Juba7, sum. B42827. Citado por LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. Op.Cit. p. 128.

Diante dessa contradição, o Superior Tribunal de Justiça, nas razões de decidir constantes do acórdão prolatado no REsp 951.251/PR (Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ 03.06.2009), assim se manifestou:

Deve-se considerar que a própria Secretaria da Receita Federal, ao examinar o dispositivo, não condiciona o reconhecimento do benefício à internação de pacientes, circunstância que não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário.

A Receita Federal tem reconhecido o direito à base de cálculo reduzida do IRPJ a prestadores de serviços hospitalares, mesmo que esses não possuam estrutura física para realizar internação de pacientes.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes administrativos, que reconhecem a redução para laboratório de análise clínica, instituto de hematologia, clínica de hemodiálise, de diagnóstico por imagem, mesmo sem que tais contribuintes realizem internação de pacientes:

...

Evidentemente, não se quer dizer com isso que a interpretação a ser conferida pelo STJ à lei federal deva pautar-se por aquela conferida por um órgão do executivo. Todavia, não pode o Judiciário interpretar a lei em dissonância com aquilo que efetivamente ocorre no mundo dos fatos. Não é justo admitir-se uma jurisprudência do STJ mais gravosa ao contribuinte do que a própria orientação administrativa da SRF, que também serve como um dos elementos de investigação para determinar o verdadeiro conteúdo da norma.

É de se registrar que a interpretação dada pela Receita Federal à norma tributária em muito se aproxima de uma interpretação autêntica. Esse órgão especializado da Administração não só é destinatário da lei, como também participa das tratativas da sua elaboração. Certamente, ao editar atos regulamentares, a SRF leva em consideração a finalidade objetivada com a edição da lei, circunstância que não pode ser desprezada pelo Judiciário.

...

Ressalte-se que o posicionamento oficial da própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional se acha consignado no Parecer PGFN/CAT nº 112/2006 – aprovado em 18.01.2006 –, que admite a concessão do benefício a outros prestadores de serviço de saúde que não os hospitais. Nele se esclarece que sua edição teve por objetivo unificar o entendimento jurídico no âmbito da Administração e pôr fim ao conflito de posicionamentos existente entre a SRF e a PGFN.

Em outro caso, a Procuradoria da Fazenda Nacional também estava se insurgindo contra postura reconhecida como válida em mais de uma centena de precedentes de sua jurisprudência administrativa que admite o creditamento de IPI, nos termos da Lei 9.363/96, ainda que a aquisição de bens seja realizada de pessoas físicas:

Confesso ter ficado impressionada com o entendimento que, na esfera administrativa, vem sendo dado à Instrução Normativa SRF 23/97, como demonstrou com competência, nos memoriais ofertados, o senhor advogado da empresa, ora recorrida.

O Segundo Conselho de Contribuintes, em mais de cem julgamentos, e a Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em diversos julgados, vêm decidindo, por maioria, em favor do contribuinte, como faz prova a ementa seguinte: IPI – CRÉDITO PRESUMIDO NA EXPORTAÇÃO – NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO - A legislação de regência não exclui da base de cálculo do crédito presumido, aquisições de insumos produzidos por pessoas físicas e cooperativas. A Instrução Normativa como norma complementar da lei, não é dotada de suporte legal para modificar o texto legal. Recurso provido.

(Conselhos de Contribuintes, Recurso 202-109886, rel. Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva, Segunda Turma, julgado 16/9/2002)
(REsp 586392/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 259)

Como visto, nas razões de decidir adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça ficou registrada a inadmissibilidade de uma atuação contraditória da União, representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, ao adotar uma postura na seara administrativa – através de decisões e pareceres que reconheciam direitos aos contribuintes – e outra perante o judiciário ao negar esses mesmos direitos.

É verdade que a independência funcional dos procuradores é necessária para afastar influências indevidas de governantes e autoridades afins, que comprometeriam a prevalência do interesse público³⁹, mas isso não pode servir de justificativa para criar contradições que violem legítimas expectativas baseadas em atos da própria Administração.

Daí porque as prerrogativas dos advogados públicos concernentes à sua independência funcional devem ser compatibilizadas com os atos da Administração de modo a evitar-se uma contradição do ente político, que apenas serviria para evidenciar falta de uniformidade interna.

O serviço prestado pelos procuradores à população promovendo a defesa do cumprimento das leis e da Constituição será tão melhor e eficiente quanto for coerente.

5. Efeitos da aplicação do *vcfp*

Caracterizado um ato como representativo de um *vcfp*, diversas consequências podem ser impostas pelo ordenamento e qualquer uma delas resultará no sacrifício de um direito daquela pessoa que atuou de forma incoerente.

Quando se examinam as consequências jurídicas *do venire contra factum proprium*, essa não é, necessariamente, a manutenção do primeiro comportamento adotado pelo sujeito ou dos seus efeitos jurídicos. O que se busca é a proteção da confiança surgida na outra pessoa e essa pode ocorrer por diversos meios.

³⁹ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. **A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1jan. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2527>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

A forma de proteção desta confiança pode ser pela preservação do primeiro comportamento diante inadmissibilidade (ineficácia) do segundo comportamento; eficácia apenas *ex nunc* para o segundo comportamento; reparação indenizatória; estabelecimento de regras de transição.

Qual deve ser então essa sanção: Ressarcimento? Privação de direitos? Ineficácia?

Ainda que o ressarcimento possa servir como recomposição, essa não seria uma sanção específica para o ato de contradição e, poderia não impedir a prática desses atos, pois, talvez, seja mais vantajoso ao sujeito ativo violar o princípio e pagar uma indenização, não se sentindo inibido em pautar seu comportamento em atos contraditórios.

A privação de direitos como sanção acabaria por alterar a própria concepção da Teoria dos Atos Próprios a qual não visa extinguir direito, mas, limitar seu exercício em consonância com um dever de coerência. A teoria funciona como uma forma de proteção àquelas pessoas que tenham confiado na manifestação anterior; não busca impedir a mudança de comportamento por si só. Essa é admitida, desde que resguardadas expectativas daqueles que confiaram no ato pretérito. Assim, também não parecer ser a sanção mais adequada.

Tem-se, então, que é a ineficácia da conduta posterior frente àqueles que confiaram na primeira postura a melhor consequência que deve ser imposta aos atos contraditórios.

Aqui a ineficácia do ato não estará associada a um vício do negócio jurídico, daí que tecnicamente prefira-se falar em inadmissibilidade da conduta, ou seja, ausência do resultado/efeito pretendido. O ato contraditório posterior não se tem em conta, sendo assim irrelevante.

Em alguns casos, tendo em vista da impossibilidade de operar-se a ineficácia do ato de *venire* a única solução que se mostra possível será o dever de indenizar a ser imposto ao sujeito contraditório, como, entendem alguns, ocorrerá nos casos em que a postura contraditória for da Administração Pública e se der em razão do interesse público ou na hipótese de a manutenção do ato do *venire* proteger terceiro de boa-fé, como no exemplo em que o ato contraditório praticado por “A” consiste na venda de um bem ao terceiro “C” quando o *factum proprium* indicava que a venda seria realizada a “B”.

Seja ineficácia da conduta posterior, seja a imposição de um dever de indenizar, tais consequências são igualmente impostas à Administração Pública quando agir incoerentemente.

Não obstante tais consequências, deve-se atentar, ainda, para o efeito moral que a identificação de posturas contraditórias adotadas pela Administração em suas manifestações em juízo causa à imagem do seu órgão de representação judicial. Com efeito, a reputação que as procuradorias públicas constroem perante os órgãos judiciais decorre das posturas adotadas em juízo.

Na medida em que a Fazenda Pública age simplesmente no afã de se opor a um pedido deduzido em juízo, sem atentar para a sua própria postura interna relacionada à matéria, perde credibilidade frente aos órgãos julgadores, além do que acaba desperdiçando tempo que poderia ser utilizado naquelas demandas que realmente precisam de uma atenção especial.

Sem dúvida para que sejam evitadas violações à Teoria por parte da Fazenda Pública é necessária a existência de uma sintonia entre os trabalhos desenvolvidos pelos procuradores do contencioso e do consultivo, bem como entre os órgãos executivos da Administração e suas procuradorias.

Ainda que o procurador responsável por determinada demanda entenda que a orientação até então vigente na Administração encontra-se equivocada, antes de defender posicionamento contrário perante o Poder Judiciário, melhor será buscar a revisão do entendimento interno ou conformar-se com a solução já adotada.

Conclusões

§1º A Teoria dos Atos Próprios tem por fundamento o Princípio da Segurança Jurídica na medida em que confere estabilidade e previsibilidade às relações jurídicas, permitindo maior confiança ao tráfego jurídico;

§ 2º A Administração Pública está sujeita à aplicação da Teoria, ainda que com algumas peculiaridades;

§ 3º Uma aplicação processual da doutrina ocorre nos casos de contradição entre as posturas extrajudiciais e as adotadas no processo;

§ 4º A atuação dos advogados públicos deve ser pautada na Teoria dos Atos Próprios, necessitando que para isso haja efetiva interlocução entre os órgãos de consultivo e contencioso;

§ 5º A reputação que os órgãos de representação judicial constroem perante o Poder Judiciário decorre das posturas adotadas em juízo, daí que uma atuação judicial coerente valoriza a atuação dos procuradores dos entes públicos;

§ 6º A autonomia e a independência funcional dos procuradores públicos devem ser compatibilizadas com o dever de coerência da Administração Pública, de forma a impedir-se que em juízo a Fazenda Pública atue em contradição com suas posturas internas.