

A promessa de não processar na interpretação do Superior Tribunal de Justiça versus sua possibilidade

The promise not to sue in the interpretation of the Superior Court of Justice versus its possibility

La promesa de no demandar en la interpretación de la Corte Superior de Justicia versus su posibilidad

Recebido: 04/07/2022 | Revisado: 15/07/2022 | Aceito: 17/07/2022 | Publicado: 24/07/2022

Edivan José Cunico

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7883-0253>

Universidade Paranaense, Brasil

E-mail: edivanjcunico@hotmail.com

José Laurindo de Sousa Netto

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>

Universidade Paranaense, Brasil

E-mail: professorlaurindo@unipar.br

Kelly Cardoso

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0216-9809>

Universidade Paranaense, Brasil

E-mail: servjuskelly@gmail.com

Resumo

A pesquisa refere-se ao negócio jurídico atípico da promessa de não processar (*pacto de non petendo*) abarcada sua possibilidade pelo disposto no art. 190 do Código de Processo Civil. A despeito de rara doutrina brasileira explanar sobre o tema, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão no Recurso Especial 1.810.444-SP, fixou a tese de invalidade de cláusula de *pacto de non petendo* em razão da sua supressão ao contraditório e à garantia constitucional da tutela jurisdicional (art. 5º incisos LV e XXXV, Constituição Federal de 1988), portanto, objeto de ordem pública e contrário a dispositivo constitucional, não podendo ser avençado entre as partes. Contudo ainda se perfaz necessária a discussão sobre o tema, visto que se entende sua aplicabilidade possível dentro dos ditames da autonomia privada. Objetiva-se, assim, realizar um contraponto entre o voto prolatado e a doutrina que se debruçou sobre a cláusula de não processar. Mediante a metodologia dedutiva e dialética apresenta-se um estudo doutrinário e jurisprudencial.

Palavras-chave: *Pacto de non petendo*; Validade do negócio jurídico processual; Negócio jurídico processual.

Abstract

The research refers to the atypical legal business of the promise not to sue (*pacto de non petendo*) covered by its possibility by the provisions of art. 190 of the Civil Procedure Code. Despite rare Brazilian doctrine explaining the subject, the Fourth Panel of the Superior Court of Justice, in the rapporteurship of Minister Luis Felipe Salomão in Special Appeal 1,810,444-SP, established the thesis of invalidity of the non petendo pact clause due to of its suppression to the adversary system and to the constitutional guarantee of judicial protection (article 5, items LV and XXXV, Federal Constitution of 1988), therefore, object of public order and contrary to the constitutional provision, and cannot be agreed between the parties. However, the discussion on the subject is still necessary, since its possible applicability within the dictates of private autonomy is understood. The objective is, therefore, to carry out a counterpoint between the vote rendered and the doctrine that focused on the clause of not prosecuting. Through the deductive and dialectical methodology, a doctrinal and jurisprudential study is presented.

Keywords: Pact of non petendo; Validity of the procedural legal business; Procedural legal business.

Resumen

La investigación se refiere al negocio jurídico atípico de la promesa de no demandar (*pacto de non petendo*) amparado en su posibilidad por lo dispuesto en el art. 190 del Código de Procedimiento Civil. A pesar de la rara doctrina brasileña que explica el tema, la Sala Cuarta del Superior Tribunal de Justicia, en la relatoria del Ministro Luis Felipe Salomão en el Recurso Especial 1.810.444-SP, estableció la tesis de la nulidad de la cláusula del pacto non petendo en razón de su supresión a al sistema contradictorio ya la garantía constitucional de la protección judicial (artículo 5, incisos LV y XXXV, Constitución Federal de 1988), por lo tanto, objeto de orden público y contrario a la disposición constitucional, y no puede ser pactado entre las partes. Sin embargo, la discusión sobre el tema sigue siendo necesaria, pues se entiende su posible aplicabilidad dentro de los dictados de la autonomía privada. El objetivo es, por tanto,

realizar un contrapunto entre el voto emitido y la doctrina que se centró en la cláusula de no enjuiciamiento. A través de la metodología deductiva e dialéctica, se presenta un estudio doctrinal y jurisprudencial.

Palabras clave: Pacto de non petendo; Validez del negocio jurídico procesal; Negocio jurídico procesal.

1. Introdução

O Código de Processo Civil, em consonância com a resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, realizou algumas alterações visando a introdução de meios outros de resolução de conflito que auxiliem a obtenção de resoluções de forma célere e satisfativa, também, com o intuito de diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário, perfazendo, em última análise, os ditames constitucionais, em especial do acesso à justiça.

Além do incentivo ao uso dos meios adequados de resolução de conflito, conciliação, mediação e arbitragem, a legislação processual impõe às partes o dever de boa-fé e cooperação processual. Conferida autonomia na resolução de seus próprios conflitos, mediante a lealdade, lhes é possibilitado o exercício do autorregramento, garantido por um acordo expresso de vontades, sem que para isso se utilize desnecessariamente da máquina judiciária para a obtenção da tutela jurisdicional

Dentro de uma remodelada tratativa interpretativa processual, que propugna pela participação mais ativa das partes no processo e na resolução de seus próprios conflitos, os negócios atípicos, como o *pactum de non petendo*, ganham nova envergadura na doutrina brasileira.

A despeito de ser um negócio originariamente material, aplicado às relações obrigacionais, advindo do direito romano, discute-se a possibilidade de utilização do *pactum de non petendo* no direito brasileiro.

A despeito de rara doutrina brasileira explanar sobre o tema, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão no Recurso Especial 1.810.444-SP, fixou a tese de invalidade de cláusula de *pacto de non petendo* em razão da sua supressão ao contraditório e à garantia constitucional da tutela jurisdicional (art. 5º incisos LV e XXXV, Constituição Federal de 1988), portanto, objeto de ordem pública e contrário a dispositivo constitucional, não podendo ser avençado entre as partes. Contudo, mesmo diante da decisão do STJ, ainda se perfaz necessária a discussão sobre o tema, visto que se entende sua aplicabilidade possível dentro dos ditames da autonomia privada.

Por meio de uma metodologia dedutiva e dialética o estudo propugna-se a realizar a argumentação discorrendo sobre a decisão proferida pelo STJ apresentando um contraponto com a doutrina dominante existente que interpreta como viável e possível a realização do *pacto de non petendo*, até mesmo diante de questões ordem pública.

2. Metodologia

Por meio da análise dedutiva da legislação e doutrina, busca-se apresentar conceitos e interpretações existentes sobre a temática.

Tal análise, culmina com a metodologia dedutiva e dialética, mediante o estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro que aborda o *pacto de non petendo*.

A utilização do método dedutivo servirá para explicar o conteúdo das premissas (Marconi & Lakatos, 2003, p. 92), com a explanação da doutrina, da legislação e as conclusões advindas das notas conclusivas na jurisprudência do STJ.

Utiliza-se de duas observações importantes de Marconi e Lakatos para a dialética: a mudança dialética e a contradição. Neste sentido, por meio da tese, antítese e síntese:

Todo movimento, transformação ou desenvolvimento opera-se por meio das contradições ou mediante a negação de uma coisa - essa negação se refere à transformação das coisas. Dito de outra forma, a negação de uma coisa é o ponto de transformação das coisas em seu contrário. Ora, a negação, por sua vez, é negada. Por isso se diz que a mudança dialética é a negação da negação. [...]Uma dupla negação em dialética não significa o restabelecimento da afirmação primitiva, que conduziria de volta ao ponto de partida, mas resulta numa nova coisa. [...] (2003, p.102)

Combinando, portanto, a contradição entre a decisão proferida pelo STJ, que nega a possibilidade de realização do *pacto de non petendo* e a doutrina dominante, que considera possível a aplicabilidade do instituto diante de casos concretos.

3. Resultados e Discussão

3.1 A tese apresentada pelo STJ no Recurso Especial 1.810.444-SP

A princípio, convém discorrer sobre o voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão e a decisão que culminou na negativa de recebimento do Recurso Especial 1.810.444-SP.

A discussão trata sobre um contrato particular de compra e venda entre Belarina Alimentos S.A.,(recorrente) e Alimentos Santa Fé LTDA (recorrida), “[...] cujo objeto consistia em equipamentos e maquinários para industrialização e beneficiamento, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Acrescentou que os equipamentos e maquinários foram devidamente entregues à empresa agravada em 17.8.2017, mas que não teria havido, em contrapartida, o pagamento das parcelas de sua responsabilidade” (2021, p.3).

No referido contrato, constou-se a presença de cláusula a qual preceituava que, em caso de inadimplemento da dívida, a credora “[...] estaria autorizada a obter liminarmente o bloqueio dos ativos financeiros da parte devedora, ‘em caráter *inaudita altera parte* e sem a necessidade de se prestar garantia’” (2021, p.3), baseando-se no exposto contido no art. 190 do CPC.

A empresa credora promoveu ação de execução de título extrajudicial com pedido de arresto patrimonial *inaudita altera parte*. Inicialmente, o juízo da ação negou o pedido, alegando:

Na verdade o que pretende o exequente é suprir o poder geral de cautela deste Juízo a fim de permitir o deferimento a título de tutela provisória de urgência de arresto para fins de bloqueio de ativos financeiros antes mesmo da citação do executado.

Tal medida é vedada, eis que a concessão de tutelas provisórias de urgência tratam-se de atos privativos do Magistrado, nos termos do artigo 299 do NCPC, não se tratando de faculdade das partes.

Tampouco se podem suprimir direitos fundamentais ao pagamento no prazo legal, à ampla defesa e contraditório, nos termos do artigo 10 do NCPC (Processo nº 1064923-82.2018.8.26.0100).

Em Agravo de Instrumento da decisão, o Relator Sá Moreira de Oliveira entendeu pelo risco de perecimento do direito em aguardar pronunciamento do colegiado. Concedeu, assim, efeito suspensivo, mas não autorização para realização do arresto. No mérito, negou provimento ao recurso (Agravo de Instrumento nº 2143515-35.2018.8.26.0000), como se observa da ementa:

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. Existência de limites prescritos explícita e implicitamente pelo próprio modelo de atuação estatal jurisdicional. Necessidade de observância da disciplina constitucional de distribuição de competência legislativa, da força normativa dos princípios e dos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral. Impossibilidade de convenção relacionada a normas de ordem pública e de aplicação cogente, a exemplo de pressupostos de existência e validade do processo. Autorização para convenção sobre os ônus, os poderes, as faculdades e os deveres processuais das partes. Vedada extensão a atos, poderes e deveres do julgador. Admissível controle judicial das convenções. Invalidez da estipulação que difere o contraditório e altera o momento de formação do processo com a citação da parte contrária, bem como faz aplicar tutela provisória de urgência de natureza cautelar. Decisão mantida. Agravo não provido.

A exequente, então, promoveu Recurso Especial, alegando boa-fé, liberdade contratual e a manifestação de vontade prévia dos devedores, baseado nos termos do arts. 190 e 191, do CPC.

O Superior Tribunal de Justiça negou o recurso, corroborando com a decisão tanto do juiz *a quo* quanto *ad quem* de que a argumentação dos arts. 190 e 191, do CPC, em relação à cláusula contratual de possibilidade de construção *inaldita atera parte* e sem a necessidade de prestar garantia, é inválida, por não compor objeto lícito, em razão de contrariar norma de ordem pública e expressa na Constituição: direito ao contraditório. Conforme dispõe a ementa do acórdão:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LIBERDADE NEGOCIAL CONDICIONADA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. CPC/2015. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. FLEXIBILIZAÇÃO DO RITO PROCEDIMENTAL. REQUISITOS E LIMITES. IMPOSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO SOBRE AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO JUIZ. 1. A liberdade negocial deriva do princípio constitucional da liberdade individual e da livre iniciativa, fundamento da República, e, como toda garantia constitucional, estará sempre condicionada ao respeito à dignidade humana e sujeita às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a Justiça. 2. O CPC/2015 formalizou a adoção da teoria dos negócios jurídicos processuais, conferindo flexibilização procedimental ao processo, com vistas à promoção efetiva do direito material discutido. Apesar de essencialmente constituído pelo autorregramento das vontades particulares, o negócio jurídico processual atua no exercício do múnus público da jurisdição. 3. São requisitos do negócio jurídico processual: a) versar a causa sobre direitos que admitam autocomposição; b) serem partes plenamente capazes; c) limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes; d) tratar de situação jurídica individualizada e concreta. 4. O negócio jurídico processual não se sujeita a um *juízo de conveniência* pelo juiz, que fará apenas a verificação de sua legalidade, pronunciando-se nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou ainda quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade. 5. A modificação do procedimento convencionalizada entre as partes por meio do negócio jurídico sujeita-se a limites, dentre os quais ressaí o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado. As funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor. 6. Recurso especial não provido (Recurso Especial nº 1.810.44/SP (2018/0337644-0)).

Na argumentação do acórdão, o Relator Ministro Luis Felipe Salomão inicia seu voto com respaldo em autores que defendem a flexibilização expressa no art. 190 do CPC, respeitados os limites impostos e possibilidade de controle judicial “nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

Contudo, no caso concreto, o órgão julgador alega que há presença de nulidade em razão de o *pacto de non petendo* afrontar o direito constitucional da apreciação da tutela jurisdicional e supressão do contraditório, previstos no art. 5º incisos XXXV e XL, da CF/88. Afirmando que:

Nessa linha de intelecção, no que respeita ao caso concreto, é possível afirmar que, todas as vezes que a supressão do contraditório conduzir à desigualdade de armas no processo, o negócio processual, ou a cláusula que previr tal situação, deverá ser considerado inválido (Recurso Especial nº 1.810.44/SP (2018/0337644-0), p.17).

Em relação ao afastamento do princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), ou seja, da tutela jurisdicional afirma o Relator que “o objeto de negociação investigado neste recurso merece reprimenda também pelo fato de transigir atos de titularidade judicial” (Recurso Especial nº 1.810.44/SP (2018/0337644-0), p. 17).

Para fundamentar a justificativa, o Relator faz uso de requisitos apresentados por Humberto Theodoro Júnior:

Humberto Theodoro Júnior, integrante da comissão de juristas designada para elaboração do anteprojeto do Código Processual em vigor, pontua que a alteração convencional de alguns procedimentos, alinhada ao princípio da cooperação e buscando o ajuste das especificidades da causa, exige o preenchimento dos seguintes requisitos:

i) a causa deve versar sobre direitos que admitam autocomposição; ii) as partes devem ser plenamente capazes; iii) a convenção deve limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes (art. 190, caput).

O ajuste pode ocorrer antes ou durante a marcha processual. (*Curso de direito processual civil*. v. 1. 59. ed. (2. Reimp.) rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 501). (grifo original) (p.13).

Porém, logo em seguida destaca que:

Ademais, conforme demonstrado, a definição dos limites impostos às partes na elaboração do negócio jurídico processual é eminentemente casuística, havendo, no entanto, premissas “universais” a serem respeitadas, invariavelmente.

[...]

vislumbrando o juiz, na análise do instrumento, que a transação acerca do contraditório não torna uma das partes vulnerável, dada as peculiaridades do caso, é possível reconhecer-lhe validade. (Recurso Especial nº 1.810.44/SP (2018/0337644-0), p.17)

Neste sentido, há que se compreender que, inicialmente, o órgão julgador não afasta por completo a possibilidade de transação acerca do contraditório, pois, por si só, isso não tornaria as partes vulneráveis, “dadas as peculiaridades do caso, é possível reconhecer-lhe a validade”¹ (Recurso Especial nº 1.810.44/SP (2018/0337644-0), p.17).

Ainda, passará a argumentação de que não se trata de um decisão que põe fim a discussão ou mesmo impossibilita a própria previsão de cláusula de afastamento da tutela jurisdicional em acordo celebrado entre as partes em negócio jurídico.

3.2 Negócios atípicos

Conforme preconiza Cunha (2019, p. 72-73), a atipicidade dos negócios jurídicos, além de cláusula geral prescrita no art. 190 do CPC, poder-se-ia concluir, a partir do disposto no art. 200 do CPC, que expressa: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. Aduz o autor:

[...] O processo deve, como se sabe, ser *adequado* à realidade do direito material, valendo dizer que o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado. É preciso, enfim, haver uma *adequação* do processo às particularidades do caso concreto. Por essa razão, existem vários procedimentos especiais, estruturados em virtude das peculiaridades do direito material. Significa que a tutela jurisdicional pleiteada pela parte autora há de ser proferida em *procedimento adequado* à satisfação do interesse material ou do direito subjetivo a que se visa proteger (Cunha, 2019, p. 73).

O negócio jurídico processual que interessa a pesquisa refere-se ao *pactum de non petendo*. Sua particularidade encontra-se no fato de ser uma cláusula pactuada entre as partes em uma relação material, convencionando uma promessa de acionar o juízo em caso de conflito, portanto, cláusula de direito processual em instrumento material anterior ao processo.

A doutrina brasileira pouco tem escrito sobre o tema, mesmo havendo previsões em direito estrangeiro, o que não se pretende arguir nesta pesquisa. Inobstante, o tema gera polêmica sobre a sua possibilidade, visto privar a parte de cumprir uma garantia constitucional de acesso à justiça. Diante deste celeuma, o estudo que se pretende basear-se-á, principalmente, em três doutrinadores percursores no enfrentamento do tema: Paula Costa e Silva; Alberto Lucas Albuquerque da Costa Trigo e Antônio do Passo Cabral.

¹ Tal afirmativa do Relator Luis Felipe Salomão é seguida de apresentação de 2 julgados: REsp 1623475/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 20/04/2018 e REsp 1738656/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 05/12/2019.

3.3 O pacto de non petendo: possibilidade

Dentre os negócios jurídicos processuais, o *pactum de non petendo*, refere-se à um negócio atípico, “não se trata de negócio sobre o direito litigioso – essa é a autocomposição, já bastante conhecida. No caso, *negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo* (Didier Jr., 2017, p. 430).

O pacto de *non petendo*, advém do direito romano, na tratativa de extinção da obrigação por acordo entre as partes, como descreve Marky:

As partes podem fazer cessar os efeitos da obrigação sem que haja *solutio*, se assim convencionarem. Isto era possível no direito quiritário por meio da *immaginaria solutio* [...]. No direito clássico, os efeitos de um contrato consensual cessava em virtude de rescisão por mútuo acordo: *contrarius actus*. O pretor, por sua vez, dava tutela jurídica a todo acordo rescisório de obrigação, chamado *pactum de non petendo*. [...] assim como a compensação, no período clássico, tinham tutela jurídica do pretor. Outrossim, para sua aplicação em juízo, era preciso que fossem alegados pela parte contrária por meio de *exceptio*, na ação que lhe fosse movida (1995, p. 148-149).

Assim sendo, as partes acordam que o credor não poderá exigir judicialmente que o devedor cumpra com a obrigação, ficando a obrigação extinta. Portanto,

Existentes desde o direito romano, as promessas de não processar são conhecidas no direito estrangeiro atual. Na Europa, são teorizadas e praticadas há muito tempo. Na França, são também chamadas de “contratos de não oposição”. No *common law*, também existem previsões semelhantes. No direito norte-americano, há figura chamada de *covenant not to sue*, também praticada na Inglaterra, que, grosso modo, corresponde a promessa de não processar. Na África do Sul, o *pactum de non petendo* também tem aceitação jurisprudencial. (Cabral, 2020, p. 20)

Da mesma forma que na extinção da obrigação, o *pactum de non petendo*, no direito processual, refere-se à um acordo entre as partes com intuito de eliminar o direito de discussão judicial ou extrajudicial sobre determinada questão, portanto, “formulação de um pacto de não litigar”. Possibilidade que caberia, por exemplo, à arbitragem (Araújo, 2016, p. 761). Assim sendo, estar-se-ia questionando se seria possível a inclusão de cláusula de renúncia ao exercício da tutela jurisdicional em convenção de arbitragem.

Silva parte da análise pormenorizada do *pactum de non petendo* de um caso concreto, citando a referida cláusula expressa em uma convenção de arbitragem:

Caso o tribunal arbitral considere que o valor X implica que o montante correspondente às rendas recebidas por B não seja deduzido ao preço, deve declarar que A não tem direito à restituição daquele valor, não mais podendo A reclamar de B a restituição daquela quantia (Silva, 2020, p.54) (Silva, 2019, p. 456).

Antes de adentrar na confirmação da possibilidade da utilização do *pactum de non petendo*, importa apresentar os argumentos demonstrados por Silva, contrários a admissibilidade:

- 1º Os negócios de dispusessem da faculdade de exercício de um direito implicariam a convalidação da obrigação civil numa obrigação natural, fazendo com que deixem de coincidir direito e ação, em violação do disposto no art. 2 do Código de Processo Civil;
- 2º As partes não podem dispor do direito de ação, na medida em que este respeita a interesses indisponíveis;
- 3º Os *pacta de non petendum* e negócios funcionalmente análogos seriam contrários ao sentido do art. 809² do Código Civil e, como tal, deveriam ser considerados nulos;
- 4º A validade dos mesmo estaria, em qualquer caso, comprometida em virtude da inadmissibilidade de negócios relacionados com os prazos legais da prescrição (art. 300³ do Código Civil).

² ARTIGO 809º (Renúncia do credor aos seus direitos) É nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no nº 2 do artigo 800º.

A despeito de a autora se basear na legislação civil portuguesa, observam-se similaridades com a legislação civil brasileira. Em relação ao texto do art. 809 do CC português, o CC brasileiro expressa texto semelhante no art. 424: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

O mesmo acontece em relação ao texto do art. 300 do CC português, semelhante ao texto do art. 192 do CC/2002, brasileiro: “Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes”.

Inicialmente, argumenta-se que é inadmissível a exclusão contratual da pretensão de tutela jurisdicional, “na medida em que a mesma tem por destinatário o Estado, estando, por essa razão subtraída ao poder de disposição pelas partes” (Silva, 2019, p. 472).

Como bem observa Cabral (2020, p. 26), o *pactum de non petendo* possui natureza processual e não material, “da conclusão que seu objeto se limita à pretensão processual”.

Há que se ter em mente, ainda, a diferença entre direito de ação e direito à pretensão. Questão já ventilada na doutrina, mas que merece ser lembrada quando trata sobre prescrição material.

A perda de um direito de ação é um conceito ultrapassado, pois, assim como na prescrição, o *pactum de non petendo* atinge a pretensão. Significa dizer que a pessoa ainda teria o direito de acionar o Estado-juiz, contudo, mediante o acordo celebrado no *pactum*, não mais terá direito à pretensão. Segundo Silva (2019, p. 470) “reconhece-se, entretanto, as dificuldades de distinção entre a exclusão convencional do direito de *acção* e a exclusão convencional da pretensão ou do direito jurídico-material de exigir o cumprimento da obrigação”. Neste sentido, explica:

O sentido mais favorável às regras da experiência comum é o de que aquele que acorda na exclusão do exercício jurisdicional de um direito aceita igualmente a o dever de não exercer a pretensão jurídica de Direito material. As razões que levariam a conclusão diversa, i.e., a de que o credor poderia continuar a exigir junto do devedor o cumprimento da prestação devida não obstante estar excluída a possibilidade de recorrer aos tribunais para o exercício eficaz do seu direito, além de não corresponderem a motivos facilmente identificáveis, não constituem certamente motivações das partes tipicamente observáveis. O sentido favorável a um declaratório normal é, pois, o de que as partes visaram atribuir à contraparte um direito de recusa da prestação (*Leistungsverweigerungsrecht*), o que permite ao devedor que cumpra a sua prestação em erro, julgando-a devida, exigir a sua restituição, nos termos da repetição do indevido. Dependendo da circunstância de os efeitos do pacto estarem sujeitos a termo ou não, assim será a sua qualificação como pacto dilatório ou peremptório. Todavia, em qualquer um dos casos a *acção* proposta pelo credor deverá ser considerada como *infundada (unbegründet)* e não como *inadmissível (unzulässig)* (Silva, 2019, p. 470).

Como afirma Araújo, “O *pacto de non petendo* não elimina propriamente o direito de ação, mas apenas impede a judicialização de determinada pretensão. Com o pacto não há morte do direito material”, mas meramente sua acionabilidade (2016, p. 762).

Assim sendo, o *pactum de non petendo* não implica em subtração ao Estado em garantir o direito de acesso à justiça. Mesmo que fosse, Silva (2019, p. 472) pontua que não seria, ainda assim, impedimento à realização de acordo caso atingido o direito de ação ou mesmo o direito de acesso à justiça. Não existiriam razões para considerá-lo, de forma apriorística, inválido, pois, mesmo sendo um direito fundamental, dever-se-ia:

[...] aferir da possibilidade de uma restrição do direito fundamental em causa nos termos do art. 18/2 da Constituição da República portuguesa, dos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade e da ponderação de outros bens constitucionalmente protegidos, entre os quais a **liberdade contratual e econômica**, que poderá merecer particular ponderação nos casos de contratos de exclusão do direito de *acção* onerosos e, sobretudo, sinalagmáticos (Silva, 2019, p.467-468).

³ ARTIGO 300º (Inderrogabilidade do regime da prescrição) São nulos os negócios jurídicos destinados a modificar os prazos legais da prescrição ou a facilitar ou dificultar por outro modo as condições em que a prescrição opera os seus efeitos.

O argumento de dispor inclusive da possibilidade de uma ação efetivamente, corresponde, portanto, ao fato de o direito de ação ser um ato livre, “[...] tendo com isso em conta uma conexão material (*Wertungszusammenhang*) entre o Direito privado tributário da autonomia privada e o Direito processual civil que lhe é instrumental”, situação que apresenta-se constantemente na jurisprudência alemã, quando não contrariar a lei e os bons costumes (Silva, 2019, p. 473). Justifica:

[...] caso se considerasse que um negócio deste tipo compreenderia uma renúncia ineficaz ao direito de acesso aos tribunais, dificilmente poderia ser considerada como admissível a celebração de convenções de arbitragem quando as partes houvessem excluído o direito ao recurso, pois também nesta situação as partes afastam irremediavelmente a possibilidade de obtenção de uma tutela jurisdicional proveniente dos órgãos do Estado com competência para a administração da justiça. Por outro lado, no contexto do processo civil, a garantia de uma tutela jurisdicional efectiva não dispensa o exercício de um impulso processual proveniente das próprias partes, em homenagem ao *princípio do dispositivo*. O reconhecimento da liberdade da parte de *não requerer* uma tutela (judicial ou extrajudicial) do seu direito implica o reconhecimento da admissibilidade de assunção de uma promessa negocial de não exercício do mesmo direito. [...] (Silva, 2019, p. 474).

Faz-se uma ponte de interpretação similar ao que já afirmava Luciano Benetti Timm (2012), em sua análise sobre a função social do contrato, contrariando o paradigma paternalista, intervencionista e modificador da vontade expressa das partes, propugnando a necessidade de uma interpretação individualista sob o viés do direito econômico e, portanto, o respeito à liberdade contratual, ou seja, a autorregulação.

Como afirma Trigo (2020, p. 39), “O Estado, por sua vez, deve respeitar as opções dos litigantes no que diz respeito ao exercício de situações processuais de vantagem”.

Por se tratar de um direito obrigacional, o *pactum de non petendo* gera um direito de *não agir*, portanto, não processar ou de não fazer. Nesta perspectiva, deve, o juiz, como controlador da admissibilidade da demanda ajuizada contrariamente à disposição do *pactum de non petendo*, “[...] proferir uma decisão sem julgamento do mérito, e indeferir a inicial porque violadora da convenção, já que o acordo cria negocialmente um pressuposto processual negativo” (Cabral, 2020, p. 26).

No que se refere a considerar cláusula de renúncia de antecipada de qualquer direitos (art. 424, CC/2002, brasileiro), preocupa-se em tornar a obrigação jurídica em mera obrigação natural, como se o credor perdesse o direito de exigir o cumprimento ou a indenização pelo prejuízo (Silva, 2019, p. 475).

Em oposição, Silva (2019, p. 475) afirma que a exclusão do direito de agir, “[...] não implica logicamente a exclusão do direito a exigir o pagamento de uma indemnização, seja pela mora, seja pelo incumprimento definitivo”, permitindo, ainda, ao credor, no caso de não cumprimento pelo devedor, de opor exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC/2002, brasileiro). Isto é, “[...] continuando o devedor adstrito ao cumprimento da sua obrigação, o respectivo não cumprimento não poderá deixar de ser considerado ilícito”.

No que se refere à impossibilidade de alteração dos prazos prescricionais por acordo entre as partes, Silva (2019, n. 478) pondera, não constituir impedimento à celebração do *pactum de non petendo*:

[...] os limites à validade de negócios sobre os prazos de prescrição estão sujeitos aos mesmos requisitos de validade que os negócios que tenham por conteúdo os direitos do credor (cf., novamente, o art. 809 do Código Civil⁴). Assim, além de ser possível a renúncia ao prazo prescricional quando este já tenha decorrido (art. 302/1 do Código Civil⁵), também será admissíveis negócios que tenham o mesmo efeito dispositivo do direito de invocar a prescrição, conquanto que a mesma condição – o decurso do prazo legal 0 já se deva ter por verificada.

⁴ ARTIGO 302º (Renúncia da prescrição) 1. A renúncia da prescrição só é admitida depois de haver decorrido o prazo prescricional. 2. A renúncia pode ser tácita e não necessita de ser aceita pelo beneficiário. 3. Só tem legitimidade para renunciar à prescrição quem puder dispor do benefício que a prescrição tenha criado.

O que seria correspondente no Código Civil Brasileiro - Art. 424: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

⁵ O que seria correspondente no Código Civil Brasileiro - Art. 191. “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”.

Recordando-se da limitação à autonomia em relação à direitos públicos positivados, o direito exercício à tutela jurisdicional, ou seja, acesso à justiça compõe garantia principiológica constitucional. Limitar, mediante cláusula em convenção arbitral – negócio jurídico processual – inicialmente, considerar-se-ia um direito indisponível.

A convenção de arbitragem (Lei nº 9.307/96, alterada pela Lei nº 13.129/2015), por sua vez, é compromisso realizado entre as partes que, de comum acordo, nomeiam um terceiro imparcial para a resolução de eventuais conflitos que por ventura surjam em relação ao disposto no contrato ou relação jurídica específica.

O acordo é forma alternativa de resolução de conflitos, sem a necessidade de tutela jurisdicional. Contudo, mesmo que o artigo 18 da Lei nº 9.307/96 aponte para a irrecorribilidade da sentença arbitral, ou dispensabilidade de homologação pelo Poder Judiciário, ela poderá ser declarada nula quando ocorrer alguma das situações expressas no artigo 32⁶ da mesma lei.

Assim como é possível a liberdade em contratar e, portanto, realizar negócios jurídicos processuais, ou firmar acordos para a resolução de conflito, entende-se também factível a limitação à busca da tutela jurisdicional expressamente na convenção de arbitragem.

Ademais, a convenção instrumentaliza a arbitragem como mecanismo alternativo de resolução de determinado conflito em representação máxima da autonomia da vontade das partes, que livremente convergiram; segundo, com o acordo/convenção cumprindo os requisitos de validade de negócio jurídico, em respeito à autonomia privada, o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*).

Entende-se que, ao fazer uso da arbitragem, as partes não estão renunciando, ou mesmo restringindo, a garantia constitucional de acesso à jurisdição, mas se utilizando dela por meio alternativo, como a própria legislação prevê. Portanto, está se exercitando o acesso à justiça por meio da convenção de arbitragem. Consequentemente, o que for acordado entre as partes, dentro dos limites estabelecidos, deve ser respeitado. Assim:

Negar a possibilidade de realização de negócio jurídico processual nos casos de indisponibilidade de pretensão da tutela judicial implica reconhecer que o direito processual positivado sempre será aquele que melhor serve ao direito material controvertido nesses casos. A assertiva não é sempre verdadeira, o que parece intuitivo. Como tampouco é uma verdade apriorística que o negócio jurídico processual produzirá diminuição da cognição nos casos concretos. Na realidade, é possível vislumbrar situações em que o processo negociável seja mais adequado à solução do litígio do que a fórmula geral legal codificada. Não haveria, nesses casos, razão para recusar a aplicação do processo negociado, sob pena de, em nome de uma leitura fria da lei e de uma veneração injustificada ao legislador, privar as partes da possibilidade de alcançar a melhor solução para o caso concreto (Mendonça Neto & Guimarães, 2017, p. 422-423).

Ademais, conforme disposto, há a necessidade de cumprimento dos requisitos de validade, material e processual, do negócio jurídico. Em existindo qualquer elemento que compute a invalidade, como falta de equanimidade e, conseqüente, vulnerabilidade de uma das partes, o negócio será nulo. Eis aqui um argumento de que a existência de cláusula de renúncia ao exercício de pretensão processual não torna a convenção blindada à fiscalização do Poder Judiciário.

Diversamente, Tucci (2015), afirma que, assim como a CF/88 prevê, em seu art. 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a mesma garantia passa a ser positivada no art. 3º do CPC, reservando ao Estado-juiz o monopólio da decisão sobre os conflitos. Neste sentido é contumaz:

⁶ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

~~V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;~~ (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Isso significa que a ninguém é dado renunciar à defesa de seus direitos diante de uma potencial lesão futura! Daí, porque desponta nulo e ineficaz qualquer *pactum de non petendo*, estipulado como cláusula de negócio jurídico, pelo qual os contratantes se comprometem a não recorrer ao Poder Judiciário caso surja litígio entre eles (Tucci, 2015)⁷.

Argumenta o autor que o próprio Código de Processo Civil vigente possibilita o uso dos meios adequados de resolução, ou seja, além de não ser possível o pacto de *non petendo* na convenção arbitral, o conflito poderá ser resolvido tanto pela via judicial quando por vias alternativas. A convenção de arbitragem é forma alternativa de resolução, diante da qual, em havendo conflito, o juízo arbitral será o competente para garantir os direitos das partes.

Ademais, importante elencar a similaridade do negócio jurídico material ao processual, especificamente, quando o próprio Código de Processo Civil expressa a necessidade de observância dos princípios fundantes da boa-fé, lealdade e cooperação processual. Portanto, da lealdade processual. A previsão expressa do princípio da boa-fé (art. 5º) e cooperação (art. 6º), mesmo que implícitos na dinâmica do princípio da lealdade processual, impulsionam o caráter interpretativo cogente.

Tal interpretação perfaz a finalidade advinda com a vigência do Código de Processo Civil, Resolução nº 125 do CNJ e demais legislações que procuram promover meios de resolução de conflito diversos do ultrapassado monopólio jurisdicional. Assegurar o exercício pleno da autonomia privada às partes, por intermédio dos negócios jurídicos processuais, é concretizar a garantia do acesso à justiça, equilibrando-se economia processual e duração razoável do processo, bem como, a maior satisfatividade na resolução de conflitos.

Não se trata de violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas suplantar o monopólio judicial em prol de alternativas diversas que também são adequadas. A mentalidade da diretiva processual precisa acompanhar as mudanças sociais. Como mencionado, há outras formas de alterar um *pactum de non petendo* em convenção arbitral, não observados os requisitos de validade e princípios processuais, como boa-fé e cooperação.

Silva (2019, p. 458), entende que considerando ser possível a admissibilidade do uso de cláusula acordada entre as partes, como na convenção arbitral, de renunciara um direito, passar-se-ia apenas a discussão das consequências de sua celebração.

Para Cabral (2020, p. 26), o efeito do pacto será temporário. No entanto:

a promessa de não processar, a depender de seu conteúdo, pode gerar também um impedimento processual *condicionado* (como nas convenções que obrigam a utilização de meios alternativos/adequados de solução de controvérsia antes do ajuizamento da ação no Judiciário, como nos casos das “cláusulas de paz” ou cláusulas “escalonadas”, ou ainda exigências de que se expeça notificação extrajudicial antes do ajuizamento). Nesses casos, o que se verifica é uma condição negocial ao exercício da ação: nas cláusulas mais comumente estabelecidas na prática, o conveniente promete submeter-se a um procedimento prévio de autocomposição (p. ex., mediação) antes de ajuizar a ação em juízo.

O não cumprimento da cláusula de não processar, por sua vez, não poderia ser conhecido de ofício pelo juiz, a “violação a vedação convencional da acionabilidade gera uma *exceção processual*, e só pode ser conhecida por provocação do interessado (*exceptio pacti conventi*)”.

No mais, há que se observar que o não cumprimento pode ocasionar custos altos ao inadimplente, o que serviria como obstáculo à discussão judicial, entre ônus e honorários de advogado (Cabral, 2020, p. 27).

⁷ O autor justifica sua afirmação apresentado a decisão do relator desembargador Miguel Petroni Neto, da 16ª Câmara de Direito Privado de São Paulo, TJ-SP: Agravo de Instrumento 2194531-67.2014.8.26.0000, m. v., j. 17/03/2015: “[...] O acordo que foi formalizado veio a constituir novo título executivo – se trata de instrumento de confissão de dívida – de forma que se a execução é sobre o novo pacto e incidente sobre o valor principal, constante da cláusula 2ª (conforme cláusula 8ª), ele não poderia afastar o direito de defesa do devedor, uma vez que após a transação pode ter surgido fato que justifique a defesa. Assim, é nula a cláusula 16ª por violar o princípio legal da defesa [...]”.

Ainda, cumpridas as diretrizes atinentes a validade dos negócios materiais, especialmente, o dispostos nos artigos 190 e 200 do Código de Processo Civil, e respeitada a interpretação constitucional-civil-processual, baseada na autorregulação e demais princípios fundantes, é possível se aplicar o *pactum de non petendo* sem que, com isso, se gere insegurança jurídica.

A concessão de liberdade de regulação às partes para que solucionem seus próprios conflitos não prejudica a segurança jurídica, tanto é que lei arbitral permite realização similar ao *pactum de non petendo*.

Há necessidade de compreensão de que o monopólio judicial não tem servido como único garantidor da pacificação social e que outros meios de resolução de conflito também são eficazes.

4. Conclusão

Concorda-se em dois pontos da justificativa com o Ministro Relator Luis Felipe Salomão:

Primeiro. Assim como no direito material, a autonomia privada é norte dos negócios jurídicos processuais. Isto é, embora a criação, modificação, conservação, ou extinção de direitos, deva se dar nos limites legais, é permitido às partes que acordem quanto ao mecanismo mais adequado à resolução de seus conflitos.

Neste âmbito, os princípios do autorregramento, cooperação e boa-fé servirão como reforçadores principiológicos fundamentais e estruturantes da relação negocial.

Segundo. O controle judicial do negócio jurídico se faz possível, em respeito ao exposto no parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil

Em que pese a relevância e necessidade do negócio jurídico processual, entende-se que a previsão expressa pretende uma mudança cultural brasileira de que o monopólio jurisdicional não deve ser mantido como único meio de acesso à justiça e, principalmente, como único meio de resolução de conflito.

A sociedade deve entender que, além de os indivíduos terem aptidão para resolver seus próprios conflitos, conforme consta do princípio da autonomia, o acesso banalizado ao judiciário tem causado a sobrecarga do Estado, com um alto custo, afetando a sociedade como um todo.

Constatou-se, primeiramente, a necessidade de verificar a natureza do direito em discussão. Se disponível, passível de negociabilidade, ou não. Contudo, a depender do caso, mesmo direitos indisponíveis, poderão ser negociados, como já se tem feito no direito de família; o que, em tese, possibilitaria a decisão favorável do respectivo julgado no Recurso Especial.

Neste sentido, o *pactum de non potendo* nada mais é do que uma das possibilidades de exercício da autonomia da vontade das partes que, por meio da renúncia ao direito de ação, ficam impedidas de recorrer ao poder judiciário em caso de conflito. Assim como na arbitragem, as partes poderão dispor do direito de ação, mesmo que público, sem prejuízo. Há que se dar o devido respaldo ao poder de exercício da autorregulação e fazer valer o princípio do *pacta sunt servanda*, observados pelas diretrizes da boa-fé e da cooperação processual, bem como, pelos requisitos de validade do negócio jurídico.

Observou-se, ainda, a possibilidade de utilização do *pactum de non petendo*. A cláusula de não processar não irá ferir o direito de ação especificamente, e mesmo que impossibilite o acesso à justiça, a legislação atinente à arbitragem serve como respaldo para comprovar que é possível às partes avençarem respectivo limite.

Ademais, a possibilidade se concretiza quando observadas as diretrizes expressas do art. 190, do CPC, que trata dos requisitos de validade, bem como a garantia de revisão pelo juiz quando tratar-se de caso de nulidade, abuso ou vulnerabilidade.

Referências

Agravo de Instrumento nº 2143515-35.2018.8.26.0000. (2018, 13 de agosto). Relator Sá Moreira de Oliveira. 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

- Araújo, F. C. de. (2016). *Curso de Processo Civil*. Tomo I – parte geral: atualizado com a Lei 13.256/2016. Malheiros.
- Araújo, F. C. de. (2018, agosto). Reflexões sobre a flexibilização procedimental. *Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR*. 3(2).
- Cabral, A. de P. (2020, outubro-dezembro). *Pactum de non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. (78), 19-44.
- Constituição da república federativa do brasil de 1988 (1988). Emendas constitucionais. Brasília: senado, 1988. [Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 mai. 2019.
- Cunha, L. C. da. (2019). Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: Cabral, A. do P. & Nogueira, P. H. (Coord.). *Negócios Processuais*. JusPodvim, p. 43-76.
- Didier Jr., F. (2017). *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. (19 ed.). JusPodvim.
- Didier Jr., F. (2020). *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. (22 ed.). JusPodvim.
- Didier Jr., F. (2010). Cláusulas Gerais Processuais. *Revista Opinião Jurídica*. 8(12), p. 118-130. <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniojuridica/article/view/829/298>.
- Lei nº 13.105. (2015, 16 de março). Código de Processo Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.
- Marconi, M.de A., Lakatos, E.M. (2003). *Fundamentos de Metodologia Científica*. (5a ed.). Atlas.
- Marky, T. (1995). *Curso elementar de direito romano*. (8 ed.). Saraiva.
- Mendonça Neto, D.D. de & Guimarães, L.C.V. (2017, outubro). Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o *pactum de non petendo*. *Revista dos Tribunais*. 272, 419-439.
- Processo nº 1064923-82.2018.8.26.0100. (2018). 39ª Vara Cível de São Paulo. Juíza Daniela Pazzeto Meneghine Conceição.
- Recurso Especial nº 1.810.44/SP (2018/0337644-0) (2021, 28 de abril). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803376440&dt_publicacao=28/04/2021
- Resolução nº 125. (2010, 29 de novembro). Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>.
- Silva, P. C. e. *Pactum de non petendo*: Eclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 453-490.
- Silva, P. C. e. (2020). *Perturbações no cumprimento dos negócio jurídicos processuais: convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*. JusPodvim.
- Timm, L. B. (2012). *Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica*. 1(6). https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/06/2012_06_3733_3789.pdf.
- Trigo, A. L. A. da C. (2020). *Promessa de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. JusPodvim.
- Tucci, J. R. C. e. (2015, 8 de dezembro). *Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação*. <https://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao>.